

Esmese

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

REVISTA DA ESMESE

Revista da ESMESE N° 16, 2012

©REVISTA DA ESMESE
ISSN 1679-785X

Conselho Editorial e Científico
Presidente: Juiz José Anselmo de Oliveira
Membros: Desembargador Netônio Bezerra Machado
Juiz João Hora Neto
José Ronaldson Sousa

Coordenação Técnica e Editorial: Angelo Ernesto Ehl Barbosa
Revisão: Ronaldson Sousa e Mateus Correia
Editoração Eletrônica: Mateus Correia
Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira

Tiragem: 500 exemplares
Impressão: Nossa Gráfica Editora.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Escola Superior da Magistratura de Sergipe
Centro Administrativo Desembargador Antonio Goes
Rua Pacatuba, nº 55, 7º andar - Centro
CEP 49010-080- Aracaju – Sergipe
Tel. (79) 3214-0115. Fax: 3214-0125
http: www.esmese.com.br
e-mail: esmese@tjse.jus.br

R454 Revista da Esmese.
Aracaju: ESMESE/TJ, n° 16, 2012.

Semestral

1. Direito - Períodico. I. Título.

CDU:
34(813.7)(05)



COMPOSIÇÃO

Diretor
Desembargador Cezário Siqueira Neto

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico
Desembargador Osório de Araújo Ramos Filho

Subdiretora de Administração
Ana Patrícia Souza

Subdiretores de Curso
Angelo Ernesto Ehl Barbosa
Renata Mascarenhas Freitas de Aragão

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....11

DOUTRINA.....13

OS JUIZADOS ESPECIAIS NO PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO DOS TRIBUNAIS: NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO
José Anselmo de Oliveira.....15

O CRIME DE ROUBO, A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – UMA HARMONIZAÇÃO NECESSÁRIA
Paulo Roberto Fonseca Barbosa.....25

O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR ENTRE AVÓS E NETOS NO CONTEXTO DA DISSOLUÇÃO DAS UNIÕES AFETIVAS
Raphael Silva Reis & Nara Conceição Santos Almeida Reis.....71

A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E A LEI MARIA DA PENHA
Patrícia Cunha Barreto de Carvalho.....83

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS EFEITOS DE SUAS DECISÕES NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE
Sidney Silva de Almeida.....91

A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA A PROMOÇÃO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: BREVE ANÁLISE DA ADIN Nº 4271-DF
André Luiz Vinhas da Cruz & Márcio Leite de Rezende.....151

A IMPLEMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO ÂMBITO INTERNACIONAL
Elisa Bastos Frota & Benjamin Alves Carvalho Neto.....173

CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE COTAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS
Marcos Roberto Gentil Monteiro.....195

O NEOCONSTITUCIONALISMO E A DIMENSÃO ÉTICO-MORAL DO DIREITO
Pryscila Barreto Passos.....209

OS DIREITOS DO EMPREGADO DOMÉSTICO À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE
Grayce Kelly Silva de Alencar.....223

O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS
Denise Vieira Gonçalves.....237

NOVA AMPLITUDE DO ARTIGO 52, X, DA CF E ABSTRATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE: "TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES"
Amanda Barreto Vasconcelos.....251

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA EM ARMA DE FOGO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO ART. 157, §2º, INCISO I DO CÓDIGO PENAL
Alcina Mariana da Silva Goes Martins.....287

SÚMULA 381 DO STJ VS CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
Guilherme Resende Christiano.....311

"LEI SECA": ASPECTOS POLÊMICOS QUANTO AO USO DO BAFÔMETRO NA SEARA PENAL
Marcelo Cardoso Andrade.....341

VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL COMETIDOS EM PERÍODO DE EXCEÇÃO: MEMÓRIA E VERDADE COMO FUNDAMENTOS PARA JUSTIÇA E REPARAÇÃO
Paola Tatiana Carmelo Arce.....361

INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - QUANDO A INGENUIDADE DÁ LUGAR À DESCONFIANÇA
Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo.....377

APRESENTAÇÃO

Continuando a primar pela difusão da cultura jurídica, a décima sexta edição da *Revista da Esmese* consolida o alto conceito que a Magistratura sergipana goza perante a comunidade jurídica nacional.

Fruto do trabalho incansável de uma equipe aguerrida, do desprendimento de magistrados e operadores do Direito, a *Revista da Esmese* serve como instrumento fomentador do debate sobre os mais instigantes assuntos jurídicos da atualidade.

Esta edição conta com artigos referentes a temas atuais, sobre os quais é feita uma reflexão teórica, sem fugir do objetivo prático, visando o aprimoramento da prestação jurisdicional.

Assim, a circulação de mais um número é motivo de júbilo para aqueles que labutam diuturnamente pelo aperfeiçoamento da cultura jurídica.

A *Revista da Esmese* é, pois, uma verdadeira usina, onde a efervescência de ideias se mantém perene, servindo de incentivo para os cultivadores do bom pensamento jurídico.

Desembargador Cezário Siqueira Neto
Diretor da Esmese

DOUTRINA

OS JUIZADOS ESPECIAIS NO PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO DOS TRIBUNAIS: NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO

José Anselmo de Oliveira, Presidente do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE (2010-2011). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, titular da 3ª Vara Criminal de Aracaju/SE. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor da Escola Superior da Magistratura de Sergipe. Presidente do Conselho Científico e Editorial da Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe. Professor da Pós-graduação em Direito da Faculdade Estácio-FaSe em Aracaju. Membro da Academia Sergipana de Letras, Cadeira 21. Autor de livros e artigos jurídicos.

RESUMO: Trata o presente artigo sobre a necessidade dos Juizados Especiais serem incluídos no planejamento e orçamento dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal como unidades de despesas e assim possam ganhar agilidade administrativa para a entrega jurisdicional com celeridade.

PALAVRAS-CHAVE: Juizados especiais; planejamento; orçamento; jurisdição; celeridade.

ABSTRACT: This present article is about the need for special courts be included in the planning and budget of the Justice Courts and the Federal District as units of expenditure and thus may gain the agility to deliver administrative court quickly.

KEYWORDS: Special courts; planning; budget; jurisdiction; quickly.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Natureza dos Juizados Especiais; 3. Princípios estruturantes dos Juizados Especiais; 4. Planejamento e Orçamento específicos como garantia da eficiência dos Juizados Especiais; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Em quinze anos, os Juizados Especiais é atualmente responsável por quase um terço dos feitos da justiça estadual conforme os dados do *Justiça em números 2010* do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

No ano de 2010 foram quase 4 milhões de feitos novos, o que demonstra a força do sistema dos Juizados Especiais em atender uma demanda reprimida e com uma resposta rápida, apesar dos tribunais não considerarem a grandiosa expressão dos juizados especiais e não destinarem os recursos humanos e financeiros necessários ao atendimento de toda uma demanda ainda a ser atendida, salvo honrosas exceções.

Neste artigo, se pretende estabelecer uma relação entre a celeridade da resposta dos juizados especiais e a existência de unidades de despesas orçamentárias exclusivamente dos juizados, e com um planejamento adequado ao seu desenvolvimento.

Para demonstrar a relação acima será tratado no primeiro capítulo, a natureza de microssistema dos juizados especiais. No segundo, a necessidade da preservação dos princípios dos juizados como garantia da integralidade do sistema e da sua dignidade. Por fim, no terceiro a questão do planejamento e do orçamento como suportes indispensáveis ao cumprimento dos objetivos dos juizados especiais em razão da grave demanda reprimida.

Com uma resposta mais célere que a justiça comum, esse ramo da justiça brasileira tem devolvido ao cidadão brasileiro o sentimento de efetiva prestação jurisdicional, ainda que em caso de menor complexidade no cível e nos casos de menor potencial ofensivo no crime.

A sociedade brasileira após a Constituição de 1988 passou a exigir muito mais os seus direitos fundados na declaração constitucional. Defendo que um desses direitos é o acesso à jurisdição de modo a obter uma resposta efetiva e justa.

Os magistrados e serventuários que atuam no Sistema dos Juizados Especiais estão de certa forma tão conscientes do papel que representa este microssistema para a sociedade que se fortalecem a cada seis meses no embate das ideias que são discutidas no *Fórum Nacional dos Juizados Especiais*, e constróem de forma democrática os enunciados que orientam a todos os juizados no país, buscando de certa forma uma uniformização sem os rigores do sistema adotado pela norma própria.

2. NATUREZA DOS JUIZADOS ESPECIAIS

No modelo de jurisdição brasileira, o surgimento ainda na década de 80 do século passado dos juizados de pequenas causas e após a Constituição de 1988, os juizados especiais cíveis e criminais, implicaram numa verdadeira revolução posto que havendo herdado do sistema português uma jurisdição baseada em rígidos canônes, vê-se de repente rompendo com as tradições do processo, em benefício de uma nova ideia de jurisdição.

O modelo inaugurado com a Lei 9.099/95 e completando-se com as demais normas posteriores, estabelece um microssistema com princípios e regras próprios, ainda que se admita utilizar subsidiariamente as normas do processo comum desde que compatíveis com os princípios dos juizados especiais.

Desse modo, tem-se que o sistema dos juizados especiais tem um verdadeiro estatuto, como defende Alexandre Freitas Câmara[1], composto não somente dos Juizados Especiais Estaduais, mas também os Juizados Federais e os da Fazenda Pública Estaduais. O conjunto normativo que estabelece estes juizados formam o estatuto onde há de se preservar especialmente os princípios insertos na Lei 9.099/95.

Assim, podemos afirmar que os juizados especiais não podem ser definidos como uma jurisdição especializada em razão de uma matéria ou de um limite apenas da alçada. Há um elemento diferenciador que coloca os juizados especiais num outro nível de jurisdição, ou seja de uma jurisdição especial, com princípios próprios e com regras diferentes da jurisdição comum.

Analisando o disposto no art. 98 da Constituição Federal, ***in verbis***:

> *"A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;"*

vislumbramos que o constituinte originário ao determinar a criação

dos juizados especiais estabeleceu uma clara opção por um microssistema que não se confunde com o sistema tradicional da jurisdição ao proclamar desde a competência desses juizados especiais e pelos procedimentos a serem adotados, oral e sumaríssimo, com as possibilidades da conciliação, transação, e, inclusive já delineia o limite dos recursos com a atuação da turma de juízes do primeiro grau.

Por ser matriz constitucional, outra não poderia ser a direção tomada pelo Congresso Nacional ao editar a Lei 9.099/95, atendendo à vontade do constituinte fixou os princípios norteadores dos juizados especiais, princípios gerais do processo nestes juízos.

Assim, toda e qualquer nova legislação que se pretenda no âmbito dos juizados não poderá desprezar o comando constitucional que inscreve os juizados especiais em um campo jurisdicional de natureza específica a não se confundir com o processo comum.

Portanto, compreender a natureza dos juizados especiais é fundamental tanto para os legisladores ordinários como para os intérpretes e aplicadores do estatuto dos juizados especiais.

Para os legisladores ordinários compreender que os juizados especiais não podem ser confundidos com a justiça comum especializada em razão da matéria é da maior valia quando da elaboração de projetos de lei que invariavelmente se aproximam muitas das vezes do modelo tradicional do processo comum, ordinário, por não se atentar para os princípios constitucionais dos juizados especiais, como a oralidade e a simplicidade típicas do procedimento sumaríssimo.

De outra banda, não seria também demais anotar que mesmo os operadores do direito acostumados muito mais com a ordinarização do processo e até mesmo por uma cultura de litigiosidade extrema que passa pelo excessivo número de recursos existentes no sistema tradicional, teimam em desqualificar ou mesmo criticar o sistema dos juizados especiais por se depararem com a busca da conciliação através da mediação, da transação na esfera criminal, e de todo um modelo que privilegia a simplicidade dos atos, a oralidade e a conclusão do processo de maneira célere, enxuta de recursos, possibilitando de logo a execução dos julgados.

Por todas essas observações podemos defender uma natureza de jurisdição especial estabelecida pela Constituição de 1988 a ensejar tratamentos especiais do Poder Legislativo ordinário e dos operadores do direito, devendo ter por norte os princípios constitucionais dessa jurisdição declinados no art. 98.

3. PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Os princípios estruturantes dos juizados especiais estão contidos na norma constitucional que determina a criação destes no âmbito da União, do Distrito Federal e dos Estados membros da República brasileira.

Assim é que se pode afirmar que um dos princípios estruturantes é a indispensabilidade da presença de juízes togados, ainda que se permita a presença de juízes leigos, afastando de forma peremptória a ideia de que nos juizados especiais a figura do juiz togado pudesse ser afastada sem ofender a Constituição Federal.

Outro princípio estruturante essencial ao sistema dos juizados especiais é a vocação para a conciliação como atividade primeira, e somente se procedendo ao julgamento quando esta não for alcançada. Significa dizer que o papel da jurisdição nos juizados especiais não é apenas dar uma resposta do Estado em forma de sentença, mas de pacificação dos conflitos ali apresentados, devendo ser muito mais valorada a capacidade de conciliar as partes pondo fim ao conflito por inteiro do que a decisão terminativa através de uma sentença que põe fim ao processo e nem sempre ao conflito. Eis uma diferença salutar entre o sistema dos juizados especiais e o processo comum, embora lá se preveja a possibilidade da conciliação, e isto é saudável, entretanto a cultura da litigiosidade sempre leva o conflito às últimas instâncias.

A propósito da conciliação nos juizados especiais quase todos os doutrinadores a exemplo de Rêmolo Letteriello[2] e Manoel Aureliano Ferreira Neto[3] reconhecem a importância da conciliação para o microssistema constitutindo-se em pedra de toque dos juizados especiais, sem a qual ficariam totalmente desnaturados.

O princípio da oralidade também está contemplado na Constituição Federal como inerente aos juizados especiais, do mesmo modo que o princípio da simplicidade que extrai do procedimento sumaríssimo.

Com acerto observa Alexandre Freitas Câmara[4] sobre a importância dos princípios como vetores hermenêuticos a legitimar toda e qualquer interpretação da legislação dos juizados especiais.

Os princípios enumerados no art. 2º da Lei nº 9.099/95 que são os da *oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.* Estes princípios que são derivados dos princípios estruturantes do sistema que estão no art. 98 da Constituição Federal.

A oralidade se opõe à escrita e o processo nos juizados especiais se

orienta por essa opção do contato imediato do julgador com as partes e demais atores do processo pela palavra falada. Atualmente, para se garantir a autenticidade no processo, as audiências são gravadas em vídeo e áudio dispensando qualquer possibilidade de redução a termo escrito as declarações e depoimentos nos juizados especiais.

Nos juizados especiais, a oralidade contribui para que partes, conciliadores e juízes de forma direta possam compreender o conflito e nele intervir de forma que seja resolvido integralmente.

Decorre do princípio da oralidade um outro princípio que é o da identidade física do juiz, significando dizer que o juiz que instruiu o processo realizando a audiência de instrução e julgamento fica vinculado ao mesmo devendo prolatar a sentença.

Alexandre Freitas Câmara[5] adverte que não cabe a aplicação do art. 132 do CPC, que afasta a vinculação do juiz que encerrou a colheita de prova oral. Em verdade, o juiz deve proferir a sentença assim que concluir a instrução. Todavia, se não o faz, somente poderá deixar de estar vinculado se deixar o exercício da magistratura.

Os demais princípios como os da informalidade, economia processual e celeridade decorrem dos princípios constitucionais e são vetores hermenêuticos dos juizados especiais.

4. PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO ESPECÍFICOS COMO GARANTIA DA EFICIÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Diante do reconhecimento de que os juizados especiais formam um microssistema processual e estrutural, pois tendo natureza específica e estrutura própria com os juizados especiais e as turmas recursais a ser contemplada na Lei Orgânica dos Tribunais de Justiça e do Distrito Federal, não há porque negar a necessidade de orçamento próprio e planejamento específico para dar aos Juizados Especiais os meios necessários ao cumprimento do seu papel.

O Conselho Nacional de Justiça editou em 2009, a Resolução nº 70 de 18 de março de 2009 que instituiu o Planejamento Estratégico do Poder Judiciário a indicar a necessidade da adoção pelo poder de uma gestão profissional.

O Plano Nacional instituído definiu 15 objetivos estratégicos, entre eles, o da **Eficiência Operacional**, **Acesso ao Sistema de Justiça** e **Orçamento**, conforme o art. 1º da Resolução 70/2009.

Os juizados especiais se enquadram numa alternativa operacionalmente viável ao atendimento do objetivo estratégico da "Eficiência Operacional", pois tem respondido com maior eficiência a demanda de novos casos e na grande maioria dos Estados, chegando a dar baixa em quase uma vez e meia em relação aos novos casos.

O "Acesso ao Sistema de Justiça", outra preocupação do Plano Estratégico nacional que o erigiu a um dos objetivos, também encontra nos Juizados Especiais uma resposta efetiva em face da litigiosidade contida, como diz Kazuo Watanabe.

Os Juizados Especiais Cíveis ao permitirem o acesso sem a necessidade de advogado para as causas até 20 salários mínimos e a informalidade para deduzir suas reclamações atendeu de forma exemplar o objetivo do "Acesso ao Sistema de Justiça", sem contar a possibilidade dos Juizados se instalarem de modo a permitir que o cidadão possa acessá-lo de maneira menos onerosa possível, inclusive quanto à mobilidade urbana e o seu custo.

É preciso, pois que os tribunais reconheçam a importância desse segmento da jurisdição e contemplem em seus planejamentos estratégicos objetivos e metas de modo a garantir aos Juizados uma estrutura adequada ao cumprimento do seu mister.

O orçamento, por sua vez, é um instrumento estratégico dos mais relevantes. A ausência da previsão de despesas específicas com toda a certeza vai impedir que sejam cumpridas as metas e alcançados os objetivos.

O orçamento deve refletir o planejado, como se fora um espelho, de modo a permitir que tudo o que foi pensado e identificado como objetivo a ser atingido realmente se torne uma realidade.

Um orçamento dissociado do planejamento estratégico torna a gestão de qualquer unidade de jurisdição um fiasco.

No tocante aos Juizados Especiais, estes deveriam ser contemplados com rubricas próprias para atender as demandas que surgem para o aperfeiçoamento e aumento da capacidade de atendimento dos cidadãos. Estas unidades de despesas trariam maior agilidade aos juizados especiais que precisam de soluções expressas para atingir as suas finalidades.

Uma questão que poderia ser invocada seria o papel do magistrado como gestor. É verdade que a formação jurídica no Brasil não dota o bacharel em Direito de conhecimentos de administração e gestão. Todavia, há um esforço do Conselho Nacional da Magistratura e das Escolas Superiores da Magistratura para que os magistrados adquiram conhecimentos e habilidades na área da gestão. Ademais, é possível que a gestão do ponto de vista técnico

possa ser exercido por um analista ou técnico judiciário com essa habilitação, sob a supervisão do magistrado.

O importante é que nessa descentralização na execução orcamentária possa o juizado especial obter a celeridade nos processos administrativos que impactam a celeridade jurisdicional.

Ao contrário, dependendo do poder central do Tribunal e da burocracia administrativa, a demora no atendimento às soluções podem obstaculizar os trabalhos dos juizados especiais. Obviamente, que não se pretende esquecer as normas regentes do processo administrativo e nem os princípios da administração pública, a ideia é agilizar as decisões administrativas que possam afetar o Juizado Especial.

Não se pode pensar os Juizados Especiais como se pensa os demais órgãos jurisdicionais. As varas comuns, criminais e cíveis, e até mesmo varas especializadas em razão da matéria, tem estrutura diferente da dos Juizados. O reconhecimento de que o sistema dos Juizados Especiais independentemente da matéria que trate tem características muito próprias e daí merecer um tratamento adequado tanto no planejamento como no orçamento dos tribunais.

A busca pela efetividade da justiça e de respostas céleres aos conflitos mediados pelo Judiciário são os móveis que justificam uma mudança de paradigmas na gestão do Poder e com um novo olhar para o sistema dos Juizados Especiais.

Atender à demanda reprimida implica numa priorização dos Juizados Especiais dotando-os de condições materiais para isto. Uma política judiciária que coloque os Juizados Especiais em seu devido lugar é o que se espera dos órgãos de planejamento dos tribunais.

5. CONCLUSÃO

A título de conclusão podemos afirmar que diante da importância dos Juizados Especiais para o Poder Judiciário brasileiro na atual conjuntura onde se busca através do planejamento estratégico, construir uma gestão de alto nível nos tribunais do Brasil, nada mais singular do que eleger temas que liguem gestão do Judiciário e qualidade da prestação jurisdicional.

Planejar antes de mais nada é buscar atender de maneira eficiente e satisfatória o público destinatário dos serviços judiciais. Para isto, além da definição de metas e de planos de ação é fundamental que no orçamento de maneira adequada, sejam contemplados os recursos necessários para o

cumprimento do planejado.

Não há mais lugar para a improvisão ou o achismo na prática da gestão judiciária. Tal prática em passado recente mostrou-se desastrosa, pois as prioridades eram escolhidas a critério de cada gestão, muitas das vezes sem continuidade das ações anteriores. Isto implicava em enfraquecimento de ações impactantes no que diz respeito aos Juizados Especiais.

Infelizmente, alguns membros de tribunais ainda não compreendem a importância e a função dos Juizados Especiais, e continuam desprestigiando os Juizados e os próprios magistrados que exercem ali suas atividades judicantes.

O reconhecimento do Sistema dos Juizados Especiais como parte do Judiciário brasileiro que responde com eficiência e dentro de prazo razoável aos reclamos dos jurisdicionados é resultado de uma experiência de mais de 20 anos, quando foram criados os Juizados de Pequenas Causas e se aperfeiçoaram nos últimos 15 anos com os Juizados Especiais.

Originalmente uma experiência do Rio Grande do Sul que se espalhou pelo país, e hoje, está presente nas periferias das grandes e médias cidades, nos aeroportos, nos estádios de futebol, nos rios amazônicos, nos sertões de Minas e do Nordeste brasileiro, no cerrado e no litoral, e não existe cidadão brasileiro que não tenha ouvido falar na existência dos Juizados Especiais.

Em razão desta realidade inconteste é que se torna razoável que os tribunais contemplem em seu planejamento e também no orçamento os Juizados Especiais, como opção para tornar efetiva a prestação jurisdicional da grande massa de brasileiros famintos de justiça célere.

Notas

[1] In *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública – Uma abordagem crítica*, prefácio de José Joaquim Calmon de Passos. 6ª edição, 2ª tiragem. Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2010.

[2] In *Repertório dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*, 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

[3] In *O STJ e os Juizados Especiais Cíveis: Novos e Velhos Paradigmas*, in *Juizados Especiais – 15 anos de debates e reflexões*. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi e Maria do Carmo Honório. São Paulo: Editora Fiuza, 2010, pg. 154.

[4] Ob. cit., pag. 7.

[5] In *O Princípio da Oralidade e o Sistema Recursal nos Juizados Especiais* in *Juizados Especiais – Homenagem ao Desembargador José Fernandes Filho*. Coord. Augusto Vinicíus Fonseca e Silva/Luís Fernando Nigro Corrêa. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Atualizada até a Emenda 57 de 18 de dezembro de 2008. MORAES, Alexandre de (organizador). 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 70, de 18 de março de 2009**.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi *et al*. *Juizados Especiais 15 anos de debates e reflexões*. BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi e HONORIO, Maria do Carmo. (Coordenadores). São Paulo: Fiuza, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública. Uma abordagem crítica.* 6ª ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas *et al*. *Juizados Especiais - Homenagem ao Desembargador José Fernandes Filho.* SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. CORRÊA, Luís Fernando Nigro. (Coordenadores). Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

O CRIME DE ROUBO, A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – UMA HARMONIZAÇÃO NECESSÁRIA

Paulo Roberto Fonseca Barbosa, Pós-graduando em Ciências Criminais pela Faculdade Social da Bahia/FSBA; Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz/UESC; Juiz de Direito do TJ/SE**.**

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo precípuo demonstrar a real possibilidade de incidência do princípio da insignificância no crime de roubo, fazendo cair por terra a tipicidade material do fato, impondo-se a consequente declaração de atipicidade da conduta. Acreditamos, dessa maneira, que estaremos evidenciando mais uma hipótese de cabimento da bagatelaridade, com redução do tipo penal incriminador e, ainda, por consequência, contribuindo com a moderna política criminal.

PALAVRAS-CHAVES: Direito penal; roubo; princípio da insignificância; interpretação constitucional; exclusão da tipicidade material; moderna política criminal.

ABSTRACT: The main objective of the study is to demonstrate the real possibility of incidence of the insignificant principle in the crime of theft, desintegrating the justifying cause of the fact, imposing the subsequent declaration of atypical behavior. We believe that, in this way, we will be highlighting another hypothesis of the insignificant acceptance, reducing the criminal offense where the incriminating evidence is unsuficient, and also, consequently, contributing to the modern criminal policy.

KEYWORDS: Criminal law; theft; principle of insignificance; constitutional interpretation; exclusion of material; modern criminal policy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do crime de roubo (próprio e impróprio): algumas breves considerações à luz da doutrina e jurisprudência nativa. 3. Da força normativa da Constituição Federal e seus consectários no âmbito do Direito Penal. 4. Do princípio da intervenção mínima: o

caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal. 5. Do principio da insignificância como verdadeiro postulado da moderna Política Criminal. 6. Do Supremo Tribunal Federal (STF): critérios para a segura aplicação do princípio da insignificância e a incongruente persistência dos aspectos subjetivos. Um réquiem ao temerário Direito Penal do Autor na teoria do delito. 7. Da necessária e inevitável aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo: uma interpretação viável à luz das normas constitucionais e diante da perda de legitimidade do sistema penal. 8. Considerações finais. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Não é de agora o embate travado entre o Poder Público e as mazelas sociais, dentre as quais se avulta cada vez mais ocorrente o aumento substancial da criminalidade, causando enorme intranquilidade entre os cidadãos. Tal fato é notório, sendo maciçamente divulgado por todos os meios de comunicação, tornando-se tema assaz candente e sempre atual. A sociedade vive amedrontada e cautelosa, muitos em estado de *stress pré-traumático* (SEPT)[1], aguardando sempre uma resposta mais enérgica do Poder Público, com a criação de novos delitos e exasperação das penas já existentes.

O crime não é mais encarado como um fato social normal, necessário e útil, ao passo em que o criminoso não é visto como um *agente regulador da vida social*, tal qual preconizado outrora por Émile Durkheim[2]. Longe disso. O crescimento delitivo conduz a um *estado de emergência*[3], o qual, para alguns, legitimaria a inflação legislativa criminal e o agravamento das penalidades. O agente recebe agora a pecha de inimigo, chegando, n'alguns casos, a ser tachado de *animal selvagem predador*[4], ainda quando se trate de

[1] São altos níveis de ansiedade demonstrados por indivíduos que temem por sua segurança em razão da possibilidade de sofrerem ataques futuros.

[2] DURKHEIM (2005. p. 82-87).

[3] Para Leonardo Sica "o crescimento da violência e o aparecimento de novas formas de criminalidade desembocaram num medo social que, aliados às históricas razões que manipulam esse sentimento irrefletido da coletividade e à falência do Estado em oferecer políticas sociais efetivas, fomentaram, então, o Direito Penal de Emergência". SICA (2002, p. 206)

[4] DITTICIO (2005, p. 02).

adolescente.

Nesse contexto, dentre os inúmeros outros tipos penais existentes, o roubo, incluindo todas as suas modalidades, vem ocupando lugar de destaque na triste estatística criminal. Em nossa experiência como magistrado na área referenciada, pudemos sentir que, em determinadas situações, mais adiante explicitadas, o Direito Penal ganha força como um dos principais mecanismos com aptidão de conter eficazmente dita criminalidade latente, desde que utilizado de maneira racional e equilibrada.

Contudo, o emprego e nível de atuação do Direito Penal na luta contra o avanço das práticas delitivas não é um consenso, formando-se, nesse ponto, três correntes distintas, a saber: o Abolicionismo Penal, o Movimento de Lei e Ordem e o Direito Penal Mínimo. Desse modo, objetivamos demonstrar neste ensaio a real possibilidade de aplicação de uma das facetas do Direito Penal Mínimo, o princípio da insignificância, no crime de roubo, por ser essa uma tendência inevitável e a justa materialização de uma vontade constitucional.

Com efeito, é por demais evidente o avanço doutrinário e jurisprudencial no tocante à efetiva implementação do princípio da insignificância em diversos casos concretos. A timidez existente em outros momentos já não mais persiste, tanto mais por conta da reconhecida força normativa dos princípios. Precioso, aqui, o escólio de Celso Antonio Bandeira de Melo[5], para quem "violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer", sendo "a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido".

Hoje o reconhecimento da bagatelaridade (desvalor da ação ou do resultado jurídico) já tem inclusive seus contornos sedimentados pela jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal (STF)[6]. Porém, a grande maioria dos magistrados tupiniquins não reconhece a utilização do referido princípio no crime de roubo. E aqueles poucos que o fazem, na nossa ótica, agem de forma inadequada, eis que dividem o crime de roubo (furto, ameaça, constrangimento ilegal e lesão corporal) e aplicam a insignificância apenas na parte patrimonial, ensejando uma arquitetura jurídica sem base razoável.

Ora, se a tipicidade material vem sendo paulatinamente excluída,

[5] DE MELO (2001, p.771).

[6] BRASIL. STF. HC 84.412-SP, rel. Min. Celso de Mello.

por meio de sentenças e acórdãos, em um grande rol de delitos (lesão corporal leve, posse ilegal de arma de fogo, furto, peculato, moeda falsa, descaminho etc.), pensamos ser possível também a incidência dos critérios de insignificância no crime de roubo, mais precisamente na parte em que o tipo incriminador enuncia "por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência", como mecanismo de prestigiar o princípio da intervenção mínima do direito penal.

Roubar, então, poderia ser uma conduta taxada de insignificante?

Entendemos que sim e tentaremos demonstrar mais adiante.

Por certo, em tempos de *populismo penal*, no qual as classes menos favorecidas são as mais prejudicadas, num país em que a Constituição Federal é caracterizada como dirigente e elege dentre um de seus fundamentos a *dignidade da pessoa humana* (art. 1, inc. III), objetivando *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais* (art. 3, inc. III), é louvável toda tentativa de alargar o âmbito de eficácia do princípio da insignificância, tanto mais por endosso da notoriedade da falência e perda da legitimidade do sistema prisional.

2. DO CRIME DE ROUBO (PRÓPRIO E IMPRÓPRIO): ALGUMAS BREVES CONSIDERAÇÕES À LUZ DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA NATIVA

Em um dado momento de nossa história (1603 até 1830), teve vigência o *Livro V* das Ordenações Filipinas, o qual mereceu duras críticas ante a ausência de garantias penais. Bastava uma superficial leitura dos seus textos para notar o terror que permeava aquela legislação, sendo frequente a utilização da pena de morte, mutilações, queimaduras e até mesmo penas humilhantes, tais como o uso de capelas de chifres para os maridos tolerantes à traição.

O crime de roubo despontou nesse contexto, mais precisamente no *Livro V*, título 61, assim gizado:

> "Pessoa alguma, de qualquer qualidade que seja, não tome cousa alguma per força e contra vontade daquele, que a tiver em seu poder.
> E tomando-a per força se a cousa asso tomada valer mais de mil reis, morra por isso morte natural.

> E se valer mais de mil reis, ou dahi para baixo, havará as penas que houvera, se a furtará, segundo fôr a valia della.
> O que tudo haverá lugar, postoque allegue, que offerecia o preço da coisa ao possuidor, ou que lhe deixou o dito preço: porque, como fôr contra sua vontade, queremos que haja ditas penas.
> Porém, se forem mantimentos, e o que os tomar for Cavalleiro, ou pessoa semelhante, ou dahi para cima, não haverá a pena desta Ordenação, mas as penas que dissemos no segundo Livro, Título 50: Que os Senhores de terras, nem outras pessoas não tomem, etc.
> E a pessoa, a que fôr provado, que em caminho, ou no campo, ou em qualquer lugar fóra de povoação tomou per força, ou contra vontade a outra pessoa cousa, que valha mais de cem reis, morra morte natural.
> E sendo de valia de cem reis para baixo, seja açoutado e degradado para sempre do Brazil."

O tipo era longo e cheio de lacunas, facilitando interpretações de toda ordem, ao passo em que as penas revestiam-se de brutal severidade. O atual crime de roubo tem sua redação mais enxuta e precisa e as penas são bem mais brandas, em apego aos princípios constitucionais. É doutrinariamente qualificado como *complexo*, eis que formado pela junção de dois ou mais tipos penais, a saber: furto (art. 155, do CP) e constrangimento ilegal (art. 146, do CP) e/ou lesão corporal (art. 129, do CP). Teve em mente o legislador a proteção do patrimônio, da liberdade individual e integridade física do ofendido. Note-se que, ainda que haja morte (latrocínio), se a intenção do agente era a subtração de determinado bem, persiste a natureza patrimonial do crime.

Lastreada nas disposições do delito em testilha, a doutrina assim o divide: a) roubo próprio (*caput*); b) roubo impróprio (§1º), c) roubo qualificado[7] pelas circunstâncias (§2º); d) roubo qualificado pela lesão corporal grave (§3º, primeira parte) e, e) roubo qualificado pela morte ou latrocínio (§3º, segunda parte). Em cada parte acima enunciada, persistem pontos obscuros, com entendimentos diversos. Trataremos aqui somente das duas primeiras

[7] Trata-se de causa de aumento de pena, não sendo tecnicamente correto o termo *qualificado*.

figuras do roubo (próprio e impróprio), eis que relacionadas ao tema do presente artigo.

Vejamos.

No roubo próprio, o agente, fazendo uso inicial de grave ameaça ou violência, ou após o emprego de qualquer meio apto a extinguir a capacidade de resistência do ofendido, subtrai o objeto pretendido. A grave ameaça deve ser entendida como uma promessa concreta de mal e analisada em conjunto com outros fatores (fragilidade da vítima, local, momento etc.). A violência é o emprego de força física (lesão corporal leve ou vias de fato), sublinhando que a lesão grave ou a morte servem como qualificadoras.

A terceira figura diz respeito a qualquer meio, o qual retire da vítima suas chances de oposição (violência imprópria). Essa parte do artigo é pouco comentada pela doutrina, porém, terá grande enfoque neste trabalho, eis que demonstraremos, em momento oportuno, a viabilidade jurídica de fazer incidir neste ponto o princípio da insignificância.

Nesse panorama, ensina Magalhães Noronha[8]:

> "Cabem na expressão os meios de natureza físico-moral, que produzem um estado fisiopsíquico, o qual tolhe a defesa do sujeito passivo. Assim, a ação dos narcóticos, anestésicos, álcool e mesmo da hipnose. São processos fisiopsíquicos porque atuam sobre o físico da pessoa, mas produzem-lhe anormalidade psíquica, vedando-lhe resistência à ação do agente."

Por sua vez, no roubo impróprio (roubo por aproximação) o apoderamento da coisa é ato primeiro, constituindo-se a grave ameaça ou a violência em instrumentos para consecução da impunidade ou detenção do objeto. Vale registrar que nessa modalidade de roubo não existe a terceira figura (violência imprópria), consistente no emprego de qualquer meio, verberando Magalhães Noronha[9] que o legislador foi omisso nesse ponto e, se a omissão foi voluntária, agiu de forma reprovável.

Damásio de Jesus[10], sedimentando, nos diz o seguinte:

---

[8] NORONHA (1995. p. 151).

[9] Ob. cit. p. 152.

[10] DE JESUS (2011. p. 336).

> "A distinção entre roubo próprio e impróprio reside no momento em que o sujeito emprega a violência contra a pessoa ou grave ameaça. Quando isso ocorre para que o sujeito subtraia o objeto material, há roubo próprio. Quando, porém, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou continuar na sua detenção, para ele ou para terceiro, comete roubo impróprio. A diferença se encontra na expressão 'logo depois de subtraída a coisa'."

O momento da consumação nas duas modalidades de roubo é tema ainda nebuloso perante nossos Tribunais e doutrina. No roubo próprio, vem sendo aplicado entendimento semelhante àquele dispensado ao furto, ou seja, o tipo tem sua perfeição com a retirada inicial do objeto, sem necessidade do exercício da posse mansa e pacífica pelo agressor nem a saída da esfera de vigilância da vítima. É esse o posicionamento de nossas Cortes Superiores (STF e STJ). Em prol da tese ora esposada, permitimo-nos aderir o quanto decidido recentemente no REsp 1220817, cuja relatoria ficou sob a batuta do Exmo. Sr. Min. Og Fernandes, assim ementado, *ad litteram*:

> RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS PRATICADOS EM CONCURSO FORMAL. TENTATIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESNECESSÁRIA A POSSE TRANQUILA DA COISA SUBTRAÍDA. CRIME CONSUMADO.
>
> 1. De acordo com a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, considera-se consumado o crime de roubo, assim como o de furto, no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que não obtenha a posse tranquila, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima para a caracterização do ilícito.
>
> 2. Vale ressaltar que "a questão do momento consumativo do crime de roubo é por demais conhecida desta Corte Superior, não se tratando,

> nos autos, de reexame de provas, mas sim de valoração jurídica de situação fática." (AgRg no REsp 721.466/SP, Relator Ministro CELSO LIMONGI – DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, DJe 1º/7/2009).
> 3. Todavia, não há como restabelecer a sanção fixada na sentença condenatória, visto que o Tribunal de origem diminuiu o percentual decorrente das causas de aumento de pena, não sendo esses fundamentos atacados pelo recorrente nas razões do especial.
> 4. Recurso especial parcialmente provido para, reconhecida a consumação dos crimes de roubo, fixar a reprimenda do recorrido, definitivamente, 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, mantido o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.
>
> (STJ. REsp 1220817/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 28/06/2011)

Em rumo oposto, Celso Delmanto[11] *et al*, prega a necessidade da posse mansa e tranquila do objeto em poder do agente como pressuposto necessário à consumação da empreitada ilícita, dizendo que "o roubo próprio (*caput*) consuma-se quando a coisa é retirada da esfera de disponibilidade do ofendido e fica em poder tranquilo, ainda que passageiro, do agente". Alguns julgados das Cortes Estaduais encampam o escólio de Celso Delmanto, sendo oportuna a transcrição da seguinte ementa, *ad verbum*:

> ROUBO. CONSUMAÇÃO. POSSE TRANQUILA POR ALGUM TEMPO. O roubo se consuma no momento que o agente tem, mesmo que por pouco tempo, a posse tranquila e desvigiada da *res* subtraída mediante grave ameaça ou violência. A rápida recuperação da coisa e a prisão do autor do delito não caracterizam a tentativa. Apelo provido em parte. PENA. FIXAÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO.

[11] DELMANTO (2000. p. 321).

> POSSIBILIDADE. É possível a fixação da pena em patamar abaixo do mínimo legal, estabelecido na lei penal. Se as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP determinam uma punição no mínimo e se reconhece, em favor do acusado, atenuantes do art. 65 do mesmo diploma legal. Em particular as relevantes da confissão e menoridade. Este posicionamento não encontra obstáculos na lei penal. O artigo 59 não faz nenhuma menção a limites e o 65, expressamente, declara que aquelas circunstâncias sempre atenuam a pena. Voto vencido. (Apelação Crime Nº 70003534229, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 02/05/2002).

Concessa venia, entendemos que a consumação concretiza-se com a simples subtração do bem pelo agente, mediante o uso de violência ou grave ameaça. Aos nossos olhos, o tipo não exige, em nenhum momento, a posse mansa e tranquila e nem a retirada do objeto do âmbito de vigilância e disponibilidade do ofendido (teoria da *amotio*). Tais exigências se constituem, a bem da verdade, em mero exaurimento da conduta delitiva. A tentativa, assim, é perfeitamente possível, ficando adstrita aos casos em que, por motivos alheios à vontade do ofensor, a subtração da *res* é inexitosa.

Por sua vez, o roubo impróprio consuma-se com o emprego da violência ou grave ameaça, *logo depois de subtraída a coisa.* Nessa toada, uma vez cabível o fracionamento do *iter criminis* no momento do uso da violência ou grave ameaça, entendemos ser também viável a incidência do *conatus*. Basta imaginar o seguinte exemplo: Gaio retira uma carteira porta cédulas do bolso de Mévio, o qual de imediato percebe o ato e parte em visível perseguição a Gaio, sendo que este último, ao tentar sacar a sua arma, no afã de garantir sua empreitada, é contido. Típico caso de roubo impróprio tentado. A moderna doutrina penal abriga entendimento similar. A jurisprudência ainda é rasa nesse ponto.

Vale realçar a inexistência de violência imprópria no roubo impróprio.

3. DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEUS CONSECTÁRIOS NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

A história do Direito Constitucional ocidental nos conduz ao constante e paulatino aprimoramento das Constituições. De simples *pedaço de papel*,

subjugado aos *fatores reais de poder*, consoante defendia Ferdinand Lassalle[12], as Constituições passaram a ocupar posto de Lei Fundamental, imprimindo (i)legitimidade às demais normas, constituindo-se em pedra angular de todo sistema normativo vigente. Lançando mão do escólio de Hans Kelsen, densificados em 1934, em sua obra mais famosa, *Teoria Pura do Direito*[13], a Constituição é fincada no topo da pirâmide jurídica, fornecendo (in) validade às demais disposições legais, nesses termos:

> "A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as disposições daquela. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora."

Nessa ordem de ideias, e seguindo o processo de evolução dos textos constitucionais, eis que presenciamos, na segunda metade do século XX, o surgimento do *neoconstitucionalismo*, com uma nova concepção de legalidade, tendo por escopo a máxima efetividade dos direitos fundamentais, erigidos sob a égide da dignidade da pessoa humana, que passa a ser positivada no seio constitucional . É a etapa que inaugura o pós-positivismo, com a primazia dos princípios e o reconhecimento da força normativa das constituições,

---

[12] Em 16 de abril de 1862, Lassalle advogou sua tese fundamental sobre a essência da Constituição, pontuando que "juntam-se esses fatores reais de poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra lei, e por conseguinte é punido". LASSALE (2003, p. 35).

[13] KELSEN, (1999. p. 247).

sendo oportunas e esclarecedoras as palavras de Ana Paula de Barcellos[14], quando delineia as premissas do *neoconstitucionalismo*, *verberattim*:

> "O constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Essas três características são herdeiras do processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade, à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que essa expressão carrega."

Por sua vez, a nossa Carta República de Outubro veio à lume içando como um de seus fundamentos a *dignidade da pessoa humana*[15] (art. 1, inc. III), objetivando *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais* (art. 3º, inc. III). Essa vontade expressa do legislador constituinte originário não é letra morta. Ao nosso pensar, e comungando dos ensinamentos de José Afonso da Silva, trata-se de disposições *programáticas*[16],

---

[14] DE BARCELLOS (2007. p. 3).

[15] Adotamos a conceituação de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem dignidade da pessoa humana é "a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida". *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Editora Livraria do Advogado, p. 70.

[16] Para renomado constitucionalista *apud* J. H. Meirelles Teixeira, as normas programáticas seriam "aquelas normas constitucionais, através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e

porém, com eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, eis que trazem ínsitas o poder de guiar toda interpretação, integração e aplicação do arcabouço jurídico positivo vigente, mormente quando a questão de fundo verse sobre conteúdo penal.

O tema, advertimos, ainda é controverso.

Parte da doutrina tradicional não confere juridicidade às normas programáticas. A premissa chave para aqueles que negam tal caráter jurídico, se deve ao fato de não solucionar casos concretos, não possuindo, assim, imperatividade, mas apenas cunho moral. Entretanto, a moderna hermenêutica constitucional tem repudiado a negação de eficácia jurídica àquelas normas, tanto mais por conta do *princípio da unidade da constituição*, segundo o qual não deve haver hierarquia entre as normas constitucionais[17].

Ademais disso, Recaséns Siches, citado por José Afonso da Silva[18], nos diz que as normas programáticas sinalizam para o intérprete, no caso concreto/judicial, fornecendo-lhe sim uma solução, da seguinte forma:

> "Na função judicial, se produzem valorações ou estimativas. Isso porque não quer significar que tais valorações ou estimativas sejam a projeção do critério axiológico pessoal do juiz, de seu juízo valorativo individual. Pelo contrário, as mais das vezes, sucede, e assim deve ser, que o juiz emprega, como critérios valoradores, precisamente as pautas axiológicas consagradas na ordem jurídica positiva, e trata de interpretar esses cânones estabelecidos pela ordem vigente, pondo-os em relação com as situações concretas de fato que se lhe antolham. Inclusive naqueles casos que apresentam uma especial dificuldade e muita complicação, o que o juiz faz ordinariamente, e isto é o que deve fazer, consiste em investigar quais são os critérios hierárquicos de valor, sobre os quais está fundada e pelos quais está fundada e pelos quais está inspirada a ordem jurídica positiva,

imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado". (DA SILVA, 2009, p. 138.

[17] Para Otto Bachof é possível a existência de normas constitucionais e inconstitucionais. *In*: Normas constitucionais inconstitucionais. Editora Almedina, 2001.

[18] DA SILVA (2009. p. 157).

> e servir-se deles para resolver o caso submetido à sua jurisdição."

É preciso, então, que operador jurídico tenha, diante do caso concreto posto ao seu crivo, *vontade de constituição*, trilhando sua interpretação à luz dos preceitos espraiados na *Lex Legum*, conjugando o problema à sua realidade, consoante alardeado, desde os idos de 1959, pelo jurista alemão Konrad Hesse, para quem:

> "A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)."[19]

Postas tais premissas, entendemos ser perfeitamente possível e necessário extrair a *força normativa* constitucional, tendo em mira os anseios nela derramados pelo legislador, importando os seus comandos para campo social, precipuamente orientando aqueles que militam na seara penal, onde se lida com bem tão caro, qual seja: a liberdade humana. Em socorro ao nosso pensamento, úteis, mais uma vez, as palavras de Hesse, para quem:

> "um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de constituição."[20]

[19] KONRAD (1991. p. 19).

[20] Ob. Cit. p. 21.

Ora, não temos como negar, o simples fato de figurar como réu em uma demanda criminal tem energia suficiente para macular a dignidade de qualquer indivíduo, contribuindo com um indesejável quadro de marginalização e desigualdade – tal fato é notório. Bem por isso, deflagramos *hic et nunc* a possibilidade de se implementar/aplicar o princípio da insignificância ao crime de roubo, em conformidade com os comandos constitucionais, ainda mais quando estamos versando sobre *fundamentos* e *objetivos* traçados numa reunião do Poder Constituinte Originário[21], o qual edificou um texto normativo dirigente, que, indubitavelmente, não é compatível com um Estado Penal e sim com um Estado Social.

Dito isso, e uma vez presentes os pressupostos de cabimento da bagatelaridade no roubo, na forma mais adiante por nós demonstrada, é dever do Estado-juiz fazer cessar o constrangimento ao réu, preservando, por conseguinte, sua dignidade, bem como afastando sua eventual marginalização social. Daí, então, presenciaremos a concretização no mundo real dos desejos (*rectius*: fundamentos e objetivos) plasmados no corpo da nossa Constituição, sempre em busca de uma ordem penal materialmente justa e consentânea com a nossa realidade, a qual ainda persiste em *selecionar*[22] seus criminosos.

4. DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: O CARÁTER FRAGMENTÁRIO E SUBSIDIÁRIO DO DIREITO PENAL

Calcada na Revolução Americana de 1776 e tomando por base os ideais oriundos do Iluminismo, a Assembleia Nacional Constituinte da França aprovou, no ano de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual trazia em seu corpo o art. 8°, rezando o seguinte: "A lei apenas deve estabelecer *penas estrita e evidentemente necessárias* e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada". Eis a gênese do princípio da intervenção mínima, fonte da qual brotam duas importantes facetas do moderno Direito Penal, quais sejam: a fragmentariedade e a subsidiariedade.

---

[21] Para Maurício Antonio Ribeiro Lopes, a denominação seria Poder Constituinte fundacional secundário, LOPES *(*2000. p.62).

[22] Zaffaroni chega a afirmar que "o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis". ZAFARONI *(*2010. p. 27).

É o Direito Penal como *ultima ratio* na proteção de bens jurídicos.

Pelo viés da fragmentariedade, observa-se que não são todos os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, mas apenas aqueles *fragmentos* eleitos pelo legislador como os mais importantes ao bom desenvolvimento dos indivíduos (vida, liberdade, meio ambiente etc.). Trata-se de uma garantia político-criminal, eis que o objeto a ser tutelado/protegido passa a exercer papel fundamental na construção dos delitos. Com efeito, é através do caráter fragmentário do Direito Penal, aliado ao conceito de bem jurídico, que se põe um freio na ânsia de criação de novas condutas típicas pelo legislador, limitando o poder de punir estatal.

Vale a pena conferir, nesse ínterim, o escólio de Luiz Regis Prado:

> "A doutrina do bem jurídico, erigida no século XIX, dentro de um prisma liberal e com nítido objetivo de limitar o legislador penal, vai, passo a passo, se impondo como um dos pilares da teoria do delito. Surge ela, pois, 'como evolução e ampliação da tese original garantista do delito como lesão de um direito subjetivo e com o propósito de continuar a função limitativa do legislador, circunscrevendo a busca dos fatos merecedores de sanção penal àqueles efetivamente danosos à coexistência social, mas lesivos de entidades reais – empírico naturais – do mundo exterior."[23]

Em sequência, impende ainda sublinhar a subsidiariedade, por meio da qual o Direito Penal somente deve ser acionado em última hipótese (*rectius*: *ultima ratio*), por motivo de ineficiência dos demais ramos jurídicos na proteção de determinados bens, os quais precisam apresentar um mínimo de importância jurídico-social. Isto em razão "da drástica intervenção do Direito Penal, com todas as suas consequências maléficas, a exemplo do efeito estigmatizante da pena, dos reflexos que uma condenação traz sobre a família do condenado etc."[24]

Força constatar, nessa linha de intelecção, que a legitimidade para criminalização de um fato deve passar obrigatoriamente pelo filtro

[23] PRADO (2011. p. 31).

[24] GRECO (2002 p. 73-74)

de sua estrita e real necessidade, sob pena de transgressão aos ditames constitucionais, mormente desrespeitando os direitos elencados como fundamentais. Conclui-se, pois, que o princípio da necessidade ou intervenção mínima tem implícito recinto constitucional.

Nesse sentido, permitimo-nos transcrever as lúcidas ideias de Luiz Luisi:

> "A Constituição vigente no Brasil diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5˚, *caput*), e põe como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, no art. 1˚ do inciso III, a dignidade da pessoa humana. Decorrem, sem dúvidas, desses princípios constitucionais, como enfatizado pela doutrina italiana e alemã, que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social. Destarte, embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da nossa *Grundnorm*, tratando-se de um postulado nela inequivocamente implícito."[25]

Entretanto, temos presenciado, infelizmente, uma imensa inflação legislativa penal, em total desrespeito ao princípio da intervenção mínima e que, por via reflexa, termina por ofender aos preceitos da nossa Carta de Outubro, em especial à dignidade da pessoa humana. Isto porque, sem sombra de dúvidas, o nascimento desnecessário de novos tipos de delitos termina por ferir a dignidade daqueles *futuros criminosos*, que levarão consigo o *etiquetamento* de réu, condenado e/ou (ex)detento, fomentando um indesejável processo de marginalização social.

Debruçando-nos sobre a história, mais precisamente no final do século passado, a Itália também sofreu com o aumento significativo de leis penais incriminadoras. Luiz Luisi, mais uma vez, nos diz que naquele país peninsular se erigiu um processo de *desinflação penal*, com a transformação

[25] LUISI, (2003, p. 40)

de pequenos delitos em infrações administrativas. Outrossim, formou-se um corpo de talentosos juristas italianos, dentre eles Francesco Palazzo e Emilio Dolcini, os quais passaram a fixar critérios, por meio de circulares, a servir de norte ao legislador no momento de elaboração dos tipos penais, concluindo que:

> "Os critérios recomendados para elaboração de novos tipos penais, segundo as circulares referidas, são o da proporção e da necessidade. Em primeiro lugar para que se possa elaborar um tipo penal, dispõe as circulares mencionadas, - é necessário que o fato que se pretende criminalizar atinja interesses fundamentais, valores básicos do convívio social, e que a ofensa a esses valores, a esses bens jurídicos, seja de efetiva e real gravidade. E por outro lado, é indispensável que não haja outro meio, no ordenamento jurídico capaz de prevenir e reprimir tais fatos com a mesma eficácia da sanção penal. Ou seja: é preciso que haja a necessidade inquestionável e inalterável de tutela penal. Condição, portanto, para a criação de um novo tipo penal é que o bem jurídico a tutelar seja de relevância superlativa para o convívio social, e que a forma em que o fato o violenta seja realmente grave."[26]

Seguindo a essa mesma linha de *purificação do direito penal*, sublinhando sua vertente subsidiária, o festejado mestre de Coimbra, Eduardo Correia, alimentado pelo direito alemão, semeou no ordenamento jurídico português, já nos idos de 1960, a necessidade de se instituir um processo de descriminalização, expurgando do direito penal lusitano as contravenções. Tal fato se concretizou com o advento do Decreto-Lei n° 232/79, de 24 de julho, o qual passou a ocupar o posto de primeiro diploma a tratar do chamado *direito administrativo sancionador*, com natureza distinta das normas incriminadoras.[27]

A intervenção penal cede espaço para a intervenção administrativa.

O legislador português positiva a ideia do direito penal como última

[26] Ob. Cit. p. 45.

[27] OSÓRIO (2007).

instância.

Alvo de críticas, em razão de sua incompatibilidade constitucional, o Decreto-Lei n°232/79 cedeu espaço para o Decreto-Lei n° 433/82, de 27 de outubro, que encontrou legitimidade na revisão constitucional levada a efeito em 1982, a qual trouxe em seu bojo previsão expressa sobre o direito administrativo sancionador. Nesse novo cenário legal português, saem de cartaz as contravenções e as penas, passando a viger, respectivamente, as denominadas *contra-ordenações* e as *coimas*. O ilícito penal transmuda-se em ilícito administrativo, gerando sanção pecuniária e as seguintes sanções acessórias:

a) Apreensão de objetos.

b) Interdição de exercer uma profissão ou uma actividade.

c) Privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidades ou serviços públicos.

d) Privação do direito de participar em feiras, mercados, competições desportivas, ou de entradas em recintos ou áreas de acesso reservado.

e) Privação do direito de participação em arrematações e concursos promovidos por entidades ou serviços públicos, de obras públicas, de fornecimento de bens e serviços, ou concessão de serviços, licenças ou alvarás.

f) Encerramento do estabelecimento ou cancelamento de serviços, licenças e alvarás.

E para deixar bem clara a finalidade do legislador, que optou pela vertente do *direito penal mínimo*, desnudando seu viés subsidiário, impende enxertar agora trechos do preâmbulo do Decreto-Lei n° 433/82, *ad litteram*:

> "A necessidade de dar consistência prática às injunções normativas decorrentes deste novo e crescente intervencionismo do Estado, convertendo-as em regras efectivas de conduta, postula naturalmente o recurso a um quadro específico de sanções. Só que tal não pode fazer-se, como unanimemente reconhecem os cultores mais qualificados das ciências criminológicas e penais, alargando a intervenção do direito criminal. Isto significaria, para além de uma manifesta degradação do direito penal, com a consequente e irreparável perda da sua força de persuasão de prevenção, a

> impossibilidade de mobilizar, preferencialmente, os recursos disponíveis para as tarefas da prevenção e repressão da criminalidade mais grave. Ora é esta que de forma mais drástica põe em causa a segurança dos cidadãos, a integridade das suas vidas e bens e, de um modo geral, a sua qualidade de vida."

Daí porque conclui da seguinte maneira, *verbo ad verbum*:

> "O texto aprovado para o artigo 18˚, n˚ 2, consagra expressamente o princípio em nome do qual a doutrina penal vem sustentando o princípio da subsidiariedade do direito criminal. Segundo ele, o direito criminal deve apenas ser utilizado como a *ultima ratio* da política criminal, destinado a punir as ofensas intoleráveis aos valores ou interesses fundamentais à convivência humana, não sendo lícito recorrer a ele para sancionar infracções de não comprovada dignidade penal."

Entre nós, o processo de *minimização do direito penal* ainda é muito tímido. Apenas uma parcela da doutrina e da jurisprudência intestina já deflagraram dita perspectiva jurídica, a qual não vem encontrando eco no Poder Legislativo nacional. É fato: não basta apenas importar conceitos e ideias de vanguarda estrangeira sem que os demais Poderes se movimentem em idêntica direção, com a adoção de uma política correlata ou ao menos que não inviabilize as tendências de política criminal detentoras de sucesso n'outras plagas. Por certo, lamentavelmente, o nosso legislador cede amiúde aos apelos populistas, e vem paulatinamente implementando a horrenda *política de tolerância zero*, a qual termina por alcançar, em sua grande maioria, as classes sociais menos favorecidas.

É preciso haver harmonia entre a evolução doutrinária/jurisprudencial e a lei.

Postas essas premissas e comungando do norte doutrinário aqui esboçado, podemos concluir que a intervenção do Direito Penal somente se faz legítima e necessária na hipótese de lesão a um bem jurídico fundamental, assim eleito de forma criteriosa pelo legislador, o qual deve tomar por base os postulados constitucionais vigentes. Por sua vez, aquele bem violado não deve encontrar

adequada proteção em outra seara do ordenamento legal vigente, sob pena de transgressão ao princípio da intervenção mínima e, por via de efeito, ao caráter subsidiário do Direito Penal.

Legítima a proteção por meio da *ultima ratio* e uma vez necessária a intervenção drástica, passamos ao exame do grau de ofensa ao fragmento guindado ao posto de bem jurídico penal. Nesse momento, tem atuação o princípio da insignificância como um dos mecanismos hábeis na redução do alcance penal, fazendo as vezes de critério de interpretação, iluminando o operador do direito na busca perfeita do limite do tipo penal, conquanto nem todos os delitos admitam sua leitura sob as luzes da bagatelaridade. Aos olhos de Luiz Flávio Gomes[28], o qual correlaciona o princípio em testilha e a atuação do juiz:

> "Cuida-se, como se vê, de um conceito normativo, que exige complemento valorativo do juiz. O princípio da insignificância tem tudo a ver com a moderna posição do juiz, que já não está bitolado pelos parâmetros abstratos da lei, senão pelos interesses em jogo em cada situação concreta. Nesse novo direito penal, que é um direito do caso concreto, a proeminência do juiz (da valoração é do juiz) é indiscutível. Mas também, a chance de se fazer justiça no caso concreto é muito maior que antes (quando ao juiz estava atrelado ao velho silogismo formalista da premissa maior, premissa menor e conclusão). O *fiat justitia et pereat mundus* (faça-se justiça, embora pereça o mundo) já não tem sentido nos dias atuais. O juiz já não pode se contentar só com a aplicação formal da lei, ainda que o mundo pereça. A ele cabe fazer justiça em cada caso concreto, isto é, fazendo uso da razoabilidade, cabe sempre evitar que o mundo (do caso concreto) entre em ruínas. O que vale hoje é o *fiat justitia, ne pereat mundus* (faça-se a justiça, para que o mundo não pereça – Hegel)."

O princípio da insignificância surge como instrumento de concretização da justiça.

---

[28] GOMES (2009. p. 25-26).

5. DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO VERDADEIRO POSTULADO DA MODERNA POLÍTICA CRIMINAL

A adoção do Direito Penal como instrumento de pacificação e desenvolvimento social não é um consenso. Muito longe disso! A bem da verdade, sobre esse aspecto, presenciamos o surgimento de três correntes ideológicas substancialmente distintas, a saber: a) o Abolicionismo Penal; b) o Movimento de Lei e de Ordem; e c) o Direito Penal Mínimo. Razão disso, impende agora tecer breves comentários sobre aquelas duas primeiras correntes e, em sequência, apresentar o Direito Penal Mínimo, em uma de suas vertentes, o princípio da insignificância, demonstrando a real possibilidade de sua aplicação no crime de roubo, por ser essa uma tendência inevitável e a justa materialização de uma vontade constitucional.

Vejamos.

O Abolicionismo Penal advoga a extinção do sistema penal, propugnando sua troca por outros meios de resolução dos conflitos, tomando por argumento a falência daquele sistema como um todo, eis que não cumpriria um dos seus maiores objetivos, consistente na reprovação e prevenção do crime. Além disso, noticiam os Abolicionistas outras razões para o reconhecimento da *deslegitimação*, valendo citar o caráter estigmatizante e cruel do sistema penal, que feriria a dignidade da pessoa humana; as *cifras ocultas*[29], definidas como os crimes que acontecem e não chegam ao conhecimento das autoridades competentes para regular apuração e acertamento, gerando assim impunidade; e, por fim, a própria relatividade da definição do delito.

Nesse último ponto, realçando dita relatividade do conceito de crime, calha transcrever as lições de Louk Hulsman e Jacqueline Bernat:

> "Por que ser homossexual, se drogar ou ser bígamo são fatos puníveis em alguns países e não em outros? Por que condutas que antigamente eram puníveis, como a blasfêmia, a bruxaria, a tentativa de suicídio etc.,

[29] Oportuno mencionar, ainda, a existência da *cifra dourada*, a qual trata da criminalidade das classes privilegiadas, referente aos chamados "crimes de colarinho branco", tais como os delitos contra o meio ambiente, a ordem tributária e o sistema financeiro.

> hoje não são mais? As ciências criminais puseram em evidência a relatividade do conceito de infração, que varia no tempo e no espaço, de tal modo que o que é 'delituoso' em um contexto é aceitável em outro. Conforme você tenha nascido num lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível – ou não – de ser encarcerado pelo que fez, ou pelo que é."[30]

D'outra banda, em posição totalmente antagônica, eis que surge nos EUA, no início da década de 70 (setenta), no século passado, o intitulado Movimento de Lei e Ordem, por meio do qual se prega o agigantamento do Direito Penal, com a criação de novos tipos delitivos e aplicação enérgica das penas como a panaceia para os problemas relacionados à criminalidade. O Movimento de Lei e Ordem não afere o grau de importância do bem jurídico penalmente tutelado e sua respectiva lesão. Por certo, toda e qualquer modalidade de delito legitima a intervenção do Direito Penal, o qual é aplicado como primeiro instrumento de contenção (*prima ratio*). Calca-se, em grande medida, na *teoria das janelas quebradas*[31].

Outrossim, a pena de prisão é banalizada no aludido movimento, tendo Ralf Darhendorf, um dos seus principais defensores, afirmado em seu livro A Lei e a Ordem que as hipóteses de substituição ao cárcere, por meio de multas e prestação de serviço, seriam visíveis estímulos à prática de mais crimes. A cidade de Nova York é sempre citada nesse contexto como um dos exemplos de atuação do Movimento de Lei e Ordem, eis que naquele local foi implantada uma de suas vertentes, a política denominada de *Tolerância Zero*, com apoio do então prefeito Rudolph Giuliani. Partia-se da premissa que os atos de desordem habituais seriam a gênese dos crimes mais graves e, por isso, proibia-se desde *matar aulas* até a mendicância.

Nessa toada, calha trazer à fiveleta, pois oriundo do Movimento de Lei e Ordem, erigindo-se em mais uma de suas vertentes, o chamado *Direito Penal do Inimigo*, que tem sua paternidade no jurista alemão Gunther Jakobs e surgimento após os atentados terroristas ocorridos em 11 de setembro de

---

[30] GRECO (2010. p. 63).

[31] Por meio dessa teoria as pequenas infrações devem ser de imediato punidas, sob pena de gerar um estado de anomia, incentivando a prática de delitos mais graves. Em outras palavras: se as janelas são quebradas e ninguém se importa, os indivíduos continuarão quebrando mais janelas.

2001. Estaria inserto no *processo de expansão do Direito Penal,* ocupando a *terceira velocidade*[32]. Jakobs reconhece a existência de indivíduos que não mais desejam viver de acordo com as regras jurídicas vigentes, eis que passaram a fazer do crime o seu modo de vida, tais como os grupos terroristas e organizações criminosas e, a partir daí, detecta o *Direito Penal do Cidadão* e, na via oposta, o *Direito Penal do Inimigo*.

Por oportunas e elucidativas, permitimo-nos transcrever as palavras de Manuel Cancio Meliá, em obra publicada em coautoria com Gunter Jakobs, *ad litteram*:

> "De modo materialmente equivalente, na Espanha, Silva Sánchez tem incorporado o fenômeno do Direito Penal do inimigo a sua própria concepção político-material. De acordo com sua posição, no momento atual, estão se diferenciando duas 'velocidades' no marco do ordenamento jurídico-penal: a primeira velocidade seria aquele setor do ordenamento em que se impõem penas privativas de liberdade, e no qual, segundo Silva Sánchez, devem manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade seria constituída por aquelas infrações em que, ao impor-se só penas pecuniárias ou restritivas de direitos – tratando-se de figuras delitivas de cunho novo –, caberia flexibilizar de modo proporcional esses princípios e regras 'clássicos' a menor gravidade das sanções. Independentemente de que tal proposta possa parecer acertada ou não – uma questão que excede destas breves considerações –, a imagem das 'duas velocidades' induz imediatamente a pensar – como fez o próprio Silva Sánchez – no Direito Penal do inimigo como 'terceira velocidade', no qual coexistiriam a imposição de penas privativas de liberdade e, apesar de sua presença, a 'flexibilização' dos princípios político-criminais e as regras de imputação."[33]

[32] SÁNCHEZ (2011. p. 194).

[33] JAKOBS; MELIA (2009. p. 90-93).

Alojando-se, grosso modo, numa posição intermediária e, ao nosso sentir, mais consentânea e eficaz às necessidades das sociedades de massa, eis que se avulta cada vez mais forte e ganhando destaque o Direito Penal Mínimo, Minimalismo Penal ou Abolicionismo Moderado, o qual preconiza uma diminuta intervenção penal, com máximo de respeitos às garantias constitucionais. Ademais disso, os minimalistas propõem um processo de *descriminalização,* persistindo a proteção pelo Direito Penal somente em relação àqueles bens essenciais ao bom desenvolvimento humano, com redução do alcance da norma incriminadora, tanto mais quando traga à reboque, via preceito secundário, uma pena de prisão.

Complementando o tema em liça, Rogério Greco[34] nos diz que, *literattim*:

> "O raciocício do Direito Penal Mínimo implica a adoção de vários princípios que servirão de orientação ao legislador tanto na criação quanto na revogação dos tipos penais, devendo servir de norte, ainda, aos aplicadores da lei penal, a fim de que se produza uma correnta interpretação. Dentre os princípios indispensáveis ao raciocínio do Direito Penal Mínimo, podemos destacar os da: a) dignidade da pessoa humana; b) intervenção mínima; c) lesividade; d) adequação social; e) insignificância; f) individualização da pena; g) proporcionalidade; h) responsabilidade pessoal; i) limitação das penas; j) culpabilidade; e k) legalidade."

O princípio da insignificância deita suas raízes no Direito Romano, mais precisamente no adágio *minima non curat praetor*, o qual retirava os delitos de somenos importância do crivo do pretor. Entretanto, parte da doutrina pontifica que o seu surgimento se deu na Europa, no período que intercalou a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, em momento no qual a realidade socioeconômica no *velho continente* era bastante precária, tornando-se campo fértil para prática de pequenos delitos contra o patrimônio, os chamados

[34] GRECO (2010. p. 25).

crimes de bagatela[35]. Os fatos insignificantes, num primeiro átimo, segundo a concepção de Hans Welzel, estariam açambarcados pelo princípio da adequação social, que teria o condão de afastar o injusto penal. Entretanto, Francisco de Assis Toledo[36] noticia que:

> "Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância. Não vemos incompatibilidade na aceitação de ambos os princípios que, evidentemente, se completam e se ajustam à concepção material do tipo que estamos defendendo. Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária só vão até onde seja necessário para proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas."

A necessidade de se reconhecer, pela via jurídica, a bagatelaridade de algumas condutas se fez premente cada vez mais. Isso porque a dogmática moderna atentou-se para o fato de que o juízo de tipicidade não se perfazia simplesmente com a adequação típica do fato à norma incriminadora. Era preciso mais do que o encaixe formal ao preceito primário, sob pena de se criarem situações injustas e desproporcionais. Daí, então, passa a ser necessária a análise material da conduta típica, *id est*, a tipicidade penal, doravante, somente estará completa com a lesão significativa ao bem jurídico, produzindo-lhe um dano social relevante. Funda-se, nessa linha intelectiva, a concepção material do tipo.

O princípio da insignificância e a nova tipicidade material passam a ser íntimos.

Por sua vez, por mais diligente e minucioso que fosse o legislador penal, seria impossível antever com precisão todas as hipóteses de um mesmo delito

[35] O termo *crime de bagatela* é incoerente, pois, se o fato é bagatelar, não há crime.

[36] TOLEDO (1994. p. 132).

num único tipo penal. Razão disso, a redação tende a ser *abstrata*, com o escopo de abarcar diversas situações possíveis, dispensando uma maior elasticidade às figuras típicas, evitando, assim, o seu engessamento ante a constante evolução social. Entretanto, essa referenciada abstração, que fornece maior eficácia aos tipos penais, também produz aquilo que ousamos chamar de *zona cinzenta da tipicidade*, a qual termina por acalentar condutas formalmente típicas, porém, sem lastro suficiente para fazer florescer o lado material da tipicidade.

Em auxílio ao nosso entendimento, merece agora ser aqui embutido o escólio de Maurício Antônio Ribeiro Lopes[37], para quem:

> "Embora visando alcançar um círculo limitado de situações, a tipificação falha ante a impossibilidade de regulação do caso concreto em face da infinita gama de possibilidades do acontecer humano. Por isso, a tipificação ocorre conceitualmente de forma absoluta para não restringir demasiadamente o âmbito da proibição, razão por que alcança também casos anormais. A imperfeição do trabalho legislativo não evita que sejam subsumíveis também nos casos que, em realidade, deveriam permanecer fora do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal. A redação do tipo penal pretende, por certo, somente incluir prejuízos graves da ordem jurídica e social, porém não pode impedir que entrem em seu âmbito os casos leves. Para corrigir essa discrepância entre o abstrato e o concreto e para dirimir a divergência entre o conceito formal e o conceito material de delito, parece importante utilizar-se o princípio da insignificância."

A bem da clareza, na teoria do crime, o reconhecimento da insignificância termina por indicar a ausência de materialidade na conduta e, corolariamente, acena para a falta de tipicidade ao fato *sub ocullis*, eliminando a busca pelos demais elementos do delito, quais sejam: ilicitude e culpabilidade, respectivamente. Deveras, comungamos como a maioria da doutrina, albergando a tese pela qual o princípio da insignificância possui a natureza

[37] LOPES, (2000. p. 117-118).

jurídica de *causa excludente da tipicidade*, atuando, ainda, como moderno mecanismo no auxílio da interpretação dos tipos penais, expulsando do alcance da norma incriminadora aquelas condutas que não tragam em si *dignidade penal*.

Aos menos avisados, que ainda teimam em ir de encontro ao avanço do Direito Penal contemporâneo, suscitando a ausência de previsão legal para afastar o reconhecimento do princípio da bagatelaridade, cumpre-nos sublinhar a inteligência que emana do art. 209, §6°, do Código Penal Militar (CPM), o qual dicta: "*No caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar"*. Eis a prova de sua positivação para os mais legalistas, donde se dessume também o caráter subsidiário e fragmentário já esmiuçado aqui por nós em outra oportunidade.

Ademais disso, a Exposição de Motivos do CPM (n. 17), numa posição de vanguarda para sua época (outubro de 1969), põe uma pá de cal no assunto em voga, realçando a viabilidade jurídica do referenciado princípio, quando explica que:

> "*Entre os crimes de lesão corporal, inclui-se o de lesão levíssima, a qual, segundo o ensino da vivência militar, pode ser desclassificada pelo juiz para infração disciplinar, poupando-se, em tal caso, o pesado encargo de um processo penal para fato de tão pequena monta*".

Patente, por certo, a força normativa dos princípios.

Podemos aceitar, à luz dos argumentos ora escandidos, que o princípio da insignificância é, realmente, um moderno postulado a serviço do Direito Penal Mínimo que vem subsidiando as novas ações de política criminal, sempre voltadas para a redução da criminalidade. Aliás, a aplicação da bagatelaridade justifica-se, ainda, ante à desnecessidade da pena, naqueles casos em que a mínima sanção dosada seria desproporcional ao resultado social oriundo do fato, bem como por se traduzir em eficaz elemento de cunho processual, legitimando a extinção de processos criminais pela ausência de *justa causa* e, a um só tempo, liberando os órgão competentes para elucidação e acertamento daqueles casos onde a intervenção penal seja necessária.

6. DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): CRITÉRIOS PARA A SEGURA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A INCONGRUENTE PERSISTÊNCIA DOS ASPECTOS SUBJETIVOS. UM RÉQUIEM AO TEMERÁRIO DIREITO PENAL DO AUTOR NA TEORIA DO DELITO

Se outrora persistia o acanhamento jurisprudencial no tocante à implementação da bagatelaridade no caso em concreto, tal problema não mais persiste, pois atualmente é vasta a gama de delitos que vem recebendo, via Poder Judiciário, o apanágio da insignificância e, por isso, tendo descaracterizada sua tipicidade material. A orientação pretoriana inclina-se nesse norte quanto aos seguintes crimes: lesão corporal leve, posse ilegal de arma de fogo, dano, furto, peculato, moeda falsa, descaminho, ambiental, militares, previdenciário, tributário etc. Admite-se, com as adaptações técnicas cabíveis, dita causa excludente da tipicidade também nos atos infracionais.

E quais os critérios e limites a guiar o operador da lei penal?

Pois bem. Superados alguns embates e indefinições iniciais, sedimentaram-se no seio do Supremo Tribunal Federal quatro vetores, oriundos do julgamento do HC 84.412/SP, cuja relatoria ficou a cargo do Min. Celso de Mello, a saber: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. O caso foi paradigmático, servindo como um norte seguro a outras decisões com idênticas questões de fundo, restando assim ementado:

> PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM

VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo

> importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (HC 84412, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 19-11-2004 PP-00037 EMENT VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL-00192-03 PP-00963).

Entretanto, mesmo tomando por direção os critérios acima apontados, persistem pontos de inquietação, dentre os quais destaco a elevação dos aspectos subjetivos, no caso em concreto, como obstáculo ao reconhecimento da bagatelaridade do fato. Numa espécie de retrocesso jurisprudencial do Direito Penal, a personalidade do agente, os antecedentes, a motivação do crime, a reincidência etc., vem sendo levados em conta pelos Ministros do STF, de modo que Suas Excelências terminam por impingir uma pena ao suposto criminoso pelo que ele é e não pelo que fez. Numa palavra: o princípio da insignificância não é aplicado, em face do comportamento/modo de vida adotado pelo agente!

Permitimo-nos, no afã de exemplificar tal assertiva, aderir ao nosso estudo trechos da fundamentação adotada pelo Min. Ayres Britto, no bojo HC 96.202/RS, DJe de 28/05/2010. Disse, àquela oportunidade, Sua Excelência:

> "Daqui se segue a consideração de que o reconhecimento da insignificância material da conduta imputada ao paciente, na concreta situação dos autos, serviria muito mais como um nocivo incentivo ao cometimento de novos delitos do que propriamente uma injustificada mobilização do Poder Judiciário. Noutras palavras: o paciente dá claras demonstrações de que adotou a criminalidade como verdadeiro estilo de vida. O que impossibilita a adoção da insignificância penal e, ao mesmo tempo, justifica a mobilização do aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que só é de ser acionado para apuração de condutas que afetem substancialmente os bens jurídicos tutelados pelas normas incriminadoras."

Comungando de razões semelhantes, o Min. Dias Toffoli também relevou questões de ordem subjetiva no HC 98.917/RS, DJe de 22/02/2011, não reconhecendo a causa excludente da tipicidade em comento, e o fez nos termos seguintes:

> "No que tange à tese aventada pela impetrante de aplicação do postulado da insignificância ao delito praticado pelo paciente, anoto que , muito embora este Supremo Tribunal, em casos similares, tenha reconhecido a possibilidade de aplicação desse princípio (por exemplo: HC n˚ 94.220/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 1˚/7/10; HC n˚97.129/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 4/6/10; e HC n˚ 100.311/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe de 23/4/10), as circunstâncias peculiares do caso concreto conduzem-me a não acatar a tese de irrelevância material da conduta, não obstante a reduzida expressividade financeira do produto que foi subtraído, a saber, `uma bicicleta 18 marchas, azul, n˚ 4A15220, avaliada em R$180,00 (cento e oitenta reais)'. A embasar meu entendimento, destaco que o paciente é reincidente em delitos específicos contra o patrimônio, constando em sua extensa certidão de antecedentes (fls. 107), condenações por outros quatro furtos e estelionato. Com efeito, esses aspectos dão claras demonstrações de ser ele um infrator contumaz e com personalidade totalmente voltada à prática delituosa."

Imaginemos as seguintes hipóteses: a) Tício, condenado diversas vezes pela prática de delitos contra o patrimônio, furta uma única maçã de um supermercado; b) Nondas, sem antecedentes criminais, furta a mesma maçã do mesmo supermercado. Perguntamos: existe o crime em ambas as situações ou o princípio da insignificância pode ser prontamente reconhecido? Seguindo a linha de fundamentação esposada nos *habeas corpus* citados acima, o crime existe apenas na primeira hipótese, embora não exista e seja visível a tipicidade material. Daí, então, chegaremos ao absurdo de assistirmos condutas idênticas receberem do Poder Judiciário tratamentos

diametralmente opostos, ferindo de morte o *princípio da materialização penal do fato*.

Ademais disso, vivemos num momento em que a moderna tipicidade tende a receber cada vez mais carga de valor, no afã de evitar a concretização da *justa causa*, a qual legitimaria a intervenção penal. Insta salientar, indo mais além, que a teoria do delito, em alguns países europeus, já vem evoluindo na sedimentação de um quarto elemento para a perfeição do crime, qual seja, a *punibilidade* – tudo isso evidencia o desejo de reduzir o alcance penal. Nesse passo, *permissa venia*, parte do STF vem caminhando em sentido oposto àquela evolução, eis que tem amiúde obstacularizado o reconhecimento da bagatelaridade, perfilhando uma interpretação prejudicial aos cidadãos, ampliando a abrangência do tipo.

A insignificância exigiria a *atipicidade comportamental* do agente?

Os maus antecedentes algum dia inviabilizarão a legítima defesa?

A reincidência será óbice ao estado de necessidade?

Esperaremos, sempre, uma resposta negativa.

É preciso ter muito cuidado diante de restrições em prejuízo da liberdade humana!

Verberando a impossibilidade de interpretações prejudiciais deste naipe, Luiz Regis Prado[38], em momento de grande lucidez, nos brindou com o seguinte entendimento, *verbo ad verbum*:

> "Nessa linha de raciocínio, a interpretação conforme a Constituição implica uma correlação lógica de proibição de qualquer construção interpretativa ou doutrinária que seja direta ou indiretamente contrária aos valores fundamentais. Entre as regras técnicas de interpretação se destaca o método, ou melhor estilo, problemático ou tópico, que, aplicado na seara dos direitos fundamentais, dá especial importância ao princípio *in dubio pro libertate*, referindo-se a uma presunção geral, própria de todo Estado de Direito Democrático, em prol da liberdade do cidadão

[38] PRADO (2011. p. 92-93).

> (*Freiheitsvermutung ausgangsvermutung zugunten der freiheit* ou *prefered freedom doctrine*). Esse postulado deve ser agasalhado como consequência da força expansiva do sistema dos direitos fundamentais, integrado por normas finalistas com vocação para iluminar todo o ordenamento jurídico; ao mesmo tempo que estabelece uma continuidade entre este princípio e a efetividade dos direitos fundamentais (*GrundrechtseffeRtivitat*), quer dizer, da tendência ínsita no sistema dos direitos fundamentais de potenciar sua eficácia em todos os âmbitos da experiência social e política."

Forçoso compreender que hoje vigora, como regra, no Brasil, o Direito Penal do Fato, edificado com a *secularização*[39] do Direito Penal, tornando-se mais consentâneo com a dignidade da pessoa humana. Não há mais espaço, na teoria do delito, para o Direito Penal do Autor, que teve respaldo, *ad exemplum*, na Escola de Kiel[40], vigorando durante o regime nazista, "legitimando" notória barbárie humana. Não estamos propondo aqui o completo afastamento dos aspectos subjetivos, mas apenas o diferimento de sua análise para o momento da reprimenda. Estamos certos de que a personalidade do agente, os antecedentes, a motivação do crime, a reincidência etc., devem ser considerados dentro da teoria da pena, no momento de sua dosimetria e desde haja possibilidade de minuciosa análise pelo juiz.

São intoleráveis, sob tal prisma, quaisquer resquícios do Direito Penal do Autor.

---

[39] O processo de secularização é caracterizado pelo abandono das justificações teológicas, passando o saber a buscar sua fundamentação na razão humana. Nas palavras de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, pode ser assim definido: "O termo secularização é utilizado para definir os processos pelos quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma cisão entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas (laicização), mais especificamente entre a moral do clero e o modo de produção da(s) ciências(s). *In*: Aplicação da pena e garantismo. DE CARVALHO (2002. p.5).

[40] A Escola de kiel teve em Edmund Mezger um dos seus principais expoentes e via o crime como simples transgressão de um dever de obediência ao Estado, limitando o direito penal à vontade do seu ditador.

Entretanto, já existem alguns acórdãos no STF que nos enchem de esperança, haja vista a desconsideração dos caracteres subjetivos do acusado. Em nítida evolução do seu pensamento[41], a Ministra Carmen Lúcia decidiu assim recentemente:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE FURTO SIMPLES. EXCEPCIONALIDADE DA SÚMULA N. 691 STF. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal tem admitido, em sua jurisprudência, a impetração da ação de habeas corpus, quando, excepcionalmente, se comprovar flagrante ilegalidade, devidamente demonstrada nos autos, a recomendar o temperamento na aplicação da súmula. Precedentes. 2. A tentativa de furto de tubos de pasta dental e barras de chocolate, avaliados em trinta e três reais, não resultou em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade. 3. Este Supremo Tribunal tem decidido pela aplicação do princípio da insignificância, quando o bem lesado não interesse ao direito penal, havendo de ser considerados apenas aspectos objetivos do fato, que deve ser tratado noutros campos do direito ou, mesmo, das respostas sociais não jurídico-penais, o que não se repete em outros casos, quando se comprova que o bem jurídico a ser resguardado impõe a aplicação da lei penal, notadamente considerando-se os padrões sócio-econômicos do Brasil. Precedentes. 4. Ordem concedida. (HC 106068, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 14/06/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG

[41] Dissemos evolução, pois a citada Ministra sustentava entendimento diverso, conforme HC 102.088/RS.

> 04-08-2011 PUBLIC 05-08-2011).

Por sua vez, da lavra do Min. Cezar Peluso, colhe-se o que segue:

> EMENTA: AÇÃO PENAL. Justa causa. Inexistência. Delito de furto. Subtração de roda sobressalente com pneu de automóvel estimados em R$ 160,00 (cento e sessenta reais). Res furtiva de valor insignificante. Crime de bagatela. Aplicação do princípio da insignificância. Irrelevância de considerações de ordem subjetiva. Atipicidade reconhecida. Absolvição. HC concedido para esse fim. Precedentes. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, é de ser afastada a condenação do agente, por atipicidade do comportamento.(HC 93393, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 14/04/2009, DJe-089 DIVULG 14-05-2009 PUBLIC 15-05-2009 EMENT VOL-02360-02 PP-00366).

Oxalá a jurisprudência do STF cristalize-se rejeitando a malsinada subjetivação, a qual somente é possível na *infração bagatelar imprópria*, quando se reconhece a *irrelevância penal do fato*, valendo a transcrição explicativa de Luiz Flávio Gomes[42]:

> "Infração bagatelar própria = princípio da insignificância; infração bagatelar imprópria = princípio da irrelevância penal do fato. Não há como se confundir a infração bagatelar própria (que constitui fato atípico – falta tipicidade material) com infração bagatelar imprópria (que nasce relevante para o Direito penal). A primeira é puramente objetiva. Para a segunda, importam os dados do fato assim como uma certa subjetivização, porque também são relevantes para ela o autor, seus antecedentes, sua personalidade etc."

[42] GOMES (2009. p.31).

7. DA NECESSÁRIA E INEVITÁVEL APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE ROUBO: UMA INTERPRETAÇÃO VIÁVEL À LUZ DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E DIANTE DA PERDA DE LEGITIMIDADE DO SISTEMA PENAL

Forte nas premissas até aqui apresentadas, adentramos doravante ao objetivo central de nosso estudo, a saber: a incidência do princípio da insignificância no crime roubo. De arranque, asseveramos *hic et nunc* que dita incidência é uma tendência com viabilidade jurídica e respaldada pela nossa Constituição Federal. Tecnicamente, tem mira a redução do alcance do art. 157 do Código Penal Brasileiro, mais precisamente na ocasião em que o legislador impulsiona o uso da *interpretação analógica*[43], quando diz: *por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência*. Buscamos abstrair da moldura do aludido dispositivo todas aquelas condutas situadas no local por nós denominado de zona cinzenta da tipicidade. Em outras palavras: condutas que possuem tipicidade formal, mas ressentem de tipicidade material.

Vejamos.

Uma vez permitida a interpretação analógica pela redação do art. 157, fica evidente que o legislador deixou a cargo do órgão julgador a sensibilidade/responsabilidade jurídica de joeirar quais seriam as hipóteses de condutas subsumíveis ao *meio capaz de reduzir a impossibilidade de resistência do ofendido*. Nada mais justo! Isso porque, mesmo de maneira involuntária, a atividade legiferante termina por abarcar situações mais brandas, sem danosidade social alguma. Razão disso, não concordamos com o entendimento *absoluto* pelo qual não caberia, em nenhuma hipótese, o reconhecimento da bagatelaridade no crime de roubo[44]. Ora, ao nosso sentir, a redação ampla daquela referida figura típica também terminou por englobar condutas sem dignidade penal.

---

[43] Segundo Damásio de Jesus, interpretação analógica ou *intra legem* "e permitida toda vez que uma cláusula genérica se segue a uma fórmula casuística, devendo entender-se que aquela só compreende os casos análogos aos mencionados por esta". DE JESUS (2011, p. 88).

[44] *Vide*: HC 97.190/GO, Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 10/08/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-02 PP-00323 RTJ VOL-00216-PP-00374) e HC 96.671/MG, Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 31/03/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 EMENT VOL-02357-04 PP-00665)

D'outro lado, há que se considerar para tanto a constante *relativização* dos bens jurídicos amparados penalmente. A evolução, nesse ponto, é patente. Se as teorias cravadas na *utilidade social do bem* e no *direito processual penal* não foram capazes de acenar para critérios firmes e seguros que distinguissem bens disponíveis e indisponíveis[45], é bem verdade que o desenvolvimento social nos mostra que o único bem jurídico penal absolutamente indisponível é a vida. Nesse quadrante, nossa tese estriba-se no sentido de que o patrimônio, a liberdade individual e a integridade física podem ser alvo de agressão insignificante, sem ensejar a necessidade da intervenção penal.

Pensando assim, é possível a existência do roubo insignificante.

Todavia, não estamos pregando aqui o retalhamento dos delitos complexos. A nossa ideia orienta a aplicação da insignificância no crime de roubo, sem cisão.

Não comungamos, *permissa venia*, de alguns julgados que terminam por cindir o crime de roubo, reconhecendo a bagatelaridade apenas na sua parte patrimonial, condenando o agente pelo delito subsidiário. Tal atitude trata-se de verdadeira *arquitetura jurídica*, sem respaldo no próprio princípio da razoabilidade. Por certo, se levada a efeito o precitado entendimento, seriam inúmeras as situações de intranquilidade social. Imaginemos o seguinte exemplo: Ticio mata Nondas para roubar o seu boné. O fato e, sem duvida, um latrocínio, com pena de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos de reclusão. Entretanto, adotada a possibilidade de cindir a conduta e aplicar a insignificância na parte patrimonial, o agente seria condenado por homicídio simples, com pena de 06 (seis) a 20 (vinte) anos.

Não perfilhamos tal linha de pensamento.

Imperioso notar até mesmo as implicações inconstitucionais de ordem processual no exemplo dado, eis que o Tribunal do Júri apreciaria um delito patrimonial!

De maneira diversa, e com esteio na razoabilidade, deflagramos, num primeiro momento, a bandeira da necessidade de reconhecimento da

---

[45] A *teoria da utilidade social do bem* enuncia que "quando este não se reveste de uma imediata utilidade social e o Estado reconhece ao particular a exclusividade do uso e gozo, este 'e disponível, e, contrariamente, quando a utilidade social se manifesta de imediato, o bem e indisponível." Por sua vez, a teoria ligada ao direito processual penal assevera que se "o crime e perseguível mediante ação penal pública incondicionada, forma-se uma presunção sobre ser o bem atingido indisponível, e, inversamente, se a ação penal a ser proposta e de iniciativa privada, e de se presumir tratar-se de bem disponível. PIERANGELI (1995, p. 109).

relatividade dos bens jurídicos protegidos no crime de roubo, quebrando todo argumento que os coloquem como absolutos, sem possibilidade de sofrerem lesões insignificantes. Sob tal ótica, o interprete deve aferir a materialidade do delito fincando-se na efetiva ofensa sofrida pelo bem e não na sua qualidade. Dentro desse viés de possibilidade, ficaria a cargo do magistrado dizer se aquele bem agora *relativizado* (patrimônio, integridade física e liberdade individual) recebeu afetação significativa ou não.

Numa primeira investida, não teríamos obstáculos aceitáveis para inviabilizar o reconhecimento da relatividade na parte do roubo referente ao patrimônio, haja vista a existência torrencial de julgados e farta messe doutrinaria. Poder-se-ia, então, tentar a inviabilização quanto à integridade física e a liberdade individual. Todavia, também já são inúmeros os julgados, inclusive do STF, que acenam para o cabimento da lesão corporal insignificante – aliás, o próprio Código Penal Militar admite dita interpretação, conforme demonstramos alhures. O "problema" seria a relativização da liberdade individual do ofendido.

Nesse ponto, bastaria um simples questionamento para aceitação da relativização da liberdade individual, a saber: se a integridade física, bem mais importante, vem sendo relativizada, por que a liberdade individual não seria? Pensamos, só por isso, que já seria aceitável o cabimento do princípio da insignificância em alguns casos de roubo, sem cisão de suas elementares. Seria valorado pelo órgão judicante se ocorreu a restrição mínima da liberdade e a subtração de objeto com valor ínfimo. Entendemos, ainda, que a bagatelaridade não se caracterizaria na existência de significativa violência ou grave ameaça. Passamos, como técnica de fixação das idéias, a exemplificar:

a) Mevio e Gaio estão num mercadinho do interior. Num determinado momento, o seu proprietário, sozinho no estabelecimento, dirige-se ao depósito para apanhar alguma mercadoria. Nesse instante, Mevio tranca a porta do depósito, ocasião na qual Gaio rouba duas maçãs e ambos saem correndo do estabelecimento. O proprietário, ciente de que teve restringida sua liberdade para consecução do ilícito, após alguns segundos, consegue arrombar a porta e constata a consumação do roubo;

b) Nondas e Ticio estão fazendo uma viagem de ônibus. Em dado instante, percebem que o individuo sentado na poltrona a frente, aproveitando uma das paradas obrigatórias, dirige-se ate o banheiro da

rodoviária. Mevio segue a futura vitima e tranca-lhe no banheiro. A vítima, ao perceber que estava presa e lembrando que seus pertences ficaram no ônibus, tenta imediatamente arrombar a porta, logrando êxito após alguns segundos. Ao chegar no veiculo, constata que Ticio subtraiu a quantia de R$5,00 (cinco reais), que estavam no bolso de sua mochila.

Ora, pela lítera da lei, nos exemplos acima apresentados, houve visível adequação típica imediata ao art. 157, cabeça, combinado com o seu § 2˚, ambos do Código Penal. Em outras palavras: roubo qualificado pelo concurso de pessoas, com pena que varia de quatro (04) a 10 (dez) anos, e multa, com aumento de um terço ate a metade. Perguntamos: seria possível a aplicação do princípio da insignificância aos dois casos acima apresentados, embora tipificados formalmente como roubo qualificado? Entendemos, por tudo quanto foi exposto ate aqui, que sim!

Pensamos não ser razoável, dentro de uma visão *garantista*, sob os auspícios do *direito penal mínimo*, exigir a intervenção penal em ambas as hipóteses acima ventiladas. E nem caberia aqui falar em *infraproteção* do bem jurídico penal, ante a patente incongruência. Ao nosso sentir, fizeram-se presentes os vetores indicados pelo STF, quais sejam: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Desse modo, independentemente dos aspectos subjetivos dos agentes, a declaração de atipicidade material das condutas em testilha se impõem, eis que pertencem àquelas hipóteses situadas na *zona cinzenta da tipicidade*.

É indispensável efetivar no campo prático os ensinamentos de Luigi Ferrajoli[46] como instrumento na luta contra proibições arbitrárias e sem fundamento plausível, lançando mão de sua *teoria do garantismo penal*, que:

> "Significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa

[46] FERRAJOLI (2010, p. 312).

> do imputado, e conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade."

Ademais disso, cotejando a magnitude dos bens de ambos os lados em questão (liberdade do ofensor *versus* patrimônio e liberdade do ofendido) e tomando sempre como direção o nosso Diploma Fundante, concluímos como Luiz Regis Prado[47], para quem:

> "A caracterização do injusto material advem da proeminência outorgada a liberdade pessoal e a dignidade do homem na Carta Magna, o que importa que sua privação só pode ocorrer quando se tratar de ataques a bens de análoga dignidade, dotados de relevância ou compatíveis com o dizer constitucional, ou ainda, que se encontrem em sintonia com a concepção de Estado de Direito democrático. Disso se depreende o fato de que a eventual restrição de um bem só pode ocorrer em razão da indispensável e simultânea garantia de outro valor também de cunho constitucional ou inerente a doutrina democrática."

A privação da liberdade não se justifica em razão de lesões insignificantes.

Não se trata aqui de fomentar a impunidade e incentivar a pratica de pequenos delitos, como dizem alguns, incluindo o STF. Pretendemos, em prol de uma ordem penal materialmente justa e menos seletiva, deslocar os casos de menos relevo para seu acertamento por outras instâncias normativas (cível, administrativa, trabalhista etc.). Nos casos acima, uma ação cível, postulando a recomposição material do patrimônio lesado e uma indenização pelo constrangimento moral, já não seria de bom tamanho? A resposta só pode ser positiva, haja vista que o direito penal deve ser sim a *ultima ratio* sempre, dada as suas consequências indeléveis.

Fernando Célio de Brito Nogueira[48], com razão, pontua que:

---

[47] PRADO (2011, p. 99/100).

[48] NOGUEIRA (2002).

> "Bem por isso, numa visão mais humanizada do Direito Penal, o principio da insignificância não pode ser desprezado ou desconsiderado a pretexto de fomentar a impunidade. O que fomenta a impunidade e o recrudescimento da criminalidade são muito mais a ausência de resposta estatal efetiva aos grandes desmandos e ilicitudes da Nação, condutas que não raras vezes sangram os cofres públicos e os bolsos dos cidadãos que trabalham e pagam impostos, bem como o não-atendimento das necessidades básicas das pessoas."

Deveras, a ausência de um sistema penal eficiente termina por restringir seu alcance àquela parcela economicamente mais vulnerável da população, realçando o seu caráter seletivo. Por outro lado, já sem tanta energia, pois assoberbado pelas pequenas demandas, o aludido sistema deixa de atingir com precisão as *novas formas de criminalidade*, a saber: crimes ambientais, contra a ordem tributária, o sistema financeiro etc. Dessas novas formas de criminalidade resultam, na maioria das vezes, grandes lesões patrimoniais ao erário e prejuízo para alto índice da população, quase sempre menos favorecida. Todavia, o uso do principio da insignificância é corriqueiro para tais delitos e ninguém cogita o "fomento da impunidade" como obstáculo a tanto.

Leonardo Sica[49] realça a seguinte e interessante *curiosidade*:

> "Curiosamente, quando se trata dessa criminalidade empresarial ou do 'colarinho branco', recorre-se ao princípio da *ultima ratio* e à subsidiariedade como formas de legitimar a sua exclusão do Direito Penal. Não cabe neste trabalho questionar a validade dessa proposição; o importante é observar que se distingue muito convenientemente o momento de invocação de tais princípios, que deveriam orientar toda Política Criminal, mas passam a ser usados apenas pontualmente."

[49] SICA (2002. p. 53).

Não fosse tudo até aqui explanado em prol do reconhecimento da bagatelaridade no crime de roubo, ainda cabe uma palavra sobre o falido sistema penal da atualidade.

Vejamos.

Ao iniciar sua jornada até o Paraíso, Dante Alighieri chega até o Inferno, quando, no alto de uma porta, visualiza escrito em cor negra: "Por mim se vai ao círculo dolente; por mim se vai ao sofrimento eterno; por mim se vai à perdida gente. Renunciai às esperanças, vós que aqui entrais". Não compreendendo o sentido daquelas frases, Dante, perplexo, indaga ao seu Mestre Virgílio qual o seu verdadeiro significado, ocasião na qual recebe a seguinte resposta: "chegamos, como anunciara, ao sítio onde verás a atormentada gente que tem perdida a visão de Deus".[50]

A porta do inferno, retratada na *Divina Comédia*, grosso modo, poderia muito bem ser a transcrição quase que fiel de uma das portas dos nossos presídios e/ou delegacias espalhados pelo Brasil inteiro. Embora Michel Foucault[51] tenha detectado que a prisão trouxe consigo o acesso à *humanidade*, marcando um momento importante na história da justiça penal, por outro lado é fato notório que são diminutos os casos de (re) socialização dentro dos presídios. A (i)legitimidade do sistema penal já vem sendo, há muito tempo, debatida por vários segmentos em todo o mundo. Na América do Sul, Eugênio Raúl Zaffaroni[52] advoga que a tal legitimidade do sistema penal seria uma *utopia*, aduzindo que:

> "Em outros termos, a programação normativa baseia-se em uma 'realidade' que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente. A verificação desta contradição requer demonstrações mais ou menos apuradas em alguns países centrais, mas, na América Latina, esta verificação requer apenas uma observação superficial. A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão *perdidas* que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal

[50] ALIGHIERI (2009. p. 15).

[51] FOUCAULT (2010. p. 217).

[52] ZAFFARONI (1989. p. 12-19).

> de racionalizações reiterativas: achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade."

E, mais adiante, arremata:

> "Em nossa região marginal, é absolutamente insustentável a racionalidade do discurso jurídico-penal que de forma muito mais evidente do que nos países centrais, não cumpre nenhum dos requisitos de legitimidade. A quebra de racionalidade do discurso jurídico-penal arrasta consigo – como sombra inseparável – a pretendida legitimidade do exercício de poder dos órgãos de nossos sistemas penais. Atualmente, é incontestável que a racionalidade do discurso jurídico-penal tradicional e a consequente legitimidade tornaram-se 'utópicas' e 'atemporais': não se realizarão em lugar algum e em tempo algum."

Nesse mesmo tom, novamente remetemos a Leonardo Sica:

> "A ressocialização é um mito. A realidade é a dessocialização. O crescente número de prisões provisórias, meramente cautelares, constitui confissão de que a prisão não objetiva a reinserção social. Sob o pretexto ressocializador, escondem-se o castigo, a exclusão, a segregação, conseqüências para uns, finalidades mesmo para outros. Ademais, lembrando-se as características dominantes da clientela do sistema penal, surge a questão: como ressocializar quem nunca foi socializado? Como pretender (re)inserir alguém subtraindo-o do convívio social?"[53]

Ora, o sistema penal vigente não cumpre nem de longe os seus misteres – tal fato é notório. Diante dessa situação, percebemos que é ineficaz e não mais se justifica o recrudescimento das penas e seus regimes de cumprimento

[53] SICA, (2002. p. 105).

em resposta aos apelos populares, tanto mais porque é muito alto o nível de reincidência entre os egressos da prisão. A socialização por meio do cumprimento da pena é realmente um mito. O momento é de racionalizar o uso do direito penal e seus consectários por meio de uma Política Criminal de resultados, deixando a restrição da liberdade como medida extrema e para os casos realmente mais graves. Bem por isso, merece nossos aplausos a novel Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.

Por certo, num sistema iníquo, que procura reinventar uma legitimidade convincente, a sua medida mais odiosa deve ser minimamente utilizada, ficando o legislador penal com o ônus de apresentar caminhos alternativos à prisão, sendo a *justiça restaurativa*[54] um bom começo. Outrossim, enquanto isso, na omissão legiferante, os princípios penais se apresentam como verdadeira *ponte de ouro* ao órgão julgador, guiando-o de maneira segura e fornecendo-lhe justificativas viáveis tecnicamente para o real florescimento da justiça no caso em concreto – é assim que se legitima a conexão entre roubo e insignificância, dentro de um novo cariz do direito penal.

Aliás, vendo a mutação jurisprudencial, pensamos que num futuro bem próximo a tendência é que os casos envolvendo violência imprópria e lesões patrimoniais ínfimas serão açambarcados pelo princípio da insignificância, não mais interessando ao direito penal, em homenagem ao seu caráter fragmentário e subsidiário.

Fica o registro, então, de nossa profecia!

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na esteira de raciocínio esboçada no presente estudo, resta evidenciado que o novo direito penal exige do seu operador uma nova postura. Não há mais espaço para o *juiz boca da lei*, como quis um dia Montesquieu. Alguns dogmas do iluminismo, se outrora foram importantes garantias penais, de há muito já não mais interessam, pois engessam a atividade jurisdicional. A interpretação das normas criminais passa a exigir um horizonte mais amplo, tendo como alvo o texto constitucional, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana, içado ao posto de fundamento de nossa República Federativa.

A constante inflação legislativa criminal e o agravamento das penas não

[54] Conforme o magistério de Mylène Jaccound, a justiça restaurativa é uma aproximação que privilegia toda forma de ação individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito. JACCOUND (2005. p.169).

trará solução/melhora social alguma, ao revés disso, ferirá de morte nossa Constituição Federal, indo de encontro ao seu objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização, fomentando um cruel ciclo de estigmatização, o qual conduz a um quadro lamentável de desigualdade social. Palavras tão longevas quanto sábias de Cesare Beccaria[55] já nos diziam que "a certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade" e a história vem mostrando a veracidade de tal assertiva.

Nesse contexto, primando pelo uso racional do direito penal, entendemos ser necessária uma maior abertura e flexibilidade dos tipos incriminadores, em face dos princípios oriundos do direito penal mínimo, como forma de criar mecanismos condizentes às exigências da evolução social pautada no risco. O abandono de alguns pensamentos reacionários e a coragem de concretizar a justiça calcada em princípios mostra-se necessário ao moderno operador criminal. Daí resulta, em nossa concepção, a possibilidade de se reconhecer a figura do *roubo insignificante*, o qual tocará em grande parcela de abnegados do Estado, excluindo os *pobres de cristo* do inferno dantesco, que são os nossos presídios, suavizando a seletividade do sistema punitivo.

9. REFERÊNCIAS

ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia*. São Paulo: Nova Cultural, 2009.
BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.
DA SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
DE CARVALHO, Amilton Bueno; DE CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. 2ª ed. Rio de janeiro: Lúmen Juris, 2002.
DE JESUS, Damásio. *Direito penal*. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
DELMANTO *et al. Código penal comentado*. 5ª ed. Rio de Janeiro, 2000.
DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 13ª Ed. São Paulo; Malheiros, 2001.
DITTICIO, Mário Henrique. *Sobre ratos gigantes e seus caçadores*. Boletim IBCCrim, ano 12, nº 147, fevereiro, 2005, p. 2.
DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martin Claret, 2005.
FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2010.

[55] BECCARIA (1999, p. 87).

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.
GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. *Prisão e medidas cautelares*. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.
HONRAD, Hesse. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993. p. 63.
JACCOUND, Mylène. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa*. In: SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato C. P. e PINTO, Renato S. G. (orgs.). *Justiça Restaurativa.* (Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), 2005. p. 169. Disponível em: http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/LivroJustca_restaurativa.pdf
JAKOBS, Gunther; MELIA, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. São Paulo: Minelli, 2003.
LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. *Os miseráveis e o princípio da insignificância*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 2007, nº 53, 1 jan. 2002. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revistas/texto/2526. Acesso em: 05 jul. 2011.
NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Sancionador: sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido*. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.
PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 5ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.
SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.
SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 9ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR ENTRE AVÓS E NETOS NO CONTEXTO DA DISSOLUÇÃO DAS UNIÕES AFETIVAS

Raphael Silva Reis. Juiz de Direito do Poder Judiciário do Estado de Sergipe. Graduado em Direito e Pós-graduado em Teorias do Estado e do Direito Público pela Universidade Tiradentes – UNIT (Aracaju/SE).

Nara Conceição Santos Almeida Reis. Psicóloga Clínica com atuação na Psicologia Infantil. Graduada em Psicologia pela Universidade Tiradentes – UNIT (Aracaju/SE). Pós-graduada em Psicoterapia Cognitivo-comportamental pela Faculdade de Ciências Médicas de Minas Gerais - FCMMG (Belo Horizonte/MG).

RESUMO: O ordenamento jurídico brasileiro ostenta diversas normas que tratam sobre o direito à convivência familiar, tudo isso, no intuito de garantir aos infantes um ambiente familiar de interação e harmonia, adequado, assim, ao pleno desenvolvimento da criança e do adolescente. A partir deste cenário normativo, a melhor doutrina e a jurisprudência dos nossos tribunais sedimentaram entendimento de que, observados os superiores interesses da criança, há de ser assegurado o direito de convivência entre avós e netos, mesmo nas hipóteses de dissolução conjugal, o que vem tutelar a contento a situação desses ascendentes, que muito podem contribuir para a formação e o desenvolvimento dos infantes e igualmente possuem o direito de participar de seu crescimento. Enfim, o direito de convivência familiar entre avós e netos é uma realidade sócio-jurídica que merece observância e respeito.

PALAVRAS-CHAVE: Dissolução das uniões afetivas; direito de convivência familiar; avós e netos.

ABSTRACT: The Brazilian legal system boasts several standards that deal with the right to family life, all in order to guarantee an infant interaction and family harmony, appropriate, therefore, the full development of children and adolescents. From this normative scenario, the best doctrine and jurisprudence of our courts sedimented understanding that, subject to the best interests of the child, will be guaranteed the right of coexistence between

grandparents and grandchildren, even in cases of marital dissolution, which is protect the situation to the satisfaction of these ancestors, that much can contribute to the formation and development of infants and also have the right to participate in its growth. Finally, the right to family life between grandparents and grandchildren is a socio-legal observance and respect it deserves.

KEYWORDS: Dissolution of marriages affective; right to family life; grandparents and grandchildren.

SUMÁRIO: 1. O direito à convivência familiar e seu panorama jurídico; 2. Os avós no contexto da família em crise; 3. A interação familiar e o desenvolvimento infantil; 4. Conclusão.

1. O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E SEU PANORAMA JURÍDICO

Observando-se a gama de direitos estabelecidos em favor da criança e do adolescente, merece destaque o fato de que o nosso ordenamento jurídico se preocupa, em diversas de suas normas, com o livre acesso dos infantes ao convívio familiar.

Inicialmente, registre-se o mandamento constitucional inserido no art. 227 da Magna Carta de 1988, *in verbis:*

> "Art. 227. **É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito** à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e **à convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)"

Na mesma diretriz, o Estatuto da Criança e do Adolescente também veio

tutelar o direito à convivência familiar, como se transcreve:

> "Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
> (...)
> Art. 19. **Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família** e, excepcionalmente, em família substituta, **assegurada a convivência familiar** e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes."

Dentro deste quadro normativo, há que se definir qual a concepção adequada para a expressão *convivência familiar.* Neste contexto, não se pode olvidar que o conceito de família, para os fins buscados pela ordem constitucional e legal, não pode e não deve se restringir aos pais e seus filhos, uma vez que, tal seara, sob o ponto de vista histórico, cultural e até psicológico abrange outros personagens, dentre eles, os avós.

Após os pais e os irmãos, são os avós os parentes consanguíneos mais próximos dos infantes, na forma reconhecida pelos arts. 1591 e seguintes do Código Civil. Ademais, tão forte é a ligação destes ascendentes com seus netos que, inclusive, possuem aqueles obrigação subsidiária de sustento em relação aos infantes, como determina o art. 1696 do mesmo diploma, tudo isso, sem se esquecer, obviamente, da relação sucessória, na qual, muitas vezes, podem ser os netos direta ou indiretamente beneficiados pela transmissão do patrimônio adquirido pelos avós. Portanto, incluem-se os avós, perfeitamente, no conceito de família extensa ou ampliada de que trata o art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Portanto, não há como se excluir esses ascendentes da concepção de família, nem tampouco isolá-los da ideia de *convivência familiar* acima referida.

Socialmente, tal constatação não gera maiores discussões ou

questionamentos, desde que a família nuclear esteja baseada numa relação socioafetiva, de casamento ou união estável. Contudo, finda esta relação, não raramente surgem diversas vicissitudes e desentendimentos entre os cônjuges, que podem atingir gravemente a relação antes estabelecida entre avós e netos, num pernicioso jogo de retaliação e vingança que produz inúmeras vítimas e nenhum resultado positivo para quem quer que seja.

Dessa forma, é de fundamental importância se perquirir que condição jurídica deve ser reconhecida e assegurada a avós e netos diante de uma separação conjugal.

2. OS AVÓS NO CONTEXTO DA FAMÍLIA EM CRISE

O cotidiano das varas de família revela uma infinidade de casos em que se contata a desestruturação familiar e uma série de conflitos que dela advêm. Muitas vezes, neste contexto, os avós assumem um papel importante na criação e educação dos netos, provendo-lhes a subsistência e transmitindo valores morais fundamentais, assumindo, dessa forma, um papel que os pais não desempenham a contento.

Neste diapasão, não se pode cogitar que personagens tão importantes e, muitas vezes, extremamente colaborativos no contexto familiar possam ficar à mercê das variações de sentimentos daqueles que não assimilaram adequadamente o fim da relação afetiva e, com isso, buscam utilizar os filhos como instrumento de vingança pessoal.

Buscando evitar esta situação, o legislador federal, através da Lei 12.298/2011 cuidou de alterar os Códigos Civil e Processual Civil que, atualmente, assim dispõem, respectivamente:

> "Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.
> Parágrafo único. **O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. (Incluído pela Lei nº 12.398, de 2011)**"

> "Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar,

> na pendência da ação principal ou antes de sua propositura:
> (...)
> VII - **a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita que, no interesse da criança ou do adolescente, pode, a critério do juiz, ser extensivo a cada um dos avós; (Redação dada pela Lei nº 12.398, de 2011)"**

Assim, vale salientar que o direito à convivência familiar possui como destinatários tanto os ascendentes, como os descendentes, estes, conforme diversos dispositivos expressos acima referidos e aqueles, como se pode interpretar numa sistemática exegese do nosso ordenamento jurídico, que preza pela harmonia da família e pelo bem-estar de todos os seus integrantes. Por fim, ainda na seara normativa que rege a matéria, não se pode esquecer as disposições do Estatuto do Idoso, que assim dispõe sobre o tema:

> "Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à **convivência familiar** e comunitária.
> (...)
> Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.
> (...)
> Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.
> § 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

(...)
V – participação na vida familiar e comunitária;
(...)"

Inobstante mereçam aplausos as inovações legislativas acima referidas, há de se registrar que a jurisprudência dos nossos tribunais há muito já oferece sua tutela às relações entre avós e netos, conforme se depreende dos julgados a seguir colecionados:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. AVÓ PATERNA. Inexistindo nos autos prova robusta sobre o alegado risco à infante pela convivência ínfima definida na decisão atacada em favor da avó paterna, e considerando o direito fundamental da criança ao convívio com seus familiares, garantindo o seu bom e saudável desenvolvimento, não há razão para reformar a decisão agravada. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO." (Agravo de Instrumento Nº 70042801365, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Alzir Felippe Schmitz, Julgado em 28/07/2011)

> "CIVIL. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. AVÓ E NETA. DISPÕE O ARTIGO 19 DA LEI 8.069/90 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE) QUE "TODA CRIANÇA OU ADOLESCENTE TEM DIREITO A SER CRIADO E EDUCADO NO SEIO DA SUA FAMÍLIA E, EXCEPCIONALMENTE, EM FAMÍLIA SUBSTITUTA, **ASSEGURADA A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA, EM AMBIENTE LIVRE DA PRESENÇA DE PESSOAS DEPENDENTES DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES". O ARTIGO 25, PARÁGRAFO ÚNICO, DA MESMA LEI, PRECEITUA O SEGUINTE: "ENTENDE-SE POR FAMÍLIA EXTENSA OU AMPLIADA AQUELA QUE SE ESTENDE**

PARA ALÉM DA UNIDADE PAIS E FILHOS OU DA UNIDADE DO CASAL, FORMADA POR PARENTES PRÓXIMOS COM OS QUAIS A CRIANÇA OU ADOLESCENTE CONVIVE E MANTÉM VÍNCULOS DE AFINIDADE E AFETIVIDADE." FAZENDO-SE UM COTEJO ENTRE OS MENCIONADOS ARTIGOS, PODE-SE DEPREENDER QUE É DIREITO DA CRIANÇA CONVIVER HARMONIOSAMENTE NÃO APENAS COM A UNIDADE FAMILIAR FORMADA POR PAIS E IRMÃOS, MAS TAMBÉM COM OS MEMBROS DA FAMÍLIA EXTENSA OU AMPLIADA, O QUE, POR CERTO, COMPREENDE OS AVÓS PATERNOS E MATERNOS. O ARTIGO 3º DA LEI 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO) ESTABELECE QUE "É OBRIGAÇÃO DA FAMÍLIA, DA COMUNIDADE, DA SOCIEDADE E DO PODER PÚBLICO ASSEGURAR AO IDOSO, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À VIDA, À SAÚDE, À ALIMENTAÇÃO, À EDUCAÇÃO, À CULTURA, AO ESPORTE, AO LAZER, AO TRABALHO, À CIDADANIA, À LIBERDADE, À DIGNIDADE, AO RESPEITO E À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA". DELINEIA-SE EVIDENTE O DIREITO DE AVÓ E NETA CONVIVEREM DE FORMA PERIÓDICA, CONVIVÊNCIA ESTA QUE DEVERÁ SER ASSEGURADA PELO PODER JUDICIÁRIO POR MEIO DA REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS, MORMENTE QUANDO OS PRÓPRIOS GENITORES, DE FORMA DESARRAZOADA, IMPEDEM ESSE CONVÍVIO. DESAVENÇAS ENVOLVENDO OS GENITORES E A AVÓ DA CRIANÇA DEVEM SER RESOLVIDAS ENTRE ELES, INCLUSIVE POR MEIO DE ASSISTÊNCIA PSICOLÓGICA, SE ASSIM O DESEJAREM. NÃO SE PERMITE, CONTUDO, QUE TAIS

> **DESAVENÇAS IMPEÇAM O CONVÍVIO SAUDÁVEL DA MENOR COM SUA AVÓ, UMA VEZ QUE ESSE CONVÍVIO CONSTITUI DIREITO RECÍPROCO DE AMBAS, SEJA PARA MANTER O REGISTRO HISTÓRICO E EMOCIONAL DA CRIANÇA COM RELAÇÃO À SUA ASCENDÊNCIA BIOLÓGICA, SEJA PARA RESGUARDAR O AMPARO AFETIVO DA NETA À AVÓ, NO PERÍODO DE SUA VELHICE**. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO." (TJDFT – APC 2007011045538-8, Rela. Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito, julgado em 02.03.2011.)
>
> "REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. INTERESSE DOS MENORES. **NA REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS OS INTERESSES DOS MENORES PREVALECEM SOBRE OS DOS PAIS. SE HÁ INTRINCADAS RELAÇÕES FAMILIARES, RECOMENDA-SE MANTER O DIREITO DE VISITA DOS AVÓS PATERNOS, FUNDAMENTAL PARA A ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES PARENTAIS, CRESCIMENTO EMOCIONAL E AFETIVO DAS CRIANÇAS.** AGRAVO NÃO PROVIDO. "(TJDFT - 20100020084484AGI, RELATOR JAIR SOARES, 6ª TURMA CÍVEL, JULGADO EM 15/09/2010, DJ 23/09/2010 P. 127)

Ainda oportunamente, válida é a lição do Professor **Valter Kenji Ishida**, que assim resume o cerne desta questão:

> *"O direito de visita dos avós é simultaneamente um direito à liberdade da criança e do adolescente, subsumido no direito de ir e vir e, ainda, de participar da vida familiar. Este direito, de modo algum, contrapõe-se ao direito ao pátrio poder dos genitores expresso no art. 1634 do CC. Como já se sabe, ao contrário do conceito romano de pátrio poder, o conceito hodierno de pátrio*

> *poder abrange direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, incluindo, no caso, a preservação do direito da criança e do adolescente de se avistarem com os avós."*[1]

Aqui, merece destaque também, como há muito já se falou na boa doutrina, que o direito de visitas tradicional hoje é tratado sob a perspectiva mais ampla do direito de convivência, ganhando relevo neste ponto a importância da convivência entre avós e netos, como adiante se explicará, inclusive, sob uma abordagem psicológica.

3. A INTERAÇÃO FAMILIAR E O DESENVOLVIMENTO INFANTIL

A família corresponde ao primeiro grupo social no qual a criança se identifica. Nele, desde a primeira infância, são transmitidos à criança as ideias, dogmas e valores que irão formar o adulto.

Neste contexto, ganham notável relevância os fatores relacionados à interação da criança com seu ambiente familiar e respectivos personagens. Em primeiro lugar, destaca-se o papel dos pais, que, na maioria das vezes, figuram como principais responsáveis pela criação e educação dos filhos, sendo, para estes, a primeira fonte de contato e elo de ligação com o mundo exterior.

Contudo, não restam dúvidas de que, na nossa cultura, assim como em diversas outras, a concepção de família abrange também outras pessoas além do núcleo imediato composto por pais e filhos, destacando-se, aí, o papel dos avós.

A partir deste quadro, mostra-se necessário realçar que duas questões merecem ser analisadas diante da discussão acerca da convivência entre avós e netos.

Inicialmente, a importância do contato entre estes ascendentes e os infantes, como mecanismo de transmissão de valores morais e culturais, propagação de afeto e estímulo ao desenvolvimento das habilidades sociais da criança. Ademais, não se pode abrigar o preconceito de que os avós possuem um papel de somenos importância na educação dos netos ou de que até podem contribuir desfavoravelmente para a educação dos mesmos. Neste

[1] ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente.* 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.24.

sentido, válida a reflexão de **Yvanna Gadelha-Sarmet, Penélope Ximenes** e **Patrícia Serejo**, como a seguir se transcreve:

> *"O que podemos dizer é que hoje em dia as famílias têm conformações diversificadas e um tipo de família atual é aquele em que a responsabilidade pela educação das crianças é dos avós e não dos pais. Dentro desse tipo de família, pode-se observar crianças muito adaptadas e felizes e também crianças infelizes e com comportamentos desajustados. O fato é que os comportamentos das crianças não são função somente de quem as educa, mas principalmente são função da forma como as crianças são ensinadas a se comportar. Assim, tanto avós quanto pais podem ser bem-sucedidos ou mal-sucedidos nas suas práticas educativas. É um erro pensar que as crianças criadas pelos avós serão diferentes, mais mimadas ou malcriadas do que aquelas criadas pelos pais, apesar dessa ser a ideia presente no senso comum."*[2]

Por outro ângulo, há de se considerar ainda a importância de que os filhos cresçam num ambiente de harmonia, entrosamento e união, livre de conflitos e disputas familiares, sobretudo, daquelas desavenças nas quais os infantes sejam usados como instrumento para a expressão da raiva e do ressentimento de qualquer dos genitores. De fato, a experiência profissional no campo da Psicologia Infantil demonstra que, infelizmente, as desavenças entre o casal desfeito podem, eventualmente, se desdobrar em face dos genitores dos cônjuges que, muitas vezes, são privados do convívio com os netos.

Sobre o tema, demonstrando a relevância da harmonia e estabilidade familiar par o bem-estar da criança, faz-se importante transcrever a constatação de uma das mais célebres estudiosas sobre o desenvolvimento infanto-juvenil, a autora e pesquisadora **Helen Bee**, a seguir transcrita:

> "*O ponto essencial que temos de compreender é que a educação competente está ligada a baixos níveis de comportamentos perturbados e a níveis mais elevados de ajustamento psicológico na criança, independentemente*

[2] GADELHA-SARMET, Yvanna, XIMENES, Penélope e, SEREJO, Patrícia. *A participação dos avós na criação dos netos.* Extraído do *site* www.superinfancia.com.br. Acessado em 03.11.2011.

da estrutura familiar em que ela cresce."[3]

Assim, tem-se que o convívio entre avós e netos pode ser extremamente salutar para o desenvolvimento infantil, estimulado por uma convivência familiar pautada no respeito mútuo e na tolerância, fundamentais para todas as relações sociais, tudo isso, contudo, sem prejuízo da primazia dos pais quanto à essência da educação da prole e as decisões que deverão conduzir a vida dos filhos que, crescendo neste tipo de ambiente, estão mais propensos a se tornarem adultos emocionalmente mais seguros e equilibrados.

4. CONCLUSÃO

Feitas estas ponderações, urge constatar que a convivência familiar entre avós e netos é uma realidade sócio-jurídica que não pode ser negligenciada, seja em razão das diversas normas positivas que asseguram este direito, seja em função do bem-estar da criança, esta entendida como destinatária maior de todo o regramento que disciplina a matéria em questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bee, Helen. *A criança em desenvolvimento*. 9ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2003.
GADELHA-SARMET, Yvanna, XIMENES, Penélope e, SEREJO, Patrícia. *A participação dos avós na criação dos netos*. Extraído do site www.superinfancia.com.br. Acessado em 03.11.2011.
ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS: jurisprudência. Disponível em www.tjdft.jus.br. Acessado em 03.11.2011.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: jurisprudência. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acessado em 03.11.2011.

[3] Bee, Helen. *A criança em desenvolvimento.* 9ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2003, p. 432.

A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E A LEI MARIA DA PENHA

Patrícia Cunha Barreto de Carvalho, magistrada em Sergipe. Bacharela em Direito graduada pela Universidade Federal de Sergipe (UFS) (1998). Pós-graduada no Curso de Especialização *lato sensu* em Direito Público UCAM (2007). Pós-graduada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais – UNISUL/IPAN/LFG (2007/2008). Formada pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe (Esmese) - (VIII - 2008). Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Sergipe (Fase). Mestranda em Direito, com foco em estudos sobre Violência e Criminalidade na Contemporaneidade, pela UFS (2011). Autora do livro *Crimes Hediondos e a Lei 11.464/2007*, editado pela Evocati, 2008. Professora de Deontologia Jurídica e Código de Ética da Magistratura (Esmese/Marcato (2010/2011). Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela PUC/SP (Esmese) (2009/2011).

RESUMO: A vedação da suspensão condicional do processo pela Lei 11.340/2006 revela a patente incompatibilidade entre o instituto e o objetivo almejado pela legislação, já que tal alternativa acarreta a trivialização da violência de gênero e a expropriação da vítima quando da resolução dos conflitos dela resultantes.

PALAVRAS-CHAVE: Suspensão condicional do processo; Lei Maria da Penha; vedação contida no artigo 41; constitucionalidade; posicionamentos do STJ e STF.

ABSTRACT: The seal of the conditional suspension of the proceedings by Law 11340/2006 reveals the patent incompatibility between the institute and the goal intended by the legislation, since this alternative entails the

trivialization of gender violence and dispossession of the victim when the resolution of conflicts resulting from it.

KEYWORDS: Conditional suspension of proceedings; Maria da Penha Law; seal contained in Article 41; constitutionality; positions of the STJ and STF.

1. INTRODUÇÃO

A violência doméstica e familiar contra a mulher é proveniente de um processo histórico e cultural baseado na desigualdade entre os gêneros, pautado em uma sociedade eminentemente patriarcal.

E diante de tal contexto é que surgiram movimentos feministas na década de 1970 visando essencialmente à busca da igualdade entre o homem e a mulher e a eliminação das discriminações existentes, já que no cenário internacional, com o amadurecimento dos direitos humanos, fez-se necessário proteger a diversidade, especialmente em relação a certos grupos vulneráveis, a exemplo das mulheres.

Ocorre que a busca da igualdade não se restringiu ao aspecto puramente formal, mas ao contrário, visou o alcance de um ideal de justiça, exigindo-se simultaneamente o reconhecimento de identidades e a redistribuição de direitos.

A igualdade perseguida é orientada, inclusive, pelo critério de gênero, a fim de desigualar os desiguais, na medida de suas desigualdades, igualando quando a diferença inferioriza e diferenciando quando a igualdade descaracteriza, tornando-se efetiva, material.

A Constituição Brasileira de 1988, comungando de tais premissas, assegurou a igualdade material entre homens e mulheres no *caput* do art. 5º e inciso I e também previu como um de seus objetivos fundamentais a vedação de preconceitos em razão do sexo, a fim de impedir desníveis entre direitos fundamentais.

Não obstante a previsão constitucional, fez-se necessária a implementação de ações afirmativas para a proteção da mulher contra a violência proveniente da sociedade patriarcal.

E seguindo esta trajetória é que o Brasil ratificou a Convenção Belém do Pará, comprometendo-se à erradicação e criação de medidas protetivas em relação à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Em 1995, com o advento da Lei 9.099, os Juizados Especiais Criminais

detiveram a competência para a apreciação dos casos provenientes desta espécie de conflito e de violência, após o encaminhamento das já existentes Delegacias de Defesa e Proteção da Mulher, quando a quantidade da pena assim o indicava.

Ocorre que as questões eram resolvidas muitas vezes com penas pecuniárias ou com "penas de cestas básicas", banalizando o problema da violência em epígrafe, o qual envolve também questionamentos multidisciplinares e psicológicos, peculiares das relações afetivas.

Daí é que surgiu a necessidade de uma mudança na legislação, sobretudo devido a questões internacionais, pois o Brasil estava sendo considerado responsável pela ineficiência judicial no caso da Sra. Maria Lery Maia Fernandes, mais conhecida como Maria da Penha.

Surgiu, então, a Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006, visando à inclusão social das mulheres e defesa de seus direitos, mediante a promoção de uma discriminação lícita, criando, para tanto, mecanismos para coibir a violência de gênero.

Com ela, a vedação da suspensão condicional do processo diante da norma contida em seu artigo 41.

Estabeleceu-se, assim, grande celeuma sobre o assunto.

2. A IGUALDADE MATERIAL E A CATEGORIA DE GÊNERO

A ideia consiste na superação da desigualdade e transcendência da igualdade formal, em busca de uma igualdade material, fundamento que legitima a legislação e traduz a sua constitucionalidade.

Ressalte-se que a lei tem por objeto a categoria de gênero, em que o ser mulher não se limita ao sexo biológico, mas se refere ao modo de ser, ao estilo e modo de condução de vida, a fim de desnaturalizar as construções socioculturais que engessam os papéis do feminino e do masculino nas diferenças biológicas.

Pois bem. A violência de gênero é aquela praticada contra a mulher no âmbito do processo de dominação masculina, que visa submetê-la às regras da cultura patriarcal.

A legislação em apreço se propôs a criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, buscando uma nova identidade do sujeito constitucional.

A lei resultou de um anseio social que não mais se conformava com o tratamento dado às questões da violência em tela nos Juizados Especiais

Criminais, radicalizando e recrudescendo por completo o sistema punitivo correspondente.

3. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, em um caso concreto, que a aplicação da suspensão condicional do processo não resultaria no afastamento ou diminuição das medidas protetivas à mulher previstas na Lei Maria da Penha.

> HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL COMETIDA NO ÂMBITO FAMILIAR CONTRA MULHER. LEI MARIA DA PENHA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.
> 1. Na interpretação literal do artigo 41 da Lei Maria da Penha (11.340/06), o artigo 89 da Lei nº 9.099/95, não se aplica aos delitos de violência doméstica contra a mulher, cometidos no âmbito familiar.
> 2. Sopesados, porém, o conteúdo da Lei em questão e o disposto no artigo 226, parágrafo 8º, da Carta Magna, e contrariando o entendimento adotado por esta E. Sexta Turma, conclui-se que, no caso em exame, a melhor solução será a concessão da ordem, porque o paciente e a ofendida continuam a viver sob o mesmo teto.
> 3. Ordem concedida, para cassar o v. acórdão hostilizado e a r.sentença condenatória, determinando-se a realização de audiência, para que o paciente se manifeste sobre a proposta de suspensão condicional do processo oferecida pelo Ministério Público Estadual.
> (HC 154801/MS, Rel. Ministro CELSO

LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 03/11/2011)

Sustentou o relator que a Lei 9.099/95 e a Lei 11.340/2006 estão no mesmo patamar de hierarquia e que a constitucionalidade da Lei Maria da Penha não implica necessariamente a proibição de todas as normas processuais previstas na Lei 9.099/95, dentre as quais aquela que prevê a impossibilidade de suspensão condicional do processo.

Enfatizou ainda que a suspensão condicional do processo tem caráter pedagógico e intimidador em relação ao agressor e não ofende os princípios da isonomia e da proteção da família, bem como que a constitucionalidade da Lei Maria da Penha estaria balizada no Princípio da Isonomia e no art. 226, parágrafo 8º, da Constituição Federal, o qual possibilita a proteção da parte mais vulnerável das relações domésticas – a mulher – no âmbito processual e material.

Ressalte-se que, nesta mesma linha de raciocínio se insere também o Enunciado nº 10 do *I FONAVID*, realizado no Rio de Janeiro, em novembro de 2009, que reza que "A Lei 11.340/06 não impede a aplicação da suspensão condicional do processo nos casos que esta couber".

Diante de tal contexto, preocupada com o assunto, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprovou, em 27 de abril de 2011 o PLS 49/11, da senadora Gleisi Hoffmann (PT-PR), no sentido de explicitar a proibição já contida na Lei Maria da Penha em relação à suspensão condicional do processo também na Lei dos Juizados Especiais Criminais.

O objetivo da medida contida no projeto aprovado na CCJ é a manutenção da intenção original da Lei Maria da Penha, de assegurar um tratamento diferenciado e mais rigoroso para crimes cometidos no âmbito das relações domésticas.

4. A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41 DA LEI 11.340/2006

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em 24 de março de 2011 declarou a constitucionalidade do artigo 41 da Lei 11.340/2006.

De acordo com o dispositivo em comento, aos crimes praticados com

violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099/95 e, consequentemente, os seus institutos despenalizadores, tais como a suspensão condicional do processo.

Diferentemente, da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir pela constitucionalidade do artigo em epígrafe, o Supremo Tribunal Federal destacou a impossibilidade de suspensão condicional do processo nas infrações que envolvem esta violência de gênero.

O julgamento foi proferido nos autos do HC 106.212/MS, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio, com decisão publicada em 13 de junho de 2011.

Salientou o Ministro que a constitucionalidade do artigo 41 dá concretude ao artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição Federal, o qual dispõe que o "Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".

Acrescentou que o dispositivo se coaduna com o que propunha Ruy Barbosa, segundo o qual a regra de igualdade é tratar desigualmente os desiguais, justificando que a mulher, ao sofrer violência no lar, encontra-se em situação desigual perante o homem.

Rejeitou a competência do juizado especial criminal para a resolução de tais demandas, destacando que a violência contra a mulher é grave e por tal razão não podem ser considerados de baixa ofensividade os delitos a ela correlatos, já que a violência não se limita apenas ao aspecto físico, mas também ao seu estado psíquico e emocional.

Assim, declarada a constitucionalidade do art. 41 da Lei 11. 340/2006 pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão do Plenário, não há mais como ser questionada a aplicação do dispositivo como ele se apresenta, restando impossibilitada a aplicação da suspensão condicional do processo nos casos em que verificado este tipo de violência.

5. CONCLUSÃO

A suspensão condicional do processo, vedada pelo art. 41 da Lei 11. 340/2006, não pode ser aplicada aos casos de violência doméstica contra a mulher.

A norma em questão visa garantir à mulher maior proteção à igualdade consubstanciada na Constituição Federal.

É certo que com o advento da lei em questão houve um retrocesso, já que foi abolida toda e qualquer forma de diálogo entre vítima e agressor, prática esta que outrora era adotada nas delegacias da mulher, apesar de não ser este o local mais adequado para tanto.

A lei ignorou peculiaridades em relação à vítima e aos agressores e não tem por escopo a restauração dos laços familiares.

A solução mais adequada para este tipo de violência se distancia da imposição de uma pena como resposta, tal como previsto.

Já dizia Zaffaroni que

> "A atual configuração do sistema penal, por ser proveniente dos albores da revolução mercantil e da formação dos Estados nacionais, provoca o desaparecimento dos velhos mecanismos de solução entre partes em confronto, produzindo-se a expropriação dos conflitos (dos direitos da vítima), assumindo o soberano o lugar de "única vítima" e convertendo todo o sistema penal em um exercício de poder verticalizante e centralizador".[1]

Contudo, não é a suspensão condicional do processo a melhor alternativa para a resolução de tais questões, pois não há a participação da vítima, o que redunda na trivialização da violência.

Em suma, incabível a aplicação da suspensão condicional do processo em casos de violência doméstica contra a mulher, diante de expressa disposição legal, declarada constitucional, além da patente incompatibilidade entre o instituto e o objetivo almejado pela legislação.

BIBLIOGRAFIA

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão* – Teoria do garantismo penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl - *Em busca das penas perdidas*. 5ª edição, Rio de Janeiro, 2010.

DIAS, Maria Berenice – *A Lei Maria da Penha na justiça:a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher/*

[1] ZAFFARONI, Eugenio Raúl - *Em busca das penas perdidas*. 5ª edição, Rio de Janeiro, 2010, pág. 152.

Maria Berenice Dias – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
FERNANDES, Maria da Penha Maia – *Sobrevivi...posso contar/ Maria da Penha* – Fortaleza: Armazém da Cultura, 2010.
FIORELLI, José Osmir – *Psicologia jurídica/ José Osmir Fiorelli, Rosana Cathya Ragazzoni Mangini*, - 2ª ed. - São Paulo: Atlas, 2010.
PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas das perspectivas dos direitos humanos*, disponível em www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124
IZUMINO, Vânia Pasinato. *Justiça e Violência Contra a Mulher*. 2ª Ed. São Paulo: Anna Blume, 2004.
IZUMINO, Vânia Pasinato, *Delegacias de defesa da mulher e juizados especiais criminais: mulheres, violência e acesso à justiça*, disponível em: www.nevusp.org/downloads/down082.pdf
PINTO, Ronaldo Batista e CUNHA, Rogério Sanches. *Direito de família – A Lei Maria da Penha e a não-aplicação dos institutos despenalizadores dos Juizados Especiais Criminais*. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10238.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS EFEITOS DE SUAS DECISÕES NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Sidney Silva de Almeida, Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

RESUMO: Embora ainda vigorem no Brasil os dois modelos tradicionais de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, o difuso e o concentrado, não há dúvidas de que a Constituição da República de 1988 conferiu especial ênfase ao modelo concentrado, ao ampliar de modo significativo o rol de legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo. A manutenção do modelo difuso de controle, no qual todos os órgãos do Poder Judiciário têm competência para exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, e o fato de a decisão daí resultante vincular tão-somente as partes do caso concreto submetido à jurisdição, pode criar situação de perplexidade quando esse controle é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário e cujas decisões, em controle de constitucionalidade, deveriam vincular a todos independentemente da modalidade de controle. Esse trabalho monográfico tentará demonstrar a obsolescência da regra do art. 52, X da Constituição da República de 1988, diante da atual e indiscutível tendência de se conferir eficácia geral e vinculante às decisões da Corte Suprema do país, independentemente do modelo em que se operou a verificação da compatibilidade da norma infraconstitucional com o texto da Constituição, seja pela impossibilidade real de incidência da regra nas hipóteses em que o Supremo apenas fixa a interpretação constitucionalmente adequada para a norma impugnada, seja pela oportunidade de se tornar compreensível a adoção pelo Brasil da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais, inspirada no direito norte-americano.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal; controle difuso; abstrativização dos efeitos da decisão.

ABSTRACT: Although still in use in Brazil, the two traditional models of judicial review of laws and normative acts of the public, the diffuse and concentrated, there is no doubt that the Constitution of 1988 placed particular emphasis on model concentrated to expand significantly the

legitimate role of the initiation of direct action of unconstitutionality, for example. The maintenance of the diffuse model of control, in which all organs of the judiciary have the power to exercise control over the constitutionality of laws and normative acts, and the fact that the resulting decision merely bind the parties of the case in the jurisdiction, situation can create confusion when this control is carried out by the Supreme Court, an organ of the Judicial Branch and whose decisions, in judicial review, should be linked to all regardless of control mode. This monograph will attempt to demonstrate the obsolescence of the rule of art. 52, X of the Constitution of 1988, given the current and undisputed tendency to make effective and binding general decisions of the Supreme Court of the country, regardless of the type that operated the verification of whether the standard infra with the text of the constitution , is the impossibility of real impact of the rule in a case where the Supreme just down the proper constitutional interpretation to the challenged rule, is the opportunity to make understandable the adoption by Brazil of the theory of nullity of unconstitutional acts, inspired in U.S. law American.

KEYWORDS: Supreme Court; diffuse control; abstrativização the effects of the decision.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Controle de constitucionalidade; 2.1. Origem; 2.2. Finalidade; 2.3. Modalidades; 2.4. Fundamentos na Constituição Federal de 1988; 3. Controle difuso; 3.1. Aspectos históricos; 3.2. Amplitude do exercício; 3.3. Concepção clássica sobre o alcance dos efeitos; 4. Controle difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal; 4.1. Meios de realização do controle; 4.2. Extensão dos efeitos; 4.2.1 Concepção clássica; 4.2.2 Abstrativização ou objetivação dos efeitos; 4.2.3 Modificações introduzidas na legislação infraconstitucional; 4.2.4 Repercussão geral do recurso extraordinário e súmula vinculante; 4.2.5 Mudança de orientação jurisprudencial; 4.3. Papel do Senado Federal; 4.3.1 Previsão Constitucional; 4.3.2 Hipóteses de inadequação da intervenção do Senado Federal; 4.3.3 Mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88; 5. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico trata do fenômeno da abstrativização

dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, e das suas implicações no exercício da prerrogativa do Senado Federal de suspender a execução do ato declarado inconstitucional por esse meio de controle.

O objetivo central do estudo é demonstrar a obsolescência da regra de que trata o inciso X do art. 52 da Constituição Federal de 1988, diante da inequívoca tendência de ampliação do controle abstrato, aliada ao surgimento de institutos como o Mandado de Injunção, a Repercussão Geral em Recurso Extraordinário e a chamada Súmula Vinculante, o que tem levado estudiosos do direito constitucional à formulação de sérias indagações acerca do necessário reconhecimento de eficácia *erga omnes* das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando proferidas em sede de controle difuso, ou por via de exceção ou incidental.

O controle difuso de constitucionalidade vem tendo assento nos textos constitucionais desde a Constituição Federal de 1934. A Constituição da República de 1988, embora tenha mantido esse modelo de controle, conferiu especial ênfase ao modelo concentrado, ao ampliar de modo significativo o rol de legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Possivelmente, esse tenha sido o primeiro passo no sentido de se objetivar a resolução das questões constitucionais, haja vista que daquela ampliação resultou a constatação prática de que a quase totalidade das controvérsias constitucionalmente relevantes passaram a ser submetidas ao crivo da Corte Suprema, acionada em processo voltado ao controle abstrato de normas, e nessa constatação reside a importância e atualidade do tema aqui tratado.

No decorrer da abordagem serão examinados aspectos gerais acerca do controle de constitucionalidade, com especial atenção ao controle difuso e ênfase nas peculiaridades que apresenta esse modelo de controle quando exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Serão destacadas, mediante uso do método qualitativo, porque o objeto da pesquisa realizada esteve voltado a uma realidade insuscetível de quantificação, situações nas quais a regra do art. 52, X da Constituição de 1988, na prática, nenhuma influência exerce sobre os efeitos da decisão da Suprema Corte, em controle difuso, a exemplo das hipóteses em que o Tribunal não declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mas tão somente fixa a interpretação constitucionalmente adequada ou a interpretação conforme à Constituição sem redução de texto, conferindo à norma interpretação compatível com a Constituição ou excluindo interpretação que, se adotada, acarretará a sua inconstitucionalidade.

Soma-se a essa abordagem, ainda, a análise da legislação infraconstitucional, bem como da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, que vêm revelando a inequívoca tendência de se permitir que as decisões do tribunal, em controle por via de exceção, sejam utilizadas por órgãos fracionários como forma de subtrair da apreciação do plenário o tema constitucional já apreciado pela Corte guardiã da Constituição, equiparando os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto, fenômeno que se reflete nos institutos da Súmula Vinculante[1] e da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário[2], bem como nas alterações sofridas pelo Código de Processo Civil[3] e na mudança da orientação jurisprudencial[4] da própria Corte Suprema.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1. ORIGEM

Todo sistema, independentemente de sua natureza e espécie, pressupõe ordem e unidade, de modo a que as partes que o compõem atuem de maneira harmoniosa e, tanto quanto possível, livres de conflitos e atritos.

A par da ocorrência de acontecimentos que levem à ruptura dessa harmonia, portanto, devem existir mecanismos e instrumentos de correção, concebidos exatamente para restabelecer a ordem rompida.[5]

Leciona Luís Roberto Barroso[6] que:

> "O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam

[1] Art. 103-A da CF/88, introduzido pela EC nº 45/2004.

[2] Art. 102, § 3º da CF/88, introduzido pela EC nº 45/2004.

[3] Art. 481, parágrafo único e Art. 557, alterados pela Lei nº 9.756/98.

[4] STF - HC nº 82.959/SP; RE nº 197.917/SP; MJ nº 670/ES e 712/PA.

[5] BARROSO, Luís Roberto. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

[6] *op. cit.*, p. 1.

> a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia."

Isso somente é possível porque a Constituição, nos sistemas jurídicos em que ela é classificada como rígida - e por isso há diferenciação jurídica entre as normas constitucionais e infraconstitucionais - é uma norma com traços e características singulares que a tornam o texto normativo fundamental e mais importante do país.

A doutrina constitucional associa o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público aos pressupostos da existência de uma Constituição formal, da compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental e da instituição de ao menos um órgão com competência para exercer a atividade de controle[7]. Esses pressupostos, por outro lado, remetem-nos aos princípios da supremacia da Constituição e da rigidez constitucional, verdadeiras vigas do sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

A supremacia da Constituição decorre do seu papel de centro gravitacional de todo o sistema jurídico e de sua posição hierárquica superior dentro do sistema. Vale dizer que as normas da Constituição devem ser rigorosamente observadas por aqueles responsáveis pela elaboração e execução das demais normas que compõem o sistema jurídico, as quais tem seu fundamento de validade na própria Constituição.

Como consequência dessa supremacia temos a invalidade, a rigor não apenas da lei, mas de qualquer ato jurídico que esteja em desacordo com a Constituição Federal.

Mas a supremacia da Constituição está associada, de qualquer modo, ao diferenciado processo de construção de suas normas, que deve ser solene e mais complexo que o adotado para a criação das demais normas. Do contrário, inexistiria distinção formal entre as normas que não integram o texto da Constituição e aquelas nele contidas, do que resultaria a simples revogação da norma prevista na Constituição quando outra norma qualquer posterior com ela conflitasse[8].

E assim não é porque a norma constitucional passa por um processo de elaboração diferenciado e mais complexo que todos os processos de

---

[7] JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle de constitucionalidade*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

[8] BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2.

elaboração das demais normas do sistema jurídico, o que a faz exercer o papel de paradigma de validade das outras normas. Desse processo, distinto e complexo de surgimento da norma constitucional, deflui o que chamamos de *rigidez constitucional.*

O mais importante precedente judicial acerca do controle de constitucionalidade foi o julgamento do histórico caso *Marbury v. Madison,* decidido pela Suprema Corte Norte-Americana em 1803. Nesse julgamento, a Corte, capitaneada pelo Ministro John Marshall, afirmou de modo inédito o seu poder para exercer o controle de constitucionalidade das leis, mesmo não havendo na Constituição americana previsão expressa conferindo essa competência a qualquer órgão do Poder Judiciário, nem mesmo à Suprema Corte.

Segundo o constitucionalista Luís Roberto Barroso[9]:

> Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a *supremacia da Constituição:* 'Todos aqueles que elaboram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da ação'. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a *nulidade da lei que contrarie a Constituição:* 'Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo'. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que *é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição:* 'enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à Constituição, a Corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do Legislativo, a Constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam'".

Esse julgamento da Suprema Corte Norte-Americana foi, definitivamente, o marco do controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, ficando estabelecida, a partir de então, a subordinação dos poderes estatais aos comandos postos na Constituição e a competência do Poder Judiciário

9 *op. cit.,* p. 8

para promover a conformação dos atos jurídicos ao que estabelece a Constituição, de quem é o intérprete derradeiro.

2.2 FINALIDADE

Como os princípios da supremacia da Constituição e da rigidez constitucional evidenciam que a Constituição Federal é hierarquicamente superior a todas as normas do sistema jurídico, e serve de fundamento de validade de todas elas, não se pode admitir que a norma situada abaixo da norma constitucional possa de algum modo contrariá-la, criando regras ou estabelecendo comandos que despontam dissonantes do confronto com os dizeres constitucionais.

Já foi dito no tópico anterior que no sistema jurídico, assim como em todos os sistemas, preza-se pela comunicação harmônica das partes constituintes do todo, e os movimentos e realizações tendentes à desestabilização desse ambiente necessitam de correção. Na hipótese em discussão esse ajuste, essa conformação entre o que estabelecem as normas infraconstitucionais e aquilo que determina a Constituição é condição para a convivência pacífica das partes componentes do todo, isto é, não poderão subsistir como válidos os atos normativos, que são partes do sistema jurídico, caso não se deixem orientar pela norma fundamental que constitui o fundamento de sua própria validade.

Assim, constatada a incompatibilidade entre o que estabelece a norma infraconstitucional e o que determina a Constituição, outra não será a solução senão a declaração de sua inconstitucionalidade, com o consequente alijamento desse ato normativo do sistema jurídico.

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, em última análise, tem como finalidade precípua afastar do ordenamento jurídico aqueles atos que foram editados em contraste com o texto constitucional.

2.3 MODALIDADES

O controle de constitucionalidade foi sistematizado a partir da concepção de dois modelos distintos de verificação judicial da compatibilidade das normas em face da Constituição: o controle difuso e o controle concentrado.

O modelo difuso de controle de constitucionalidade é aquele no qual a

competência para fiscalizar a validade das leis e atos normativos é conferida a todos os órgãos do Poder Judiciário. Vale dizer que a qualquer juiz ou tribunal é atribuída competência para declarar a inconstitucionalidade das normas, antes de aplicá-las no caso concreto, sempre que tais normas conflitem com o texto constitucional.

Esse modelo de fiscalização da validade das leis e atos normativos surgiu nos Estados Unidos da América, no já referido *leading case Marbury v. Madison*, quando a Suprema Corte Americana, sob a presidência do *Chief Justice* Jonh Marshall, fixou a compreensão de que o Poder Judiciário poderia deixar de aplicar uma norma a um caso concreto que lhe fosse apresentado, por entendê-la ofensiva à Constituição, isto é, inconstitucional. Daí a razão de ser conhecido como modelo norte-americano.

Aquele julgamento foi o marco histórico de construção da firme ideia de que as Constituições, especialmente nos sistemas jurídicos de Constituições rígidas, são normas jurídicas fundamentais e supremas, e diante do conflito ou da desconformidade entre uma lei e a Constituição, deve o juiz obrigatoriamente aplicar a Constituição em detrimento da norma desconforme.

O controle de constitucionalidade somente foi introduzido no Brasil com o advento da República, sendo expressamente previsto no texto da Constituição de 1891, de 24 de fevereiro de 1891, a primeira da era republicana, cujos artigos 59[10] e 60[11] conferiam competência às justiças da

---

10 Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

[...]

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

11 Art. 60 - Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar:

a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal;

b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo;

União e dos Estados para emitirem provimento acerca da invalidade das leis em face da Constituição. Da redação desses dispositivos infere-se a clara opção do direito constitucional brasileiro pelo modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, tendo em vista a permissão para que a fiscalização fosse realizada de modo incidental, porque no âmbito de um caso concreto, e difuso, porque exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário[12].

Essa fórmula foi sendo mantida, com pontuais alterações, até a atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O modelo concentrado de controle de constitucionalidade recebe esse nome porque nele a competência para realizar o trabalho de verificação da compatibilidade das leis com a Constituição é conferida a somente um órgão jurisdicional.

Na Europa, desde o início da idade moderna, foram formuladas propostas de implementação de órgãos voltados ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, razão pela qual esse modelo é denominado de Europeu continental.

Numa época de profundas alterações sociais que culminaram na chegada ao poder da burguesia, todavia, ganhou força a interpretação quase fundamentalista de que a lei exprimia a inquestionável vontade geral do povo, e por isso ela (a lei) é que não poderia jamais ser contrariada, concepção que acabou por frustrar as tentativas iniciais de se colocar em prática as declarações que estavam inseridas nos textos constitucionais[12].

Essa conjuntura enfraqueceu as Constituições, que não conseguiam se firmar ou estabelecer a sua supremacia em face das demais leis, sem o quê não é possível falar em processo de fiscalização da constitucionalidade das normas.

Somente com o advento da Constituição austríaca de 1920, que teve em Hans Kelsen seu grande nome, o controle concentrado de constitucionalidade começou a ganhar os contornos hoje conhecidos. Naquele texto constitucional foi concebido o controle de constitucionalidade

12 BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62/63.

concentrado em um *Tribunal Constitucional,* órgão não integrante do Poder Judiciário, ficando vedada aos magistrados a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo.

André Luiz Batista Neves[13], ao discorrer acerca da formação e da consolidação do modelo concentrado de constitucionalidade, concluiu afirmando:

> As conformações constitucionais e as *praxis* dos Estados europeus ocidentais, inseridos em um contexto cultural comum, acabaram por transformar as suas Cortes Constitucionais. Dos órgãos políticos judiciariformes da concepção kelseniana, estas se converteram em uma espécie de *tertium genus,* em Tribunais "em que se esgota uma ordem de jurisdição diferente tanto da dos tribunais judiciais como das dos tribunais administrativos, de um tribunal com competência especializada no campo do Direito constitucional".
>
> Foi dessa maneira, isto é, mediante o emprego de procedimentos deliberativos racionalmente controlados, conduzidos por atores políticos supostamente imparciais – os juízes -, recrutados por tempo determinado, representando as diversas correntes parlamentares, que o controle de constitucionalidade consegue se impor na família romano-germânica. Passa a ser uma função *regulada, positivada, racionalizada* e *limitada,* inclusive quanto aos efeitos da declaração. E sua decisões não mais se cingem a invalidar a produção normativa existente, assumindo feições por muitos consideradas como próximas à de um *legislador positivo,* inclusive mediante a restrição dos efeitos das decisões "com base em juízos de mérito político, como os fundados no *'interesse público de excepcional relevo'".*
>
> [...]
>
> Com essas feições o modelo europeu de controle de constitucionalidade se consolidou. Caracteriza-o ser

13 *op. cit., p. 43*

> eminentemente **concentrado** em Tribunais especiais. Originariamente, é **abstrato,** ou seja, desvinculado de uma ide concreta, sendo todavia cada vez mais frequente sua concomitância com o **concreto,** instrumentalizado mediante o manejo de incidente de inconstitucionalidade. Além disso, os julgados possuem eficácia similar à ***erga omnes*** e **vinculante,** havendo possibilidade expressa de sua modulação temporal.

O controle concentrado de constitucionalidade, segundo a concepção embrionária de Hans Kelsen, consistia na tarefa especial e autônoma de fiscalização da validade das leis perante a Constituição, tarefa que não poderia ser confiada a todos os membros do Poder Judiciário, a quem já era conferida a tarefa de exercer a jurisdição, mas somente a uma Corte Constitucional, que teria a missão de exercer exclusivamente essa fiscalização[14].

Afirmam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino[15] que:

> "Sob esse pensamento, foi criado o Tribunal Constitucional Austríaco, com a função exclusiva de realizar o controle de constitucionalidade das leis. Na visão de Kelsen, a função precípua do controle concentrado não seria a solução de casos concretos, mas sim a anulação genérica da lei incompatível com as normas constitucionais."

No Brasil, a jurisdição constitucional no controle concentrado despontou, ainda que timidamente, a partir da Constituição de 1934, com a criação da representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República e sujeita exclusivamente à competência do Supremo Tribunal Federal.

Somente com o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que alterou o texto da Constituição Federal de 1946, foi inserido definitivamente no direito constitucional brasileiro o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal. Por meio dessa Emenda Constitucional surgiu a

---

14 PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 8ª ed. São Paulo: Método, 2009.

15 *op. cit.,* p. 19.

representação genérica de inconstitucionalidade, atualmente denominada Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação, cuja competência para julgamento era reservada exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, atendendo ao modelo do sistema europeu de controle de constitucionalidade.

2.4 FUNDAMENTOS DOS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O texto constitucional de 1988, como já visto no tópico anterior, manteve o sistema misto ou híbrido de controle de constitucionalidade, contemplando regras inerentes ao modelo difuso, por via de exceção ou por via incidental (modelo norte-americano) e outras próprias do modelo concentrado ou por via de ação (modelo europeu).

O controle difuso está previsto na possibilidade de interposição de recurso extraordinário, ao Supremo Tribunal Federal, das decisões de juízes e tribunais que contrariarem dispositivo da Constituição, declararem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal e julgarem válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal. Essas hipóteses foram tratadas no art. 102[16] da Carta de Outubro.

Quanto ao controle concentrado, o texto constitucional de 1988, além de prever duas diferentes possibilidades de seu exercício, trouxe uma significativa relação de novidades.

No que pertine às possibilidades, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que o controle principal, ou por via de ação, poderá ser exercido perante o Supremo Tribunal Federal quando se tratar de ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo federal ou estadual questionados em face da Constituição Federal, ou, ainda, quando se tratar de ação declaratória de constitucionalidade contra lei ou ato normativo

---

16 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
[...]
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
a) contrariar dispositivo desta Constituição;
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
[...]

federal impugnados em face da mesma Constituição[17].

Também poderá ser exercido pelos Tribunais de Justiça dos Estados, quando se tratar de representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal questionados em face da Constituição estadual[18].

Em relação às novidades, pontuou Luís Roberto Barroso[19]:

> Trouxe, todavia, um conjunto relativamente amplo de inovações, com importantes consequências práticas, dentre as quais podem ser destacadas:
> a) a ampliação da legitimidade ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103);
> b) a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objeto (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI);
> c) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º);
> d) a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º);
> e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III).

Mas essas não foram as únicas transformações operadas pela Constituição de 1988 no sistema de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Em 1993, após cinco anos da promulgação do novo texto

---

17 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

18 Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.
[...]
§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

19 *op. cit.*

constitucional, surgiu no cenário jurídico nacional a denominada ação declaratória de constitucionalidade, resultante da Emenda Constitucional nº 03, de 18 de março de 1993.

A partir de então, o Supremo Tribunal Federal passou a ter entre as suas competências o processamento e julgamento da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal impugnado em face da Constituição Federal.

Portanto, no texto constitucional em vigor, conjugam-se o controle incidental ou difuso, exercido por todos os juízes e tribunais, e o controle principal ou concentrado, realizado pelo Supremo Tribunal Federal por meio da ação direta de inconstitucionalidade genérica, ação declaratória de constitucionalidade[20], ação direta de inconstitucionalidade por omissão[21], ação interventiva[22] e arguição de descumprimento de preceito fundamental[23].

3. CONTROLE DIFUSO

3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

A ideia segundo a qual a Constituição é a lei fundamental e suprema de uma nação é creditada ao constitucionalismo norte-americano. Na Constituição Federal dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787, já estava consagrada a supremacia do texto constitucional nos seguintes termos[24]:

> Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos os Estado dever-lhes-ão obediência, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário[25].

---

20 Art. 102, I, a

21 Art. 103, § 2º

22 Art. 36, III (art. 34,VII)

23 Art. 102, § 1º

24 CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de direito constitucional – Controle de constitucionalidade*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 284.

25 Art. VI, cláusula 2ª.

Essa é a chamada *supremacy clause* que originou a doutrina da supremacia constitucional, conferindo à Constituição o papel de norma central e fundamental do sistema jurídico, ao derredor da qual gravitam as demais leis e atos normativos estatais e à qual todos eles devem reverência, sob pena de serem declarados nulos.

Não obstante seja um produto do labor intelectual do constituinte da Filadélfia, a concepção da supremacia da Constituição fixou-se de forma indelével no espírito das gentes a partir do célebre julgamento do caso *Marbury* x *Madison,* submetido à Suprema Corte norte-americana no início do século XIX (1802-1803).

Nesse julgamento, o C*hief Justice* John Marshall desenvolveu sólida e primorosa argumentação acerca da supremacia da Constituição, da competência do Poder Judiciário para defender essa supremacia e da consequente necessidade do *judicial review.*

O sistema norte-americano da *judicial review* espalhou-se por quase todos os países do resto do mundo e predominou, praticamente sem concorrência à altura, até o início do século XX, quando teve início a expansão de um novo modelo de jurisdição constitucional.

Trata-se do modelo concentrado de controle de constitucionalidade, denominado de modelo "austríaco" em razão da vinculação de sua origem ao texto constitucional da Áustria, promulgado em 1º de outubro de 1920 e fortemente influenciado pelas ideias de Hans Kelsen. Esse sistema disseminou-se por diversos países da Europa e passou a integrar as Constituições de inúmeros deles[26].

Voltando, no entanto, às origens do controle difuso, a Suprema Corte norte-americana, naquele histórico julgamento, influenciada pelas ideias de Marshall, afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade das leis, consagrando não apenas a supremacia da Constituição em relação a todas as leis e atos normativos, mas também a prerrogativa dos juízes de negar aplicação àqueles contrários a essa mesma Constituição.

Aos juízes compete interpretar as leis. As normas que estiverem em conflito com a Constituição devem ser alijadas, porque a preponderância da lei fundamental sobre todos os demais atos normativos é uma consequência direta da supremacia da Constituição e do seu papel de centralidade no sistema jurídico. As leis e atos normativos que contrastem com o texto

26 *op. cit.* p. 292

constitucional são inexoravelmente inválidos.

Em texto intitulado "O princípio do *'Stare Decisis'* e a decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade", o doutrinador baiano Dirley da Cunha Júnior[27], nesse particular, fez ressaltar:

> Com efeito, resulta clara, desta decisão, a observação que MARSHALL faz, no sentido de que, quando uma lei se encontra em contradição com a Constituição, a alternativa é muito simples: ou a Constituição é a lei suprema e prepondera sobre todos os atos legislativos que com ela contratam ou a Constituição não é suprema e o poder legislativo pode mudá-la ao seu gosto através de lei ordinária. Segundo MARSHALL, não havia meio termo entre essas duas alternativas. Como cediço, a Corte, influenciada por MARSHALL, optou pela primeira alternativa, consolidando o *sistema judicial do controle da constitucionalidade das leis,* que entrou para a história do direito constitucional, servido de modelo e referencial obrigatório para muitos países da América e, inclusive, da Europa. Em sua decisão, deixou o *Chief Justice* registrado o seguinte:
> 'Se o ato legislativo, inconciliável com a Constituição, é nulo, ligará ele, não obstante a sua invalidade, os tribunais, obrigando-os a executarem-no? Ou, por outras palavras, dado que não seja lei, substituirá como preceito operativo, tal qual se o fosse? Seria subverter de fato o que em teoria se estabeleceu; e o absurdo é tal, logo a primeira vista, que poderiam abster-nos de insistir.
> Examinemo-lo, todavia, mais a fito. Consiste especificamente a alçada e a missão do Poder Judiciário em declarar a lei. Mas os que lhe adaptam as prescrições aos casos particulares, hão de, forçosamente, explaná-la e interpretá-la. Se duas leis se contrariam, aos tribunais incumbe definir-lhes o alcance respectivo. Estando uma lei em antagonismo com a Constituição e aplicando-se à espécie a Constituição e a lei, de modo que o tribunal tenha de resolver a lide em conformidade com a lei,

27 NOVELINO, Marcelo. *Leituras complementares de direito constitucional. Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional.* 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 285.

> desatendendo à Constituição ou, de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, inevitável será eleger, dentre os dois preceitos opostos, o que dominará o assunto. Isto é da essência do dever judicial.
> Se, pois, os tribunais não devem perder de vista a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição e não a lei ordinária há de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Destarte, os que impugnaram o princípio de que a Constituição se deve considerar em juízo, como lei predominante, hão de ser reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem cerrar os olhos à Constituição, e enxergar a lei só. Tal doutrina aluiria os fundamentos de todas as Constituições escritas. E equivaleria a estabelecer que um ato, de todo em todo inválido, segundo os princípio e a teoria do nosso Governo, é, contudo, inteiramente obrigatório na realidade. Equivaleria a estabelecer que, se a legislatura praticar o ato que lhe está explicitamente vedado, o ato, não obstante a proibição expressa, será praticamente eficaz'.

Nesse cenário, portanto, originou-se a doutrina da supremacia da Constituição, que teve assento em todos os textos constitucionais republicanos do Brasil. Desde a Constituição de 1891, a primeira da República e também a primeira a contemplar regra expressa de controle de constitucionalidade, todas as Constituições brasileiras asseguraram ao Poder Judiciário a competência para verificar a compatibilidade das leis e atos normativos em face da Constituição Federal.

Na Constituição Imperial de 1824, influenciada que foi pelo pensamento jurídico-constitucional francês, ficou outorgado ao Poder Legislativo, como reflexo do dogma da soberania do Parlamento, a atribuição de velar na guarda da Constituição, fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, não havendo espaço, portanto, para o controle judicial de constitucionalidade[28].

Dada a forte influência da Constituição Americana de 1787, a nossa Constituição Republicana de 1891, por outro lado, estabeleceu pela vez primeira a possibilidade do controle jurisdicional incidental das leis, exercido

---

28 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 982.

de modo difuso pelos juízes e tribunais.

Dispunha o art. 59, § 1º, "b", da Constituição de 1891, que "Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas".

"O regime republicano inaugura uma nova concepção. A influência do direito norte-americano sobre personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição provisória de 1890 (art. 58, § 1º, *a* e *b*)"[29].

Desde então, o sistema constitucional brasileiro manteve-se fiel ao modelo de controle difuso de constitucionalidade, conferindo repetidamente, nos textos constitucionais posteriores, poderes aos juízes e tribunais de exercer, no caso concreto, a fiscalização da concordância das normas infraconstitucionais com o que estabelece a Constituição.

Se é verdadeiro que o modelo difuso de controle de constitucionalidade manteve-se vivo ao longo da história constitucional brasileira, não é menos verdadeira a constatação de que esse modelo teve sua importância significativamente reduzida após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Essa afirmação resulta da manifesta inclinação do constituinte de 1988 em fortalecer o controle abstrato das leis e atos normativos, o que se deflui da ampliação do rol de legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem assim com a criação de instrumentos outros destinados à correção do sistema e o afastamento, pelo Supremo Tribunal Federal, das normas reconhecidamente ofensivas à Constituição.

O ministro GILMAR FERREIRA MENDES[30], membro do Supremo Tribunal Federal, estudioso do tema e responsável por diversas reflexões acerca dessa matéria, ressaltou:

> Não é menos certo, por outro lado, que a ampla

29 *op. cit.*, p. 983.

30 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

> legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.
>
> O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferençá-lo dos demais sistemas *"difusos"* ou *"incidentes"* de controle de constitucionalidade.
>
> A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Aliou-se à ampliação da relação de legitimados ativos da ação direta de inconstitucionalidade, a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental e a inclusão no texto constitucional da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, estes últimos importados do direito português e voltados à garantia da plena efetividade das normas constitucionais.

Não obstante essas inovações todas, a Carta de Outubro, honrando a tradição constitucional pátria, guardou um lugar para o controle difuso ou incidental de constitucionalidade ao estabelecer, em seu artigo 102, inciso III, que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe, inclusive, julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

3.2 AMPLITUDE DO EXERCÍCIO

O controle de constitucionalidade difuso igualmente é chamado de concreto, via incidental ou via de exceção. Recebe o nome de difuso porque o seu exercício é conferido a todos os órgãos do Poder Judiciário, merecendo recordação a ressalva de que os tribunais, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público[31].

Diz-se que é concreto porque ocorre no âmbito de um caso concreto e somente pode ser suscitado pelas pessoas diretamente envolvidas naquele processo específico, as quais poderiam ser alcançadas pela norma impugnada como inconstitucional.

É também denominado via incidental ou via de exceção porque o pedido de declaração de inconstitucionalidade deve ser julgado anteriormente ao mérito, sendo apreciado em preliminar, de forma incidental, ou porque a verificação da constitucionalidade não faz parte do pedido, configurando-se como seu fundamento. Canotilho explica que a terminologia via de exceção se deve ao fato de que a inconstitucionalidade não se deduz como alvo da ação, mas como subsídio para a justificação de um direito, cuja reivindicação se discute[32].

Se no controle concentrado as pessoas legitimadas a provocar o Poder Judiciário, a fim de que este aprecie a constitucionalidade da lei ou ato questionado, estão rigorosamente relacionadas no art. 103 da Constituição Federal, os legitimados para a mesma finalidade no controle difuso não podem ser previamente identificados, haja vista que somente o caso concreto é que poderá revelá-los, porquanto apenas aqueles envolvidos na ação principal, de cuja definição depende a prévia verificação da compatibilidade da norma que regerá o caso, podem suscitar o incidente de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

O exercício do controle de constitucionalidade difuso ocorre em um processo subjetivo, vale dizer, *inter partes*, e tem por finalidade elucidar

---

31 Art. 97 da CRFB/88.

32 AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 52.

controvérsia jurídica desenhada em uma lide específica e particular[33]. Não se pretende com a ação, no âmbito da qual se realizará o incidente, a declaração de inconstitucionalidade da lei propriamente, contudo a definição do direito sobre que contendem as partes depende da fixação da constitucionalidade da norma jurídica que o disciplinará, pois que do contrário, a solução da controvérsia se dará sem a incidência da norma impugnada.

Assim como não é possível relacionar previamente aqueles que terão legitimidade para suscitar o incidente de inconstitucionalidade, segundo esse modelo, também não se afigura possível estabelecer antecipadamente as vias pelas quais chegará ao Poder Judiciário o questionamento acerca da constitucionalidade ou não da norma.

Em outras palavras, não se pode afirmar de modo antecipado, prévio, que a questão constitucional aportará no Poder Judiciário por essa ou aquela ação judicial, porque o controle difuso de constitucionalidade pode ser suscitado das mais variadas formas, no ajuizamento e no curso das mais diversas ações judiciais e no âmbito dos diferentes tipos de processos.

O incidente de controle difuso pode ser deflagrado no processo de conhecimento, de execução, cautelar ou especial. Tanto o autor, já na petição inicial, quanto o réu, no tempo do oferecimento de sua defesa, podem impugnar a constitucionalidade da lei ou ato normativo do poder público aplicável à espécie. O controle incidental também pode ser efetivado nas ações de mandado de segurança e *habeas corpus,* em assim nos recurso ordinário, especial e extraordinário[34].

Significa dizer que o exercício do controle difuso de constitucionalidade pelos órgãos do Poder Judiciário é o mais amplo que se possa imaginar, inexistindo regras inibidoras do manejo desse instrumento como ferramenta de afastamento, ainda que apenas no caso concreto, das normas contrárias à Constituição.

Seja sob a ótica dos que podem acionar o controle, seja sob a ótica dos que têm competência para julgá-lo, o controle de constitucionalidade concreto, difuso, via incidental ou via de exceção é amplo, geral e irrestrito, configurando-se como importante instrumento de que dispõe o cidadão na defesa e concretização dos preceitos constitucionais e poderosa arma de

33 *op. cit.,* p. 52.

34 AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 52.

que se podem valer os órgãos do Poder Judiciário na sua nobre tarefa de defender a Constituição.

3.3 CONCEPÇÃO CLÁSSICA SOBRE O ALCANCE DOS EFEITOS

Esse tema sempre despertou fortes embates doutrinários, a começar pela polêmica discussão acerca da natureza jurídica do ato inconstitucional: se inexistente, nulo ou anulável.

Prevaleceu no direito constitucional brasileiro, contudo, a teoria da nulidade do ato inconstitucional, cujas bases se firmaram na doutrina norte-americana, notadamente a partir do já mencionado histórico caso *Marbury* x *Madison,* julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no ano de 1803[35].

Assim, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público deve retroagir à sua origem, porque a decisão judicial nesse sentido é meramente declaratória de um vício existente desde a origem mesma do ato.

As relações jurídicas estabelecidas a partir dessa norma, e nela arrimadas, serão inquestionavelmente desconstituídas, considerando que a declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado fulmina-o de nulidade e revela a sua incapacidade de gerar qualquer efeito.

Essa concepção clássica acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas vem sofrendo ao longo do tempo fortes transformações. Nos Estados Unidos, desde o caso *Likletter* x *Walker,* julgado pela Suprema Corte em 1965, e considerado o *leading case* na matéria, se vem entendendo que cabe ao Poder Judiciário, em cada caso, a valoração da situação concreta para decidir acerca da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, podendo o juiz ou tribunal atribuir à decisão efeitos *ex nunc* ou prospectivos[36].

Essa tendência foi reforçada no Brasil com o advento das Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, as quais regularam, respectivamente, a ação direta de inconstitucionalidade (a ação declaratória de constitucionalidade) e

---

35 JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle de constitucionalidade*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, P. 145.

36 JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle de constitucionalidade*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 146.

a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Segundo essas normas, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, poderá restringir os efeitos da sua decisão ou estabelecer que ela somente terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado pelo tribunal[37].

A esse fenômeno a doutrina deu o nome de modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. Originariamente concebida apenas para as decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, a manipulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade vem sendo admitida também no âmbito do controle difuso.

Para Dirley da Cunha Júnior[38] não restam dúvidas de que a decisão no controle difuso de constitucionalidade, assim como ocorre no controle concentrado, também pode sofrer modulação quanto à sua eficácia temporal:

> Assim, nada obstante a regra dos efeitos retroativos ou *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, o modelo difuso-incidental de controle de constitucionalidade admite a limitação dos efeitos dessa declaração, podendo esta se mostrar *ex nunc* ou prospectiva. No direito brasileiro, tal circunstância se avulta em face das Leis nº 9.868 e 9.882/99, que dispõe, respectivamente, sobre o processo e julgamento da ADIN, ADC e ADPF, relativamente aos arts. 27 e 11, em conformidade com os quais "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".
>
> Nesse contexto, em que pese os preceitos acima

37 Art. 27 da Lei nº 9.868/99 e art. 11 da Lei nº 9.882/99.

38 *op. cit., p. 146-147*.

> mencionados constarem de leis reguladoras do processo e julgamento das ações diretas do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, não tempos dúvidas que eles podem servir de supedâneo para a modulação da eficácia temporal também no âmbito do modelo de controle difuso-incidental de constitucionalidade.
>
> Demais disso, no controle incidental, a declaração de inconstitucionalidade restringe-se às partes litigantes, ainda que, em face de recurso extraordinário (ou no exercício de sua competência originária), a decisão de inconstitucionalidade seja proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, continua a lei ou ato normativo impugnado, e declarado inconstitucional em relação àquelas partes, a vigorar e a produzir efeitos relativamente a outras situações e pessoas, a menos que, igualmente, se provoque a jurisdição constitucional, logrando essas pessoas obter idêntico pronunciamento. Vê-se, por conseguinte, que é decorrência natural do controle incidental de constitucionalidade, nos países que não adotam o princípio do *stare decisis,* a possibilidade de existência de leis ou atos normativos inconstitucionais para uns e constitucionais para outros.
>
> Destarte, e em resumo, são efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade no controle incidental, independentemente do órgão jurisdicional que o exerça: a) a inconstitucionalidade *inter partes* da lei ou do ato, e b) a retroatividade da decisão, que pronuncia a nulidade (efeitos *ex nunc*) da lie ou do ato, ressalvada a hipótese de limitação dos efeitos, com base nas Leis 9.868 e 9.882/99".

Não obstante a atual possibilidade de se conferir às decisões, em sede de controle difuso de constitucionalidade, eficácia *ex nunc* ou prospectiva, a regra continua sendo o efeito *ex tunc* dessas decisões, como prega a teoria da nulidade dos atos inconstitucionais, até porque, tanto no controle

concentrado quanto no controle difuso, a modulação somente tem lugar quando se está diante de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Do contrário, permanecem incólumes as balizas da teoria da nulidade do ato, originária do direito norte-americano e abraçada pelo direito constitucional brasileiro.

Quanto ao aspecto subjetivo da discussão, é certo que a decisão acerca da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, somente opera efeitos entre as partes do processo principal.

A lei ou ato normativo do poder público, em que pese a declaração de sua inconstitucionalidade, continuará em pleno vigor no ordenamento jurídico, somente não produzindo efeitos em relação às partes do processo em cujo bojo foi declarada inconstitucional.

Cabe aqui chamar atenção para um inconveniente da aplicação da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais num ordenamento jurídico em que não há, tradicionalmente, vinculação aos precedentes judiciais, pelo menos quando estes emanam de pronunciamentos realizados no âmbito do controle difuso.

A aplicação da teoria da nulidade no sistema norte-americano, onde vigora o princípio do *stare decisis,* é algo perfeitamente compreensível, considerando que a decisão declaratória de inconstitucionalidade nesse ambiente vincularia a todos e ninguém mais poderia aplicar a lei declarada inconstitucional, resultando disso a logicidade do reconhecimento de sua nulidade e do efeito *ex nunc* da decisão proferida nesse sentido.

Mas a adoção dessa teoria nos países carecedores do princípio do *stare decisis,* como é o Brasil, causa no mais das vezes inquietantes perplexidades. Não havendo vinculação a precedentes, uma lei ou ato normativo declarado inconstitucional por um órgão do Poder Judiciário poderia naturalmente ser aplicado por outro órgão, do mesmo poder, que o considere constitucional, causando estranheza, à luz da teoria da nulidade do ato inconstitucional, o fato de uma lei já declarada inconstitucional (nula, portanto), continuar plenamente em vigor e tendo aplicabilidade em diversos outros casos.

Não bastasse o conflito entre órgãos jurisdicionais, o que já é suficientemente danoso ao regime estabelecido pelo texto constitucional brasileiro, essa sistemática traz consigo outro grave e delicado problema que é a instalação da insegurança jurídica entre os destinatários da jurisdição, ficando alguns indivíduos sujeitos aos comandos de uma lei ou ato normativo

declarado inconstitucional em relação a outros que, por isso mesmo, estão livres de sua incidência ou afastados de seus efeitos.

Além desse inconveniente, já suficiente *per si stante* para justificar a não adoção do modelo americano nos países da *civil law*[39], há ainda um outro, não menos grave. Consiste ele no fato de que o sistema difuso, nos países destituídos do princípio do *stare decisis,* pode proporcionar uma indiscutível multiplicidade de demandas, uma vez que, mesmo já declarada reiteradamente a inconstitucionalidade de uma lei, será sempre necessário que alguém interessado nesse mesmo pronunciamento proponha uma nova demanda em juízo, submetendo a mesma lei a um novo julgamento. Esses inconvenientes foram evitados nos Estados Unidos e nos demais países vinculados ao sistema da *common law,* em razão do princípio do *stare decisis,* por força do qual todos os órgãos judiciários ficam vinculados às decisões da Suprema Corte. Essa 'força dos precedentes', que caracteriza o princípio em comento, opera de modo tal que a declaração de inconstitucionalidade da lei acaba assumindo uma verdadeira eficácia *erga omnes,* a despeito de a decisão ter sido prolatada num caso concreto[40]

Apesar dessas inconsistências, o modelo difuso de controle de constitucionalidade sempre foi aplicado no Brasil, que não adota o princípio *do stare decisis,* com estrita observância aos parâmetros fixados pela doutrina norte-americana, seja no tocante à legitimidade para a sua deflagração (qualquer das partes numa ação principal pode provocá-lo), seja em relação aos órgãos competentes para exercê-lo (todos os juízes e tribunais podem exercitá-lo), seja, ainda, no que diz respeito aos efeitos da decisão judicial (que vincula apenas as partes envolvidas na discussão principal – efeito *inter partes*).

4. CONTROLE DIFUSO REALIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 MEIOS DE REALIZAÇÃO DO CONTROLE

O controle incidental de constitucionalidade das leis e atos normativos

---

39 Com o surgimento da Constituição Austríaca de 1920, o modelo de controle concentrado de constitucionalidade expandiu-se por diversos países da Europa e a justificativa para essa expansão está na inadequação do sistema norte-americano de controle difuso àqueles países que adotaram o sistema da *civil law,* onde inexiste o princípio do *stare decisis,* que é próprio do sistema da *common law.*

40 NOVELINO, Marcelo. *Leituras complementares de direito constitucional. Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 285.

do poder público é exercido de modo difuso, competindo a todos os órgãos do Poder Judiciário, em qualquer grau de jurisdição, inclusive nos tribunais superiores, emitirem pronunciamento acerca da constitucionalidade da norma aplicável ao caso concreto sob julgamento.

Se qualquer órgão do Poder Judiciário pode exercer o controle de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo diante de um caso concreto, com o Supremo Tribunal Federal, órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário Nacional, nos termos do art. 92, I da Constituição da República de 1988, não poderia ser diferente.

O Supremo Tribunal Federal tem o poder-dever de examinar a compatibilidade da norma com o texto constitucional, atribuição que resulta direta e umbilicalmente da própria função jurisdicional que exerce, não mais havendo qualquer sombra de dúvida em torno da legitimidade dos órgãos inferiores do Poder Judiciário para exercer o controle de constitucionalidade das normas, muito menos da legitimidade do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula desse Poder.

Como já visto anteriormente, o art. 102, III da Constituição Federal de 1988 reserva ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal ou, ainda, julgar válida lei local contestada em face de lei federal[41].

Essa última hipótese de cabimento do recurso extraordinário foi inserida no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004, acabando por transferir ao Supremo Tribunal Federal uma competência que até então estava reservada ao Superior Tribunal de Justiça, provocada mediante o manejo do recurso especial[42].

A motivação da alteração constitucional foi a constatação de que a imensa

---

41 O controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal poderá ocorrer em processo de sua competência originária (art. 102, I) ou no julgamento de recursos ordinários constitucionais (art. 102, II), mas é mediante interposição de recurso extraordinário (art. 102, III) que a Corte comumente realiza o controle de constitucionalidade incidental.

42 Assim estava redigido o dispositivo da Constituição que tratava da matéria antes da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004. "Art. 105 – Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III – julgar, em recurso especial, as causas decidias, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: [...] b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;".

maioria dos casos envolvendo conflito entre lei local e lei federal decorriam de fatos relacionados à divisão constitucional de competências legislativas entre os diversos entres da federação. Não seria razoável atribuir ao Superior Tribunal de Justiça a competência para julgar tais questões, considerando a divisão de tarefas fixada pela Constituição entre este (responsável por questões infraconstitucionais) e o Supremo Tribunal Federal (responsável por questões constitucionais)[43].

Ainda que o conflito entre a lei local e lei federal não envolva matéria relativa à divisão de competências legislativas, entende-se que deve mesmo competir ao Supremo Tribunal Federal a decisão acerca do litígio, até porque o deslinde desse tipo de controvérsia dependerá sempre de um juízo sobre a divisão constitucional de competências. Afinal, se a lei federal tiver ultrapassado o terreno das normas gerais, haverá inconstitucionalidade e não simples incompatibilidade entre os regramentos geral e especial. Ou seja, mesmo que a decisão acabe afirmando a existência de um conflito no plano da legalidade, o itinerário lógico dos julgadores terá envolvido uma análise eminentemente constitucional. No mínimo, é preciso reconhecer que não seria boa técnica processual antecipar tal juízo, profundamente ligado ao mérito, trazendo-o para a fase de conhecimento do recurso[44].

Pois bem. Havendo manifestação de qualquer órgão do Poder Judiciário acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo, no âmbito do controle difuso, portanto, abrir-se-á ao interessado a possibilidade de provocar o Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, para que este se pronuncie acerca da declaração do órgão *a quo* nesse particular.

Vale dizer que o Supremo Tribunal Federal, como órgão integrante do Poder Judiciário, e não propriamente como órgão de cúpula do poder, poderá emitir pronunciamento acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público num dado caso concreto submetido originariamente a outro órgão jurisdicional e, por força de recurso interposto pela parte interessada, à sua jurisdição posteriormente.

Observe-se que a competência do Supremo Tribunal Federal, nessa hipótese, não resulta do exercício de competência originária e concentrada,

---

43 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 102.

44 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 104.

mas sim de competência exercida no âmbito do controle difuso, realizado num processo cuja finalidade não é a busca da declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, a qual se dá apenas incidentalmente, como matéria que reclama apreciação em momento anterior à análise do próprio mérito da ação principal.

4.2 EXTENSÃO DOS EFEITOS

4.2.1 CONCEPÇÃO CLÁSSICA

Como acontece em todos os casos onde há controle difuso de constitucionalidade, também aqui, quando o controle é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, os efeitos da decisão alcançam apenas as partes do processo principal do qual se originou o incidente de inconstitucionalidade, tendo em vista que o efeito *inter partes* é uma característica própria do controle difuso de constitucionalidade.

Isso ocorre porque no Brasil, país com tradição jurídica romano-germânica, adepto do sistema da *civil law,* não tem aplicabilidade o princípio do *stare decisis,* que é típico dos sistemas da *common law,* não havendo, desse modo, vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, mesmo após decisão do Supremo declarando a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público, se proferida em sede de controle difuso ou incidental, ficam os demais juízes e tribunais livres para aplicar a lei ou ato normativo já declarado inconstitucional, porque a decisão da Corte Suprema não os vincula, operando efeitos apenas no âmbito da relação jurídico-processual que lhe foi apresentada.

Apenas as partes da ação principal, na qual se provocou a manifestação judicial incidental acerca da inconstitucionalidade da norma, estão sujeitas aos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, mesmo em se tratando da maior Corte de Justiça do país, a quem a Constituição reserva a competência precípua de proteger o texto constitucional (art. 102, cabeça, CF).

As pessoas interessadas em não sofrer a incidência de uma lei ou ato normativo já declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, deverão bater às portas do Poder Judiciário, com uma ação judicial de qualquer natureza, desde que necessária à proteção do seu direito, e no curso desta pugnar pela

manifestação judicial acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo aplicável à espécie.

Somente havendo nova declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo é que o interessado verá afastados da sua órbita jurídica os efeitos da norma impugnada. A decisão do Supremo Tribunal Federal proferida anteriormente em outro caso, envolvendo outras partes, não lhe aproveitará, uma vez que mesmo tendo sido proferida pelo Supremo, a decisão irradiará seus efeitos apenas em direção às partes do processo no caso concreto por ele apreciado.

Cabe ressaltar, também, que a decisão acerca da inconstitucionalidade das leis e atos normativos, no controle difuso, operam efeitos *ex tunc,* isto é, retroativos à própria origem do ato eivado de inconstitucionalidade, porque segundo a teoria da nulidade dos atos inconstitucionais, as normas que ofendem a Constituição são inválidas desde o seu nascedouro.

Portanto, do ponto de vista temporal, as declarações de inconstitucionalidade no controle difuso limitam-se a reconhecer um vício preexistente e, desse modo, o reconhecimento da nulidade da norma equivale à afirmação de que ela não é capaz de produzir efeitos válidos desde o seu surgimento[45].

Essa conclusão é uma consequência lógica do princípio da supremacia da Constituição, diante do qual uma norma inconstitucional não deve produzir efeitos válidos nem gerar direitos ou obrigações que possam ser exigidos de modo legítimo.

Apesar da clareza da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais, a doutrina pontua que o Supremo Tribunal Federal tem precedentes, alguns relativamente antigos, nos quais, em controle incidental, deixou de dar efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade, como consequência da ponderação com outros valores e bens jurídicos que seriam afetados. Nos últimos anos, multiplicaram-se estes casos de modulação dos efeitos temporais, por vezes com a invocação analógica do art. 27 da Lei nº 9.868/99 e outras vezes sem referência a ele. Aliás, a rigor técnico, a possibilidade de ponderar valores e bens jurídicos constitucionais não depende de previsão legal[46].

---

45 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 125.

46 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.

Desse modo, mesmo no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, o próprio Supremo Tribunal Federal tem admitido que os efeitos da decisão possam ser manipulados, de modo a que uma lei ou ato normativo declarado inconstitucional continue regendo situações jurídicas que a eles estejam sujeitas.

No ano de 1999, duas leis foram editadas com o propósito de disciplinar o processo e julgamento das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, além da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Trata-se das Leis nº 9.868 e 9.882/99, em cujos artigos 27 e 11, respectivamente, estabeleceram que:

> Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Em que pese voltadas ao regramento do processo e julgamento de ações diretas, próprias do controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos, essas leis serviram de suporte para a defesa da tese, sustentada por considerável parcela da doutrina, de que a decisão no controle difuso pode igualmente sofrer modulação temporal[47].

No entanto, ainda persiste a regra clássica segundo a qual a decisão declaratória de inconstitucionalidade, no controle difuso-incidental, opera efeitos *ex tunc,* retroagindo à origem mesma do ato impugnado, e *inter partes,* alcançando apenas as partes da ação principal, mesmo quando emanada do Supremo Tribunal Federal.

Nessa hipótese específica, a concepção clássica vem sofrendo duras críticas da doutrina, que não mais tem admitido a ideia de que uma decisão da Corte Suprema, principal guardiã da Constituição, declarando a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, não opere efeitos *erga omnes* e vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da

[47] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1043.

Administração Pública.

Diversas mudanças legislativas, precedidas de inúmeros pronunciamentos judiciais, em alguns casos, e consequência da atuação do legislador, em outros, apontam para a necessidade de uma reformulação das bases do modelo difuso de controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

4.2.2 ABSTRATIVIZAÇÃO OU OBJETIVAÇÃO DOS EFEITOS

A implementação de variados mecanismos tendentes a atribuir às decisões do Supremo Tribunal Federal, fora do controle abstrato, eficácia geral e efeito vinculante é uma realidade candente no Brasil.

A introdução no sistema jurídico brasileiro de instrumentos a isso destinados, seja pelo legislador infraconstitucional[48], responsável por alterações no Código de Processo Civil[49], seja pelo poder constituinte derivado, responsável pela criação de institutos como a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário[50] e a Súmula Vinculante[51], seja pelo Poder Judiciário, a quem coube a mudança da orientação jurisprudencial[52], revela com clareza que não se quer mais aceitar que as decisões da Corte Suprema declarando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, independentemente da via pela qual se provocou a sua jurisdição, produza efeitos apenas *inter partes.*

A busca em se conferir caráter abstrato às decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em controle difuso de constitucionalidade, tendência que a doutrina vem denominando de *abstrativização do controle concreto de constitucionalidade,* é tema que faz por merecer uma reflexão mais acurada e aprofundada por parte dos que se dedicam ao estudo dos fenômenos constitucionais.

Diversos são os doutrinadores que sustentam a *abstrativização* ou a *transcendência dos motivos determinantes da decisão do Supremo em sede de controle de constitucionalidade.* Teori Albino Zavascki advoga a tese de que, mesmo no âmbito do controle difuso, as decisões da Suprema Corte acerca

---

48 Lei nº 8.038/90; Lei nº 9.868/99 e Lei º 9.882/99.

49 Parágrafo único do Art. 481 e § 1º-A do Art. 557, ambos acrescentados pela Lei nº 9.756/98.

50 Art. 102, § 3º da CF/88, introduzido pela EC nº 45/2004.

51 Art. 103-A da CF/88, introduzido pela EC nº 45/2004.

52 STF - HC nº 82.959/SP; RE nº 197.917/SP; MJ nº 670/ES e 712/PA .

da constitucionalidade das leis tem caráter vinculante.[53]

No mesmo sentido são as lições de Luís Roberto Barroso, para quem "Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos"[54].

Dirley da Cunha Júnior, no texto intitulado "O Princípio do 'Stare Decisis' e a Decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade", conclui seu estudo afirmando:

> Temos esperanças que o Supremo Tribunal Federal amadureça o assunto e aceite o seu novo e verdadeiro papel de Corte Constitucional, cujas decisões adotadas no controle de constitucionalidade, independentemente de em processo abstrato ou concreto, passem a projetar os seus efeitos em face de todos[55].

A operacionalização dessa posição, contudo, encontra um primeiro obstáculo na regra inserida no art. 52, X da Constituição Federal, pela qual compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Para muitos, sem a intervenção do Senado Federal, a decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo no controle difuso fica restrita às partes da ação principal.

A discussão em torno dessa questão ganhou ainda maior visibilidade por ocasião do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Reclamação nº 4.335/AC, cujo relator é o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, segundo o qual o art. 52, X da Constituição Federal sofreu mutação constitucional e a declaração de inconstitucionalidade em um dado caso concreto teria, sem a participação do Senado Federal, vigor suficiente para produzir efeitos contra todos, não vinculando apenas as partes do processo no curso do qual

---

53 ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001 p. 135-136.

54 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 131.

55 NOVELINO, Marcelo. *Leituras complementares de direito constitucional. Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 285.

se reconheceu a inconstitucionalidade.

O Ministro Gilmar Mendes[56], em obra escrita em parceria com os doutrinadores Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, reitera esse entendimento afirmando que:

> Se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a interpretação do texto constitucional por ele fixada deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo outorgado à sua decisão.

O argumento de que a decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, deve produzir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante porque, em controle concentrado, essa mesma Corte pode suspender, liminarmente, a eficácia de qualquer lei e até mesmo de Emenda Constitucional, parece-nos intransponível.

Não há justificativa plausível para se retirar a eficácia *erga omnes* de uma decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, declaratória da inconstitucionalidade de uma lei "X", e conferir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à decisão liminar da mesma Corte, em relação à mesma lei "X", pelo só fato de aquela primeira decisão se dar em sede de controle difuso e a segunda no âmbito do controle concentrado.

O órgão responsável pelo pronunciamento acerca da inconstitucionalidade é o mesmo, e a lei ou ato normativo impugnado também pode ser o mesmo, diversificando-se os efeitos da decisão apenas em decorrência da via processual que adotou o interessado na busca da manifestação do Supremo Tribunal Federal.

A incongruência do sistema adotado no Brasil, que não permite a compatibilização do modelo norte-americano de controle difuso com a inexistência do princípio do *stare decisis,* mostra-se evidente e insustentável.

Percebendo essa inconsistência, tratou o legislador infraconstitucional, o poder constituinte derivado e os órgãos jurisdicionais, de dar início à implementação de mecanismos que arremessassem os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal para fora dos limites subjetivos da lide que deu causa ao pronunciamento da Corte sobre a inconstitucionalidade de

---

56 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1021.

determinada lei ou ato normativo do poder público.

E isso é o que veremos a partir de agora, não sem antes ressaltar que já na Constituição de 1988, o constituinte originário deu inequívoca ênfase ao controle concentrado de constitucionalidade. Embora mantendo a combinação dos modelos difuso e concentrado, a Carta de Outubro reforçou o modelo concentrado ao 1) instituir a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, 2) ampliar a relação de legitimados para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade, antes restrita ao Procurador-Geral da República, 3) criar a argüição de descumprimento de preceito fundamental e 4) manter a ação direta de inconstitucionalidade interventiva. Além disso, passados cinco anos da promulgação da Constituição, veio a lume a Emenda Constitucional nº 03, de 18 de março de 1993, responsável pelo surgimento da ação declaratória de constitucionalidade, mais um instrumento a serviço do controle concentrado.

4.2.3 MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Já se afirmou anteriormente que a *abstrativização do controle concreto de constitucionalidade* é uma tendência irrefragável no país. Cada vez mais, busca-se atribuir às decisões do Supremo Tribunal Federal efeitos que perpassam a simples relação processual que lhe foi submetida à apreciação. A prova mais clara disso são as alterações introduzidas há mais de uma década no Código de Processo Civil pela Lei nº 9.756/98.

Essa lei modificou a redação do parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil, para isentar os órgãos fracionários dos tribunais de submeter ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão[57].

Como se sabe, somente pela maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público[58]. Essa é a chamada *cláusula de reserva de plenário* ou "[...] regra do *full bench, ful*

---

57 AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 70.

58 Art. 97 da CF: Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

court ou *en banc* (tribunal cheio), mencionada já em antigos votos do STF (RE 23.795/ES – *DJU* 19.08.1954 e RE 15.343/MG – *DJU* 31.12.1952, ambos relatados pelo Min. Nelson Hungria) [...] introduzida no Brasil pela Constituição de 1934"[59].

Contudo, havendo pronunciamento anterior do Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional discutida nos órgãos fracionários dos tribunais, em sede de controle difuso, frise-se, ficarão estes dispensados de submeter ao Pleno, ou ao respectivo órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade.

Essa permissão foi introduzida, no mencionado parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil, pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, o qual passou a ter a seguinte redação: "Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão".

Outra evidência da tendência de objetivação dos efeitos da decisão da Corte Suprema é a introdução do § 1º- A ao art. 557, também do Código de Processo Civil, pela mesma Lei nº 9.756/98, o qual passou a autorizar o relator a dar provimento a recurso manejado contra decisão que estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

Significa dizer que o relator, verificando que a decisão recorrida contraria, de forma manifesta, enunciado de súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, poderá julgar o mérito do recurso monocraticamente, dando-lhe provimento sem nem mesmo submeter o caso aos demais membros da Turma.

Tanto num quanto noutro caso fica evidente a opção do legislador em conferir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, naturalmente em controle difuso, porque em se tratando de controle concentrado tais efeitos defluem diretamente do texto constitucional.

Cabe ainda mencionar um outro exemplo de expansão (objetivização) dos efeitos da decisão da Corte Suprema, mesmo em sede de controle difuso de constitucionalidade, situação na qual o pronunciamento do Tribunal

---

59 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito constitucional*. Vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 301.

sobre a inconstitucionalidade de uma lei pode retirar até mesmo a eficácia de decisão judicial já transitada em julgado.

A hipótese refere-se à possibilidade de interposição de embargos à execução contra a Fazenda Pública embasada na inexigibilidade de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

A autorização para tanto foi inserida no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que conferiu a seguinte redação ao parágrafo único do art. 741:

> Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:
> [...]
> II – inexigibilidade do título;
> [...]
> Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativos tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

A declaração de inconstitucionalidade referida nesse dispositivo, evidentemente, se dá em sede de controle difuso. No entanto, seus efeitos perpassam os limites subjetivos da lide em cujo âmbito ocorreu o pronunciamento da Corte, permitindo-se a invocação da decisão pela Fazenda Pública, em qualquer de suas esferas, como fundamento para desconstituição de uma decisão judicial transitada em julgado que até então se apresentava como título executivo favorável ao credor da Fazenda Pública. Este, por certo, não terá como prosseguir com a execução, sofrendo, portanto, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal que foi proferida em incidente de inconstitucionalidade relativo a processo de que não fez parte.

4.2.4 REPERCUSSÃO GERAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E SÚMULA VINCULANTE

A Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, introduziu

no texto constitucional requisito adicional no processo de aferição da admissibilidade do recurso extraordinário. Trata-se da repercussão geral da questão constitucional discutida no recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal extraordinariamente.

Com a citada Emenda Constitucional foi acrescentado o § 3º ao art. 102 da Constituição com a seguinte redação:

> No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Esse dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil.

Observando a redação do § 5º do art. 543-A e dos §§ 2º e 4º do art. 543-B, percebe-se com clareza a deliberada autorização conferida ao Supremo Tribunal Federal para estender os efeitos de suas decisões, não importa em qual forma de pronunciamento, a casos e situações outras que não foram submetidos à sua apreciação.

Dispõe o art. 543-A, § 5º do Código de Processo Civil:

> Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.
> [...]
> § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A decisão do Supremo negando a repercussão geral, que somente pode ser tomada pela maioria de dois terços de seus membros, estende-se a todos os processos que versem sobre matéria idêntica, os quais serão indeferidos liminarmente. É outra hipótese na qual a decisão do Supremo Tribunal

Federal, proferida num dado caso concreto, opera efeitos *erga omnes.*

O art. 543-B, §§ 2º e 4º, do mesmo diploma processual, contém regra nesse mesmo sentido, ao estabelecer o seguinte:

> Art. 543-B. Quanto houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.
> [...]
> § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.
> [...]
> § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

Nessa hipótese, a decisão da Corte Suprema, negando a existência de repercussão geral, acarretará a imediata e automática inadmissão dos recursos sobrestados à espera da manifestação do Supremo Tribunal acerca da repercussão geral.

Caso algum tribunal contrarie a orientação firmada pela Corte Maior, ou seja, entenda como não vinculante o pronunciamento do Supremo sobre a questão constitucional, poderá esse tribunal cassar ou reformar liminarmente o acórdão contrário à sua decisão.

No tocante à repercussão geral, portanto, "[...] Tem-se mudança radical do modelo de controle incidental, uma vez de (*sic*) que os recursos extraordinários terão de passar pelo crivo da admissibilidade referente à repercussão geral. A adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário"[60].

Trata-se, em verdade, de mais uma hipótese em que a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no âmbito de um caso concreto, alcança pessoas que não integraram qualquer dos pólos da ação onde houve

---

60 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1025.

o pronunciamento da Corte, bem como vincula os demais órgãos do Poder Judiciário cujas decisões, se contrárias à orientação firmada, poderão ser liminarmente cassadas ou reformadas.

A outra inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 foi a denominada súmula vinculante. Por esse instituto, o Supremo Tribunal Federal pode determinar à Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário, de modo compulsório, a observância à jurisprudência do Tribunal em matéria constitucional, operando o seu pronunciamento efeito *erga omnes* e eficácia vinculante.

A sede constitucional da súmula vinculante é o art. 103-A da Constituição, cuja redação é a seguinte:

> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
>
> § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.
>
> § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.
>
> § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a

aplicação da súmula, conforme o caso.

Coube à Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2004, a regulamentação desse dispositivo constitucional, e essa norma o fez estabelecendo questões de ordem processual e fixando a previsão de responsabilização pessoal nas esferas civil, administrativa e penal da autoridade administrativa, e do órgão competente da Administração, que se recusarem a dar cumprimento à súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal

Parece induvidoso que essa inovação constitucional é mais uma evidência da tendência de se atribuir às decisões do Supremo, até mesmo em sede de controle difuso de constitucionalidade, os mesmos efeitos anteriormente verificados apenas em relação aos pronunciamentos da Corte em controle concentrado, abstrato ou principal de constitucionalidade.

4.2.5 MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência nacional também não ficou de fora desse movimento voltado à abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, em se tratando de decisão do Supremo Tribunal Federal.

Cada vez mais a Corte Suprema vem atribuindo a seus julgados, fora do controle abstrato de leis e atos normativos, efeitos generalizados e vinculante, a exemplo do que ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, do Habeas Corpus nº 82.959/SP e dos Mandados de Injunção nº 670/ES e 712/PA.

O Supremo Tribunal Federal tem firmado entendimento de que a eficácia vinculante de suas deliberações, no controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos, não se restringe à parte dispositiva da decisão, mas abrange também os fundamentos determinantes do julgado, dando origem ao fenômeno da transcendência da *ratio decidendi,* ou dos motivos determinantes, dos julgamentos da Corte Suprema.

Por essa compreensão, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão no controle concentrado vincularia os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração, que também ficariam vinculados aos fundamentos da decisão do Supremo Tribunal Federal[61].

---

61 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1035.

Essa expansão de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade vem igualmente sendo utilizada pela Corte no sistema de controle difuso, como se constata no julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, interposto pelo Ministério Público do Estado de São (publicado no DJU de 27 de abril de 2004), onde se definiu critério de proporcionalidade na fixação do número de vereadores por município no Brasil.

Dada a representatividade desse julgamento para a atual percepção do modelo difuso de controle de constitucionalidade, quando realizado pelo Supremo Tribunal Federal, transcrevo a ementa do acórdão:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.
> 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c.
> 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade.
> 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia.

> 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente.
> 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37).
> 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º).
> 7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes.
> 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.
> Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.

Naquela oportunidade, entendeu o Ministro Gilmar Ferreira Mendes que a declaração de inconstitucionalidade realizada naquele Recurso Extraordinário prescindiria da atuação do Senado Federal para produzir efeito *erga omnes*. Arrimado nessa decisão, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 21.702, de 02 de abril de 2004, estabelecendo

instruções sobre o número de Vereadores a eleger segundo a população de cada município do país.

Contra esse ato do Tribunal Superior Eleitoral foram ajuizadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3345/DF, proposta pelo Partido Progressista – PP, e 3365/DF, intentada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, ambas julgadas improcedentes pelo Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que a Resolução 21.702/2004 foi editada com o propósito de dar efetividade e concreção ao julgamento do Pleno no RE 197917/SP (DJU de 27.4.2004), já que nele o Supremo dera interpretação definitiva à cláusula de proporcionalidade inscrita no inciso IV do art. 29 da CF, conferindo efeito transcendente aos fundamentos determinantes que deram suporte ao mencionado julgamento[62].

Ainda no julgamento dessas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal afastou alegações de infringência a postulados constitucionais, afirmando que o Tribunal Superior Eleitoral, dando expansão à interpretação constitucional definitiva assentada pelo Supremo - na sua condição de guardião maior da supremacia e da intangibilidade da Constituição Federal - em relação à citada cláusula de proporcionalidade, submeteu-se, na elaboração do ato impugnado, ao princípio da força normativa da Constituição, objetivando afastar as divergências interpretativas em torno dessa cláusula, de modo a conferir uniformidade de critérios de definição do número de Vereadores, bem como assegurar normalidade às eleições municipais[63], deixando absolutamente claro que o ato editado pela Corte Eleitoral nada mais fez que apenas reverberar os efeitos da decisão do Supremo no controle difuso de constitucionalidade, à qual deveria mesmo estar vinculado.

No julgamento do Habeas Corpus nº 82.959/SP (DJU de 1º de setembro de 2006), impetrado contra atos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido de *habeas corpus* e declarou, *incidenter tantum,* a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que impedia a progressão de regime ao estabelecer que as penas impostas em decorrência da prática de crime hediondo deveriam ser cumpridas em regime integralmente fechado.

---

62 Informativo nº 398 do Supremo Tribunal Federal.

63 *Idem.*

Muito embora tenha sido proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal examina a possibilidade de extensão dos efeitos dessa decisão aos demais casos envolvendo a aplicabilidade do dispositivo declarado inconstitucional. Essa análise vem sendo feita na Reclamação nº 4.335, proposta contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos.

O principal fundamento da referida Reclamação, já julgada procedente pelo Ministro Relator Gilmar Mendes para cassar as decisões impugnadas, no que foi acompanhado pelo Ministro Eros Grau, é claramente a ofensa à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.959/SP. Em seu voto, o Ministro Relator, afastando a alegação de inexistência de decisão do STF cuja autoridade deva ser preservada, discorreu acerca de diversas questões que apontam para abstrativização dos efeitos das decisões da Corte em controle difuso de constitucionalidade, conforme a síntese seguinte:

> [...] No ponto, afirmou, inicialmente, que a jurisprudência do STF evoluiu relativamente à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas, tendo concluído pelo cabimento da reclamação para todos os que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às suas teses, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado. Em seguida, entendeu ser necessário, para análise do tema, verificar se o instrumento da reclamação fora usado de acordo com sua destinação constitucional: garantir a autoridade das decisões do STF; e, depois, superada essa questão, examinar o argumento do juízo reclamado no sentido de que a eficácia *erga omnes* da decisão no HC 82959/SP dependeria da expedição da resolução do Senado suspendendo a execução da lei (CF, art. 52, X). Para apreciar a dimensão constitucional do tema, discorreu sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade. Aduziu que, de acordo com a doutrina tradicional,

a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político que empresta eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. Ressaltou, ademais, que ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Salientou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. Após, pediu vista o Min. Eros Grau[64].

64 Informativo nº 454 do Supremo Tribunal Federal.

Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal dá ensanchas à tese de afirmação do caráter abstrato de suas decisões, mesmo em controle concreto de constitucionalidade, aproximando de modo indiscutível os efeitos das decisões da Corte nos controles difusos e concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos.

A mesma tendência se verifica nos julgamentos dos Mandados de Injunção nº 670/ES, impetrado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo – SINDIPOL contra o Congresso Nacional, e 712/PA, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP, também contra o Congresso Nacional.

Em ambos os pronunciamentos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora do Congresso Nacional e declarou a inconstitucionalidade da omissão legislativa, conferindo aos servidores público civis o exercício do direito de greve, até então sobrestado em decorrência da omissão do Poder Legislativo na regulamentação do inciso VII do art. 37 da Constituição Federal, desde que atendidas as regras estabelecidas na Lei nº 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.

O reconhecimento da omissão legislativa se deu no âmbito de duas ações propostas por sindicatos representativos de dois seguimentos do funcionalismo público, o Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo e o Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará. Contudo, os efeitos dessas decisões não ficaram restritos aos servidores filiados aos respectivos sindicatos impetrantes, mas abrangerá todos os servidores públicos civis que, a partir de então, poderão decidir sobre a oportunidade do exercício do direito de greve e sobre os interesses que devam por meio dele defender, observado o princípio da continuidade do serviço público e os limites estabelecidos na Lei nº 7.783/89.

Ainda na seara jurisprudencial e doutrinária, já se discute atualmente a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória após decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da lei utilizada na decisão rescindenda.

Eduardo Appio[65] é um dos doutrinadores que defende essa tese, sob o seguinte argumento:

> [...] As decisões judiciais que conflitarem com a

[65] APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 84/86.

melhor interpretação constitucional, mesmo as transitadas em julgado, devem ser revisadas, no prazo da ação rescisória ou em vias de embargos à execução (CPC, art. 741, parágrafo único), já que contrariavam (desde a data em que proferidas) com a Constituição vigente (interpretada pelo Supremo).

Nesse ponto, inclusive, merece destaque uma concepção bastante comum no Direito Constitucional norte-americano, qual seja o fato de que deve existir uma clara distinção entre os casos em que a Suprema Corte interpreta a lei (federal/estadual) em conflito com a Constituição, dos casos em que a Suprema Corte interpreta a própria Constituição norte-americana.

Muito embora o argumento pareça, em rápida análise, o resultado de um mero "jogo de palavras", em realidade expressa uma complexa tese de teoria política, fundada na separação entre os poderes. Ocorre que a atribuição da Suprema Corte, para interpretar um dispositivo constitucional, decorre da própria Constituição, refletindo uma competência originária e exclusiva conferida pelos pais da Carta – art. III – (*The Framers of the Constitution*). A aleração destes julgamento somente é possível através de uma emenda à Constituição, aprovada pelo Congresso norte-americano e referendada por uma maioria qualificada de Estados-membros.

A "reforma" da coisa julgada, em matéria constitucional interpretada pela Suprema Corte, é imensamente difícil. Bem por isto, a Suprema Corte sempre se apresentou como uma via rápida – mas, segundo alguns, antidemocrática – para emendar a Constituição. Costuma-se dizer, com propriedade, que a interpretação que a Suprema Corte faz dos dispositivos da Constituição dos Estados Unidos (*on constitutional ground*) equivale, na prática, a uma emenda à Constituição.

Já no caso da interpretação da lei federal – em contrate com a Constituição – o que se encontra em jogo é a integridade e supremacia da Carta Constitucional. Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal

> ou estadual, a Suprema Corte tem em mira garantir a unidade nacional, protegendo as minorias. Um forte Poder Judiciário federal (na forma de uma Suprema Corte) se mostra, ao longo da história, como uma condição indispensável para a sobrevivência da federação norte-americana, especialmente como resultado da guerra civil que dividiu, cultural e antropologicamente, alguns Estados, decidida a inconstitucionalidade da lei federal ou estadual, a casa política respectiva pode corrigir o defeito legal, editando uma nova lei sobre o tema. A atribuição política é, em última análise, da Casa Legislativa, e a atuação da Suprema Corte pode ser revisitada através de lei federal.
>
> Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, com efeitos prospectivos, o Supremo Tribunal não priva o Congresso Nacional de corrigir o defeito, ou mesmo de insistir pela perpetuação do erro legislativo através da segunda lei. No caso de interpretação de dispositivo da própria Constituição, a Casa legislativa fica impedida de legislar acera do tema, já que o julgado constitucional somente poderá ser reaberto através de uma emenda à Constituição. A concessão de efeitos retroativos, para estes casos de interpretação da própria Carta, surge como uma importante ferramenta para assegurar a integridade da Constituição.
>
> A interpretação constitucional do Supremo vincula todas as demais instâncias, de maneira que não se pode falar, neste caso, em soberania da coisa julgada, quando a própria extensão da coisa julgada (interpretação) depende do Supremo Tribunal. As decisão do Supremo podem, nestes casos, atingir os casos já transitados em julgado, vez que a coisa julgada está prevista em um dos incisos do art. 5º da Carta de 1988 e depende, por conseguinte, de interpretação constitucional (do Supremo).

Para esse doutrinador, a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade pode alcançar até mesmo

sentenças proferidas em outros processos, já transitadas em julgado, ao abrir azo à propositura de ação rescisória e à oposição de embargos à execução contra a Fazenda Pública.

Todas essas incursões legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias no campo do controle de constitucionalidade, demonstram a força do movimento instaurado no direito constitucional brasileiro destinado a outorgar efeito *erga omnes* e eficácia vinculante, relativamente à Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário, às decisões do Supremo Tribunal Federal quando proferidas em controle difuso de constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

4.3 PAPEL DO SENADO FEDERAL

4.3.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição de 1934 foi o texto constitucional que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a subordinação da eficácia geral das decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle difuso de constitucionalidade, à decisão do Senado Federal, regra que foi reproduzida pelas subsequentes Constituições de 1946, 1967(EC 69) e 1988.

Na Constituição vigente, o instituto está previsto no art. 52, X[66], e pretendeu o constituinte originário, por meio dele, conferir eficácia contra todos às decisões da Suprema Corte que, em regra geral, somente produziriam efeitos entre as partes do processo submetido à apreciação do Tribunal, haja vista que o Brasil não adotou a regra norte-americana de vinculação aos precedentes – *stare decisis.*

Por longo período, portanto, as decisões do Supremo Tribunal Federal, quando provenientes de controle concreto de constitucionalidade, somente ganhavam foros de generalidade quando o Senado Federal decretasse a suspensão da execução do ato declarado inconstitucional.

Nos últimos anos, contudo, ergueram-se diversas vozes no sentido de afirmar que a doutrina e a jurisprudência tradicionais, inclusive do próprio

---

66 Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
[...]
X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;
[...]

Supremo Tribunal, estariam conferindo caráter substantivo à manifestação do Senado Federal que talvez não devesse ter, alertando que a sujeição da decisão definitiva da Corte à Alta Casa do Congresso, como forma de se lhe outorgar efeitos genéricos, infirmava a teoria da nulidade dos atos inconstitucionais, igualmente abraçada pela doutrina e jurisprudência nacionais.

O Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP, e membro da Magistratura Federal Dirley da Cunha Júnior[67], já citado neste estudo, assim escreveu sobre o tema:

> Essa competência do Senado, todavia, se foi necessária nos idos de 1934, e talvez até a década de 80, não revela hoje utilidade, em face do novel sistema jurídico desenhado pela vigente Constituição da República. De feito, num sistema em que se adota um controle concentrado-principal, e as decisões de inconstitucionalidade operam *efeitos erga omnes* e *vinculantes,* a participação do Senado para conferir eficácia geral às decisões do Supremo Tribunal Federal, prolatadas em sede de controle incidental, é providência anacrônica e contraditória. [...] Portanto, e concluindo o exame da jurisdição constitucional no controle difuso-incidental à luz do direito constitucional positivo brasileiro, somos de opinião de que se deva eliminar do sistema a intervenção do Senado nas questões constitucionais discutidas incidentalmente, para transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte com competência para decidir, ainda que nos casos concretos, com eficácia geral e vinculante, à semelhança do *stare decisis* da *Supreme Court* dos Estados Unidos da América.

Doutrinadores outras também se debruçaram sobre a matéria, acabando por ampliar a discussão e demonstrar um evolutivo amadurecimento do pensamento jurídico nacional acerca do atual papel do Senado Federal no contexto de se conferir eficácia geral às decisões definitivas do Supremo

[67] JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 314

Tribunal proferidas em controle incidental.

Ainda sob a vigência da Constituição Federal de 1967, Carlos Alberto Lúcio Bittencourt[68] já sustentava que a participação do Senado Federal destinava-se unicamente a conferir publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, porque ela própria, só por existir, já se revestia de eficácia geral:

> Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares que, de fato, independem de qualquer dos poderes. O objetivo do art. 45, IV da Constituição é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos.

No mesmo sentido do texto são as lições do Ministro Gilmar Ferreira Mendes[69], para quem:

> "A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concreto dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a cresça na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender,

68 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 145.

69 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

> liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?
> A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica.

De fato, diante do surgimento da ação direta de inconstitucionalidade (EC nº 16/65) e da significativa ampliação dos legitimados à sua propositura pela Constituição de 1988, além da criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, da ação direta interventiva e da ação declaratória de constitucionalidade, inserida no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 03/93, não mais subsiste razão para manutenção da regra de sujeição das decisões do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, à deliberação do Senado Federal.

Nesse particular, afirma Luís Roberto Barroso[70] que:

> [...] essa competência atribuída ao Senado Federal tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável e lógica, com a vênia devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!.

Não tem sido fácil, diante da evolução do pensamento jurídico nacional

---

70 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

e das modificações implementadas no texto da Constituição Federal e no arcabouço legislativo infraconstitucional, sustentar alguma utilidade para a regra do art. 52, X da Carta de Outubro. Parece-nos que tal previsão está mesmo sendo varrida para os escombros da história, sem mais lugar nos quadrantes do direito constitucional moderno.

4.3.2 HIPÓTESES DE INADEQUAÇÃO DA INTERVENÇÃO DO SENADO FEDERAL

Se o Supremo Tribunal Federal é o responsável maior pela guarda da Constituição, supõe-se que a interpretação do texto constitucional por ele fixada deva efetivamente operar efeitos que vincula a todos, e não apenas às partes do processo no qual se instaurou o incidente de inconstitucionalidade, independentemente da atuação de qualquer outro órgão ou poder da República.

A atuação do Senado Federal, nos moldes do já citado artigo 52, inciso X da Constituição Federal vigente, causa ainda maior inquietação quando nos deparamos com decisões da Suprema Corte, em controle difuso, nas quais o Tribunal não declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mas tão somente fixa a interpretação constitucionalmente adequada ou a interpretação conforme à Constituição sem redução de texto, conferindo à norma interpretação compatível com a Constituição ou excluindo interpretação que, se adotada, acarretará a sua inconstitucionalidade[71].

Como se daria a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado Federal nessas hipóteses? Ou seria o caso de se atribuir eficácia contra todos à decisão do Supremo Tribunal Federal em tais hipóteses, mesmo se proferida em controle incidental?

Ainda há resistência de parte da doutrina em admitir que as decisões da Corte Suprema, em matéria de controle de constitucionalidade, possam ter eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em qualquer dos modelos de controle.

Essa resistência, contudo, dá-se apenas em relação àquelas hipóteses nas quais o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de uma lei no controle difuso de constitucionalidade, diante da literalidade do art. 52, X da Constituição Federal. No que diz respeito aos casos onde a Corte

---

71 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1030.

Suprema somente fixa a interpretação constitucionalmente adequada ou a interpretação conforme à Constituição sem redução de texto, conferindo à norma interpretação compatível com a Constituição ou excluindo interpretação que, se adotada, acarretará a sua inconstitucionalidade, não há divergência quanto à inutilidade, ou mesmo inadequação, da intervenção do Senado Federal.

Nesses casos, a amplificação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal visivelmente independem da atuação do Senado Federal, o que seria suficiente para justificar a dispensabilidade dessa atuação também nas ocasiões em que a Corte declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no controle difuso.

A doutrina também se debruçou sobre essas particularidade do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda segundo o Ministro Gilmar Mendes[72], tantas vezes citados neste trabalho em função do seu protagonismo no assunto, o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões da Corte Suprema que não declaram a inconstitucionalidade de lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Diz ele, ainda:

> [...] Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias. Situação semelhante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de dada expressão literal ou colmatando lacuna contida no regramento ordinário. O Supremo Tribunal não afirmaria propriamente a ilegitimidade da lei,

[72] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007

> limitando-se a ressaltar que certa interpretação seja compatível com a Constituição ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta – redução teleológica). Todos esses casos de decisão com base em interpretação conforme à Constituição, há de si amplos, por natureza, não podem ter a sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

Além dessas situações, podem ser citados também os casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, nos quais a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal não se faz possível porque a decisão do Supremo Tribunal Federal se restringe à definição do significado normativo do ato impugnado tida como aceitável em face da Constituição.

A manifestação definitiva da Corte, em todos esses casos, sobre a compatibilidade da interpretação ou do significado normativo conferido à lei ou ato normativo, não está sujeita a qualquer deliberação do Senado Federal. Isso, aliado ao avanço do pensamento jurídico em torno da objetivização dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, ainda que em controle concentrado de constitucionalidade, sinalizam para o esvaziamento do instituto da suspensão da execução da lei ou ato do poder público pela Alta Casa do Congresso Nacional, como condição substantiva de expansão e vinculação do pronunciamento do Tribunal.

4.3.3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CRFB/88

Num país que adota um sistema de controle de constitucionalidade concentrado, no qual as decisões da Corte Suprema são dotadas de efeitos *erga omnes* e vinculantes, a participação do Senado Federal com a finalidade de conferir eficácia geral às decisões do Supremo Tribunal Federal é providência indiscutivelmente contraditória.

Tinha aplicabilidade no Brasil, como ainda tem, a teoria norte-americana da nulidade dos atos inconstitucionais ou da ampla ineficácia da lei declarada inconstitucional. Nos Estados Unidos, diferentemente do que ocorria em nosso país, a não-aplicação da lei declarada inconstitucional é uma

manifestação do princípio do *stare decisis,* ou da vinculação aos precedentes da *Supreme Court.*

A única forma de conciliar a teoria de nulidade dos atos inconstitucionais com a inexistência do princípio do *stare decisis* era criar a regra da suspensão de execução pelo Senado Federal, mecanismo que permitiria outorgar às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal os efeitos gerais e vinculantes que a decisão da Suprema Corte nos Estados Unidos tinha por força do próprio *stare decisis.*

Ocorre, porém, que a criação da ação genérica de inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 16/65 e os contornos dados à ação direta de inconstitucionalidade pela Constituição Federal de 1988, conduziram o instituto da suspensão pelo Senado, criado pela Constituição de 1934, ao absoluto anacronismo, à total obsolescência.

Antes do surgimento da ação direta de inconstitucionalidade, até havia um motivo para a existência desse instituto. Com a criação desta, o instituto da suspensão de execução pelo Senado Federal perdeu quase que por completo a sua razão de existir. Após as reformas constitucionais, os novos arranjos da legislação infraconstitucional e as recentes reformulações da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a regra que sujeita a suspensão da execução à deliberação da Alta Casa do parlamento foi atirada para o escaninho da história das constituições.

Nada, absolutamente nada mais justifica a esdrúxula fórmula de submissão ao Senado Federal das decisões da Corte Guardiã da Constituição, o órgão por excelência incumbido de alijar do sistema jurídico as leis e atos normativos em descompasso com a Constituição, como condição para que produzam efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante.

A compreensão que se deve ter hoje do art. 52, X da Constituição Federal é completamente diversa da que se deveria ter quando o instituto foi criado pela Constituição Federal de 1934. Naquele momento, as circunstâncias eram outras e o sistema de controle de constitucionalidade estava estruturado de forma bem distinta do atual, de modo que o instituto da suspensão se apresentava naquela realidade como instrumento necessário ao próprio sistema[73].

Hoje, porém, a realidade do sistema de controle de constitucionalidade

[73] CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de direito constitucional – Controle de constitucionalidade*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 302.

no Brasil não mais comporta a regra do art. 52, X da Carta de Outubro, que findou se dissociando inteiramente da ideia que em sua origem justificava a sua existência.

Como a mutação constitucional consiste no processo informal de alteração de significado, sentido ou alcance de uma norma da Constituição, sem modificação literal de seu texto, não se revela adequado, sob esse prisma, falar-se em mutação do art. 52, X da Constituição. Mas se entendermos que a mutação constitucional pode também ser um fenômeno voltada à revelação do esvaziamento real de um conteúdo do texto constitucional, pode-se afirmar que o mencionado dispositivo da Constituição de 1988 sobre de fato mutação constitucional.

5. CONCLUSÃO

Em todas as hipóteses aqui estudadas, seja no campo das modificações realizadas no texto da Constituição pelo poder constituinte derivado, seja na seara da legislação infraconstitucional, seja no âmbito da jurisprudência constitucional, seja, por fim, no tocante àquelas manifestações pelas quais a Corte Suprema apenas fixa a interpretação constitucionalmente adequada ou a interpretação conforme à Constituição, conferindo à norma impugnada interpretação compatível com a Constituição ou excluindo interpretação que, se adotada, acarretará a sua inconstitucionalidade, a expansão dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que no controle difuso de constitucionalidade, prescinde da atuação do Senado Federal e alcança eficácia geral e vinculante apesar da ausência de deliberação da Alta Casa do Congresso.

Isso tudo tem funcionado como uma marca, um registro, um traço definidor da evolução do sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público no Brasil, que caminha a passos firmes na direção da equiparação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas no controle difuso e no controle concentrado.

Essa nova concepção ainda contribui para a correção de uma inconsistência insuperável do sistema constitucional brasileiro, onde se adotou a teoria norte-americana da nulidade dos atos inconstitucionais sem, contudo, admitir paralelamente o princípio do *stare decisis* ou da vinculação aos precedentes da Corte, situação que tem redundado na estranha realidade de uma lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo

Tribunal Federal manter-se vivo no ordenamento jurídico e produzindo normalmente efeitos como se em compasso com a Constituição estivesse.

Ainda como consequência dessa nova compreensão, teríamos o fortalecimento do papel do Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do Poder Judiciário, a quem o poder constituinte originário reservou a nobre e grave missão de Guardião da Constituição.

Com esse renovado horizonte, e reconhecida a posição do Supremo Tribunal Federal como verdadeira Corte Constitucional, quem sabe o sistema jurídico brasileiro definitivamente compreenda a supremacia formal e material das normas constitucionais e a força normativa da Constituição, que deve ter preservada sempre sua integridade, aplicabilidade e eficácia como resultado prático da autoridade de suas normas.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade.* Salvador: Juspodivm, 2008.

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. *Controle de constitucionalidade.* 8ª ed. São Paulo: Método, 2009.

ANGHER, Anne Joyce (organização). *Vade mecum acadêmico de direito.* 8ª ed. São Paulo: Rideel, 2009.

APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade.* Curitiba: Juruá, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo.* 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 145.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada.* 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de direito constitucional – Controle de constitucionalidade*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

HOLTHE, Leo Van. *Direito constitucional***.** 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle de constitucionalidade.* 3ª ed. Salvador:

Juspodivm, 2008.
_____. *Curso de direito constitucional.* 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11ª ed. São Paulo: Método, 2006.
MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito constitucional.* Vol. 5. São Paulo: RT, 2005.
MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007.
MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade.* 1ª ed. São Paulo: Método, 2008.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
MORAES, Guilherme Peña. *Curso de direito constitucional.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
NEVES, André Batista. *Introdução ao controle de constitucionalidade.* 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2007.
NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional.* 2ª ed. São Paulo: Método, 2008.
ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.* São Paulo: RT, 2001 p. 135-136.

A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA A PROMOÇÃO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: BREVE ANÁLISE DA ADIN Nº 4271-DF

André Luiz Vinhas da Cruz, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA), Procurador do Estado de Sergipe, advogado, Professor de Direito Empresarial da Graduação e da Pós-Graduação da Faculdade de Negócios e Administração de Sergipe (FANESE) e Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (UGF/RJ). E-mail: andrevinhas@oi.com.br

Márcio Leite de Rezende, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA), Procurador do Estado de Sergipe, advogado, Professor licenciado de Direito Processual Civil da Faculdade de Sergipe (FASE) e Especialista em Processo Civil pela Universidade Tiradentes (UNIT). E-mail: mlr@infonet.com.br

RESUMO: O presente trabalho visa fixar um breve quadro de análise comparativa entre as teses contrapostas entre a Polícia e o Ministério Público, no tocante à competência deferida pelo texto constitucional para os fins de investigação criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito constitucional; direito processual penal; competência; investigação criminal; teoria dos poderes implícitos.

ABSTRACT: This paper aims to set a brief framework for comparative analysis between opposing theses of police and prosecutors, with respect to the competence upheld by the Constitution for the purposes of criminal investigation.

KEYWORDS: Constitutional law; criminal procedure; jurisdiction; criminal investigation; theory of inherente powers.

SUMÁRIO: 1. Introito; 2. A tese da polícia. A exegese literal e histórica do texto constitucional; 3. A tese do Ministério Público. A teoria dos poderes

implícitos; 4. Das conclusões; Referências bibliográficas.

1) INTROITO

A questão posta à deslinde vem sendo reiteradamente enfrentada pelos Tribunais, sendo de grande valia o entendimento do tema a partir das duas principais teses contrapostas.

Tramita perante o e. STF a ADIN nº 4271-DF, relatada pelo Min. Ricardo Lewandowski, movida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) em face dos arts. 8º, V e IX e 9º, I e II, ambos da LCF nº 75/93 e art. 80 da Lei Federal nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do MP) e da Resolução nº 20/2007 – CNMP.

Ditam os dispositivos referenciados, *verbis*:

> **"LC nº 75/93. Art. 8º - Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:**
>
> **(...); V - realizar inspeções e diligências investigatórias;**
>
> **(...); IX - requisitar o auxílio de força policial.**
>
> **(...); Art. 9º - O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:**
>
> **I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;**
>
> **II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial; (...)"**

A Resolução nº 20/2007, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) regulamentou o encimado art. 9º da Lcf nº 75/93 e o art. 80 da Lei nº 8.625/93, regulando o controle externo da atividade policial pelo MP.

A ADEPOL sustenta a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos

legais, sob o fundamento de que estes permitiram ao Parquet a realização de correições nas Delegacias de Polícia, mediante diligências investigatórias, o que ofenderia os comandos dos arts. 61, § 1º, II, "c" e 84, II e VI da Carta Magna de 1988, porquanto representariam ingerência do Ministério Público na organização de órgão subordinado ao Chefe do Poder Executivo.

No que interessa relatar, ainda a questão não foi julgada, apesar de já terem sido encartadas aos autos diversas manifestações (AGU, PGR e alguns *amici curie,* tais como a CONAMP).

Rezam os arts. 129 e 144 da *Lex Legum, ipsis constitutionis*:

> **"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:**
>
> **I - *promover, privativamente, a ação penal pública*, na forma da lei;**
> **(...); III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;**
> **(...); VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;**
> **VII - *exercer o controle externo da atividade policial*, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;**
> **VIII - *requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial*, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; (...)"**
>
> **(...); Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:**
>
> **I - polícia federal;**
> **II - polícia rodoviária federal;**
> **III - polícia ferroviária federal;**

> **IV - polícias civis;**
> **V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.**
> **§ 1º A *polícia federal*, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:**
> **I - *apurar infrações penais* contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;**
> **(...); IV - *exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União*.**
> **(...); § 4º - às *polícias civis*, dirigidas por *delegados de polícia de carreira*, incumbem, ressalvada a competência da União, *as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais*, exceto as militares.**

2) A TESE DA POLÍCIA. A EXEGESE LITERAL E HISTÓRICA DO TEXTO CONSTITUCIONAL

A redação conferida aos arts. 129 e 144 da Carta Primaveril de 1988 não deixaria dúvidas de que o mesmo, ao tempo em que concedeu atribuição institucional ao MP para promover procedimentos investigatórios e inquisitórios na proteção de direitos difusos e coletivos – todos de natureza civil, - outorgou às Polícias Federal e Civil dos Estados a competência para as atividades de polícia judiciária.

Há distinção entre os conceitos de "polícia administrativa" e "polícia judiciária", cabendo à esta última a apuração – para fins de repressão – dos ilícitos penais.

Rechaça-se a tese, defendida pelo MP, segundo a qual a função investigatória criminal seria um "poder implícito"[1] outorgado pela Lei

[1] Tal teoria encontra seu fundamento na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, desde a decisão proferida em *McCulloch v Maryland* e consiste basicamente em que, se a Constituição define o objetivo e outorga a competência, ela deixa ao órgão competente a definição dos meios. Foram, na ocasião, também fixados parâmetros suficientemente claros: (a) deve existir uma relação racional entre as funções estabelecidas pela Constituição e os meios escolhidos para delas se desincumbir e (b) os meios escolhidos não podem ser expressamente proibidos pelo texto constitucional. Cf. LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. *A investigação direta e a persecução pelo Ministério Público Brasileiro,* orientador Nadia de Araujo – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2009, mimeo, p. 45.

Magna ao Parquet, já que a ele se atribuiu competência para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, bem como a de exercer o controle externo da atividade policial, abrindo-lhe espaço, implicitamente, para a realização direta de tais atividades.

Partindo-se da exegese literal e histórica dos dispositivos em dissecação, sob o escudo da literalidade como limite de trabalho hermenêutico, com o desiderato de fixar o real significado desta[2], pena de se descambar para a arbitrariedade do aplicador do direito, e se arvorando naquela velha máxima exegética de que as palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados[3], conclui-se que é desacertada a pretensão de se atribuir ao Ministério Público o poder implícito de realizar diretamente investigações criminais.

Segundo Luís Guilherme Vieira[4], o art. 144 da CF conferiu, de forma explícita, tal competência à Polícia, não sendo lícito se sustentar que *"quem pode o mais, pode o menos"*, já que ao MP é dada a competência de controle externo da atividade policial e legitimidade ativa para a promoção dos processos de natureza penal pública.

Parte da doutrina mais abalizada refuta a aplicação ao caso concreto da "teoria dos poderes implícitos", posto que a premissa do argumento (poderes investigatórios criminais do Ministério Público) é falsa, pois toma a atividade investigativa e a acusação judicial como atos da mesma natureza jurídica, para daí estender que poderão ser feitos pelo mesmo órgão.

Em cena a teoria norte-americana do *inherente powers,* pela qual, como nos ensina Alexandre de Moraes[5], no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo – e aqui se inseriria o Ministério Público – deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas.

Nos dizeres de Maurício Zanóide de Moraes, "os atos não têm a mesma natureza jurídica e não estão postos de forma hierárquica pela qual a investigação seria o menos e a ação penal seria o mais. Não se pode confundir anterioridade com prevalência ou com intensidade. A

---

[2] COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 67.

[3] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição:* fundamentos de uma dogmática transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 122.

[4] VIEIRA, Luís Guilherme. *O Ministério Público e a investigação criminal. In* Revista Brasileira de Ciências Criminais, jan-fev./2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 324.

[5] MOARES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 610.

investigação é anterior, não inferior à ação penal."[6]

Em tal sentido, argumenta José Afonso da Silva[7], *ipsis verbis:*

> **"Esse dispositivo [art. 129, VIII, da CF] configura os limites investigatórios dos membros do Ministério Público, que não podem fazer mais do que requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial. Requisitar a que órgãos? Àqueles que a Constituição deu competência para a apuração de infrações penais, que são a Polícia Federal e a Polícia Civil (art. 144, §§ 1º, I e IV, e 4º). As requisições têm que estar devidamente respaldadas por fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. Nisso se resume a função investigativa do Ministério Público. Apesar disso, o Ministério Público, por atos normativos internos, vem dando-se o poder de investigação criminal direta. Isso vai para além de sua competência, porque a função investigativa – ou seja, as funções de polícia judiciária e de apuração de infrações penais – foi atribuída à Polícia Civil (art. 144, §§ 1º e 4º)"**

Existem alguns arestos do e. STF que remam em tal direção, a saber:

> **"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL/DF. PORTARIA. PUBLICIDADE. ATOS DE INVESTIGAÇÃO. INQUIRIÇÃO. ILEGITIMIDADE. 1. PORTARIA. PUBLICIDADE A Portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público**

---

[6] MORAES, Maurício Zanóide. *Esgrimando com o Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo:* os inexistentes poderes investigatórios criminais do Ministério Público. *In* Revista do Advogado nº 78, Ano XXIV, set./2004, pp. 69-70.

[7] SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição.* 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 602-603.

do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ. Enfrentar a matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes. 2. INQUIRIÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido." (RHC 81326, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 06/05/2003, DJ 01-08-2003 PP-00142 EMENT VOL-02117-42 PP-08973)

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. INQUÉRITO PENAL. LEGITIMIDADE. O Ministério Público (1) não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos; (2) nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; (3) pode propor ação penal sem o inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes. Recurso não conhecido."(RE 233072, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 18/05/1999, DJ 03-05-2002 PP-00022 EMENT VOL-02067-02 PP-00238)

"CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISIÇÃO

> **DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. C.F., art. 129, VIII; art. 144, §§ 1º e 4º. I. - Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. II. - R.E. não conhecido."** (RE 205473, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 15/12/1998, DJ 19-03-1999 PP-00019 EMENT VOL-01943-02 PP-348)

Calha à fiveleta aduzir que, no âmbito do Congresso Nacional, já houve Proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 197/2003 – Deputado Antonio Carlos Biscaia), já arquivada em meados de 2007, que pretendia alterar a redação do art. 129, VIII da CF/88, incluindo entre as atribuições do Ministério Público a possibilidade de "promover investigações".

O Conselho Federal da OAB também já se posicionou quanto à questão, em sua constituição plenária, em sessão realizada em meados de agosto de 2004, à unanimidade, pela inconstitucionalidade da atribuição de poderes investigatórios ao Ministério Público, conforme notícia de Cezar Roberto Bittencourt[8].

3) A TESE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS

Apesar de reconhecer que o Plenário do e. STF ainda não tratou de forma definitiva acerca do tema vergastado, o Procurador-Geral da República, em seu parecer lavrado nos autos da ADIN 4.271-DF, argumenta que a atual composição da Corte e os mais recentes votos sobre a matéria afiançariam

[8] BITTENCOURT, Cezar Roberto. *A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público.* In Revista Brasileira de Ciências Criminais, mai-jun/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 239.

que a posição majoritária hodiernamente é pela constitucionalidade do poder de investigação do MP.

Exemplifica, tomando por base o aresto lançado nos autos do Inquérito nº 1.968-2/DF, *ipsis litteris*:

> **"Petição/STF nº 16.416/2007 DECISÃO COMPETÊNCIA - INQUÉRITO - EXTINÇÃO DE MANDATO - PRERROGATIVA DE FORO CESSADA - DECLINAÇÃO. 1. Eis as informações prestadas pelo Gabinete: O Procurador-Geral da República esclarece que o indiciado Remy Abreu Trinta não foi reeleito ao cargo de deputado federal, cessando, assim, a respectiva prerrogativa de foro. Informa que os demais réus não detêm foro privilegiado. Requer, por fim, a remessa do processo à Seção Judiciária da Justiça Federal no Estado do Maranhão. Registro que o processo se encontra no gabinete do ministro Cezar Peluso, ante o pedido de vista formulado. 2. Com a extinção do mandato de Deputado Federal do indiciado Remy Abreu Trinta, cessou a competência do Supremo para dirigir o inquérito. 3. Declino da competência para a Justiça Federal no Estado do Maranhão. 4. Remetam cópia desta decisão ao ministro Cezar Peluso e à Presidente da Corte, ministra Ellen Gracie, objetivando a retirada do processo da bancada do Pleno, no que iniciado o julgamento. 5. Publiquem. Brasília, 15 de fevereiro de 2007. Ministro MARCO AURÉLIO Relator**" (Inq 1968, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 15/02/2007, publicado em DJ 26/02/2007 PP-00359)

Em tal *leading case*, os Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Eros Grau (já aposentado) votaram pela possibilidade do MP realizar diretamente investigação criminal. A votação não chegou a ser concluída por ausência de incompetência superveniente, em razão de perda de prerrogativa de foro.

Em 10/03/2009, no julgamento do HC nº 91.661/PE, a 2ª Turma do

STF reconheceu, por unanimidade, que existe a previsão constitucional para o poder de investigação do MP, com votos dos Ministros Ellen Gracie (já aposentada), Cezar Peluso, Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Mais recentemente, outros julgados sinalizariam tal tendência de conferência de poderes implícitos ao Parquet, consoante se vê, *verbo ad verbum*:

> "HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. POLICIAL CIVIL. CRIME DE EXTORSÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE CONCUSSÃO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. DENÚNCIA: CRIMES COMUNS, PRATICADOS COM GRAVE AMEAÇA. INAPLICABILIDADE DO ART. 514 DO CPP. ILICITUDE DA PROVA. CONDENAÇÃO EMBASADA EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DECISÃO CONDENATÓRIA FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA. 1. Legitimidade do órgão ministerial público para promover as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição, inclusive o controle externo da atividade policial (incisos II e VII do art. 129 da CF/88). Tanto que a Constituição da República habilitou o Ministério Público a sair em defesa da Ordem Jurídica. Pelo que é da sua natureza mesma investigar fatos, documentos e pessoas. Noutros termos: não se tolera, sob a Magna Carta de 1988, condicionar ao exclusivo impulso da Polícia a propositura das ações penais públicas incondicionadas; como se o Ministério Público fosse um órgão passivo, inerte, à espera de provocação de terceiros. 2. A Constituição Federal de 1988, ao regrar as competências do Ministério Público, o fez sob a técnica do reforço normativo. Isso porque o controle externo da atividade policial engloba a atuação supridora e complementar do órgão ministerial no campo da investigação criminal. Controle naquilo que a Polícia

tem de mais específico: a investigação, que deve ser de qualidade. Nem insuficiente, nem inexistente, seja por comodidade, seja por cumplicidade. Cuida-se de controle técnico ou operacional, e não administrativo-disciplinar. 3. O Poder Judiciário tem por característica central a estática ou o não-agir por impulso próprio (ne procedat iudex ex officio). Age por provocação das partes, do que decorre ser próprio do Direito Positivo este ponto de fragilidade: quem diz o que seja "de Direito" não o diz senão a partir de impulso externo. Não é isso o que se dá com o Ministério Público. Este age de ofício e assim confere ao Direito um elemento de dinamismo compensador daquele primeiro ponto jurisdicional de fragilidade. Daí os antiquíssimos nomes de "promotor de justiça" para designar o agente que pugna pela realização da justiça, ao lado da "Procuradoria de Justiça", órgão congregador de promotores e procuradores de justiça. Promotoria de justiça, promotor de justiça, ambos a pôr em evidência o caráter comissivo ou a atuação de ofício dos órgãos ministeriais públicos. 4. Duas das competências constitucionais do Ministério Público são particularmente expressivas dessa índole ativa que se está a realçar. A primeira reside no inciso II do art. 129 ("II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia"). É dizer: o Ministério Público está autorizado pela Constituição a promover todas as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição. A segunda competência está no inciso VII do mesmo art. 129 e traduz-se no "controle externo da atividade policial". Noutros termos: ambas as funções ditas "institucionais" são as que melhor tipificam o Ministério Público enquanto instituição que bem pode tomar a dianteira das coisas, se assim preferir. 5. Nessa contextura, não se acolhe a alegação de nulidade do inquérito por haver o órgão ministerial público protagonizado

várias das medidas de investigação. Precedentes da Segunda Turma: HCs 89.837, da relatoria do ministro Celso de Mello; 91.661, da relatoria da ministra Ellen Gracie; 93.930, da relatoria do ministro Gilmar Mendes. 6. Na concreta situação dos autos, o paciente, na condição de policial civil, foi denunciado pelos crimes de formação de quadrilha (art. 288 do CP), extorsão (caput e § 1º do art. 158 do Código Penal) e lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/1998). Incide a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o procedimento especial do art. 514 do CPP se restringe às situações em que a denúncia veicula crimes funcionais típicos. O que não é o caso dos autos. Precedentes: HCs 95.969, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; e 73.099, da relatoria do ministro Moreira Alves. Mais: a atuação dos acusados se marcou pela grave ameaça, circunstância que também afasta a necessidade de notificação para a resposta preliminar, dada a inafiançabilidade do delito. 7. Eventual ilicitude da prova colhida na fase policial não teria a força de anular o processo em causa; até porque as provas alegadamente ilícitas não serviram de base para a condenação do paciente. 8. O Tribunal de Segundo Grau bem explicitou as razões de fato e de direito que embasaram a condenação do acionante pelo crime de concussão. Tribunal que, ao revolver todo o conjunto probatório da causa, deu pela desclassificação da conduta inicialmente debitada ao paciente (extorsão) para o delito de concussão (art. 316 do CP). Fazendo-o fundamentadamente. Logo, a decisão condenatória não é de ser tachada de "sentença genérica". 9. Ordem denegada." (HC 97969, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 01/02/2011, DJe-096 DIVULG 20-05-2011 PUBLIC 23-05-2011 EMENT VOL-02527-01 PP-00046)

Habeas corpus. 2. Poder de investigação do Ministério Público. 3. Suposto crime de tortura praticado por

policiais militares. 4. Atividade investigativa supletiva aceita pelo STF. 5. Ordem denegada."(HC 93930, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010, DJe-022 DIVULG 02-02-2011 PUBLIC 03-02-2011 EMENT VOL-02456-01 PP-00018)

"HABEAS CORPUS" - CRIME DE PECULATO ATRIBUÍDO A CONTROLADORES DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS, DENUNCIADOS NA CONDIÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS (CP, ART. 327) - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS (CP, ART. 327) - VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NOTADAMENTE PORQUE OCORRIDA, NO CASO, SUPOSTA LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO "PARQUET" - TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS - CASO "McCULLOCH v. MARYLAND" (1819) - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) - OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL - LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - "HABEAS CORPUS" INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES

DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO. - O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a "informatio delicti". Precedentes. - *A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito. - A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o "dominus litis", determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua "opinio delicti", sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial*. Precedentes. A ACUSAÇÃO PENAL, PARA SER FORMULADA, NÃO DEPENDE, NECESSARIAMENTE, DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. - Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente "persecutio criminis in judicio", desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA CLÁUSULA

CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA. - A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República - que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público - tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais. - Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público. - Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina. **É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA.** - O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de "dominus litis" e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de

subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a "opinio delicti", em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. **Precedentes: RE 535.478/SC, Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 91.661/PE, Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 85.419/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 89.837/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: OPONIBILIDADE, A ESTES, DO SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, QUANDO EXERCIDO, PELO "PARQUET", O PODER DE INVESTIGAÇÃO PENAL**. - O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-orgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova "ex propria auctoritate", não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio ("nemo tenetur se detegere"), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.). - O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o "Parquet", sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração

> penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. - O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório." (HC 94173, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-02 PP-00336) (grifos ausentes no original)

Investe o Ministério Público no esvaziamento da hermenêutica literal, sob a crença de que a mesma não revelaria a versão sistematizada do desenho constitucional em foco.

Estaria aqui presente a lição de Martin Stone, para quem ***"a presença de significado claro atesta a hegemonia, por assim dizer, de uma interpretação específica, não a ausência ou superfluidade da interpretação como tal"***.[9]

Essa estratégia, no entanto, abre flanco contra a própria antítese pregada pelo Órgão Ministerial, quando voltados os olhos para a dicção do art. 144 da Constituição.

Com efeito, na hipótese em liça, se observaria, claramente, que há, quanto à Polícia Federal, uma distinção literal entre a apuração de crimes (inciso I do § 1º do art. 144 da CF) e o exercício da função de polícia judiciária (inciso IV), apenas ocorrendo neste último inciso a presença da cláusula de exclusividade. No tocante às polícias civis, há a diferenciação entre ambas as atividades (§ 4º), sem que se faça uso da encimada cláusula para qualquer uma delas.

Pois bem, a leitura puramente gramatical do dispositivo constitucional permitiria a exegese segundo a qual apenas à Polícia Federal seria reservada,

---

[9] STONE, Martin. *Focalizando o direito:* o que a interpretação jurídica não é. In MARMOR, Andrei (Org.). Direito e Interpretação. Trad. De Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 64-65.

com exclusividade, a função de polícia judiciária da União[10].

Essa perspectiva bem serviria à compreensão lançada pelo *parquet*, na medida em que conduziria ao entendimento de que o Constituinte não desejou contemplar a Polícia Civil com referida reserva, abrindo, nesse ponto, uma espécie de portal rumo à competência concorrente do Ministério Público.

A sistemática interpretativa, ao revés, irmanaria os aparatos policiais e os distinguiria, organicamente, do Órgão Ministerial.

Veja-se, nessa ordem de ideias, que, quando a Constituição quis criar competência investigatória paralela, fê-lo explicitamente, como se avista no art. 58, § 3º, quando é conferida a realização de investigações cíveis ou criminais às comissões parlamentares de inquérito.

Na contramão desse fundamento estaria o argumento de que o inquérito policial (cuja presidência é privativa da Polícia) não seria o único instrumento em que se formaliza a investigação criminal, bem como as diligências investigatórias, referenciadas no inciso VIII do art. 129 do Texto Magno, seriam providências de caráter administrativo e não meramente adstritas à esfera civil e ao correlato inquérito civil público.

Ademais, o simples fato de o Ministério Público não ser imune à controle externo ou fiscalização estranha aos seus quadros, em razão do controle exercido pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), bem como pelo próprio Poder Judiciário, no curso das ações penais, não representa passe livre para a compreensão de que a Polícia não ostente a exclusividade na condução das investigações, posto que a mesma sofre o controle externo do próprio *Parquet*.[11]

A ponderação enseja reflexão, mas não se faz onipotente.

Em plano infraconstitucional, inúmeras leis conferem poderes investigatórios aos mais distintos órgãos e instituições, tais como à Receita Federal, no tocante à sonegação fiscal (Lei nº 8.137/90); ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF (Lei nº 9.613/98, art. 14); ao

---

[10] CLÈVE, Clémerson Merlin. *Investigação criminal e Ministério Público,* texto extraído do Jus Navigandi, http://jus.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760; CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público:* fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 92-94.

[11] CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público:* uma renitente e brasileira polêmica. *In* CHAVES, Cristiano et al (Org.). *Temas atuais do Ministério Público:* a atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 628.

Poder Judiciário, nos crimes praticados por magistrados (LOMAN - Lei Orgânica da Magistratura Nacional, art. 33); ao Ministério Público da União, nos crimes praticados por Procuradores da República (LC nº 75/93, art. 18).

A conclusão levada a cabo nessa ótica seria basicamente a seguinte - se é possível ao MP iniciar a ação penal sem o inquérito policial, valendo-se de outros elementos de convicção, não se poderia afastar a inevitável conclusão de que inexiste exclusividade policial em tal mister investigatório.

O Supremo, como antes visto, teria, aqui e ali, valorizado o argumento.

4) DAS CONCLUSÕES

No horizonte, a ausência de respaldo constitucional à eventual competência do Órgão do Ministério Público para realizar a investigação criminal, senão alternativamente, sob exclusão do aparato policial.

Fundamenta a insurgência o argumento de que os dispositivos em alvo permitiram ao *Parquet* a realização de correições nas Delegacias de Polícia, mediante diligências investigatórias, o que ofenderia os comandos dos arts. 61, § 1º, II, "c" e 84, II e VI da Carta Magna de 1988, porquanto representariam ingerência do Ministério Público na organização de órgão subordinado ao Chefe do Poder Executivo.

Em trincheira adversa, a perspectiva de que, ao ser creditado ao MP, sob homenagem de suas atribuições, o protagonismo de inspeções e diligências investigatórias, o controle externo da atividade policial e o acesso incondicionado a tudo o quanto está relacionado a esta, ser-lhe-ia implícito um tal poder de investigação, consubstanciado nos *inherentes powers*.

Na redação conferida aos arts. 129 e 144 da Carta Primaveril de 1988, respectivamente responsáveis pelo elenco das funções institucionais do *Parquet* e pelo desenho finalístico das polícias, residiria a solução exegética para o impasse.

O exercício do *dominus litis* (art.129, I), atividade historicamente definidora das feições do MP, traduzida na promoção, privativa, da ação penal pública, coadjuvada pelo poder de requisição de diligências investigatórias e mesmo de requisição do competente inquérito policial (inciso VIII), teria essência e tônus essencialmente diversos dos da atividade investigativa tipicamente criminal, identificada na função de polícia judiciária (art. 144).

Nos dizeres de Maurício Zanóide de Moraes[12], tais atos não teriam a mesma natureza jurídica como não estariam postos de forma hierárquica pela qual a investigação seria o menos e a ação penal o mais. Não se poderia confundir anterioridade com prevalência ou com intensidade. A investigação seria anterior, não inferior à ação penal.

Igual escólio é pregado por José Afonso da Silva[13], para quem o poder de requisição trazido pelo referido dispositivo constitucional se conceitua em providência a ser dirigida àqueles a quem a Constituição deu competência para a apuração de infrações penais, que são as Polícias Federal e Civil.

Em outro giro, controlar não seria exercer, tanto quanto requisitar não significaria realizar.

O caráter expressamente privativo da promoção da ação criminal pública pelo *Parquet*, de um lado, e a atribuição exclusiva da função de polícia judiciária à Polícia Federal, por outro, pode ser a ferramenta que desse termo ao debate.

No STF são encontrados diversos arestos nessa ordem de compreensão, onde são vaticinadas conclusões como a de que ***a norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial, não cabendo, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime, senão requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial*** (RHC 81326 – Min. Nelson Jobim).

Nesse mesmo rumo os escólios lançados no RE 233072 e 205473.

Oportuna, nesse contexto, mais uma vez, a recordação de que já houve Proposta de Emenda Constitucional tendente à inclusão de tais atribuições ao Parquet, de pronto arquivada pelo Congresso Nacional. Ora, se dúvidas não existissem, o Parlamento teria aprovado e convertido em norma constitucional a proposta, tornando explícita tal atribuição do Ministério Público, algo que deliberadamente não o fez.

Em outra frente, igualmente relevante, nos dizeres de Cezar Roberto Bittencourt, o Conselho Federal da OAB já fincou bandeira pela inconstitucionalidade da atribuição de poderes investigatórios ao Ministério Público[14].

O tema, no entanto, como posto antes, não se aquietou e a

---

[12] MORAES, Maurício Zanóide. Ob. Cit., p. 70.

[13] SILVA, José Afonso da. Ob. Cit., p. 603.

[14] BITTENCOURT, Cezar Roberto. Ob. Cit., p. 239.

jurisprudência do mesmo STF oferece, em tempos que correm, rumos alterados, a exemplo do Inquérito nº 1.968-2/DF, cujo julgamento não foi levado a cabo diante de uma incompetência superveniente, mas em que os Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Eros Grau, numa linha meritória que se esboçou, ofereceram voto pela possibilidade do MP realizar diretamente investigação criminal.

Mais à frente, na apreciação do HC nº 91.661/PE, a 2ª Turma do STF reconheceu, por unanimidade, que existiria margem de previsão constitucional para o poder de investigação do MP, a partir dos votos dos Ministros Ellen Gracie, Cezar Peluso, Celso de Mello e, mais uma vez, Joaquim Barbosa.

Em rumo geminado, os julgamentos do HC 97969 e 9417.

O embate, pelo que se constata, está sob maturação. Se, em um hemisfério exegético, a hermenêutica literal da norma constitucional, com toda a segurança que lhe é conferida, aponta para a distinção das funções orgânicas, separando a frente investigativa policial do manejo requisitório e de controle atribuído ao Ministério Público, em outro, a inovação interpretativa emprestada ao tema pelos que são adeptos da implicitude convidam a estender o horizonte da norma constitucional, enxergando-se o que não está escrito, mas estaria dito.

O segredo do bom encaminhamento, aqui como de resto em qualquer outro dilema interpretativo que aflija o exegeta, talvez esteja na prelação que nos oferece José Ricardo Cunha[15], para quem o sentido da norma nunca é um dado em si mesmo, como **"*se resultasse de um apriorismo metafísico, mas somente pode ser entendido em correspondência com outras normas do ordenamento, com os valores históricos do tempo presente e do próprio ordenamento jurídico e, por fim, com as exigências da realidade social e do caso concreto.*"**

Aguarde-se, então, o mérito apreciado da ADI nº 4271.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição:* fundamentos de uma dogmática transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *A inconstitucionalidade dos poderes*

[15] CUNHA, José Ricardo. *Fundamentos axiológicos da hermenêutica jurídica. In* BOUCAULT, Carlos E. De Abreu *et al (Org.)* Hermenêutica plural. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 336.

investigatórios do Ministério Público. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, mai-jun/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público:* uma renitente e brasileira polêmica. *In* CHAVES, Cristiano et al (Org.). *Temas atuais do Ministério Público:* a atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
_____. *Investigação criminal pelo Ministério Público:* fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
CLÈVE, Clémerson Merlin. *Investigação criminal e Ministério Público,* texto extraído do Jus Navigandi, http://jus.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760.
COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
CUNHA, José Ricardo. *Fundamentos axiológicos da hermenêutica jurídica. In* BOUCAULT, Carlos E. De Abreu *et al (Org.)* Hermenêutica plural. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. *A investigação direta e a persecução pelo Ministério Público Brasileiro,* orientador Nadia de Araujo – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2009, mimeo.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
MORAES, Maurício Zanóide. *Esgrimando com o Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo:* os inexistentes poderes investigatórios criminais do Ministério Público. *In* Revista do Advogado nº 78, Ano XXIV, set./2004.
SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição.* 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
STONE, Martin. *Focalizando o direito:* o que a interpretação jurídica não é. In MARMOR, Andrei (Org.). Direito e Interpretação. Trad. De Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
VIEIRA, Luís Guilherme. *O Ministério Público e a investigação criminal. In* Revista Brasileira de Ciências Criminais, jan-fev./2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A IMPLEMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Elisa Bastos Frota, Bacharela em Direito pela UFS, especialista em Direito Ambiental pela PUC-RS e em Gestão Empresarial pela FGV.

Benjamin Alves Carvalho Neto, formado pela Universidade Federal da Bahia, Advogado Militante.

Inicialmente, no plano teórico, observa-se que o direito ambiental está hoje voltado tanto para a saúde humana quanto para o meio ambiente stricto sensu; ora, a junção progressiva desses dois ramos do direito é a implementação jurídica de uma filosofia do homem moldado pelo ecossistema que está construindo, numa sucessão sem fim de causas e efeitos.
Marie-Angèle Hermitte[1]

1. INTRODUÇÃO

O princípio da precaução desenvolveu-se inicialmente a partir de sua adoção e aplicação pelo direito alemão desde o começo da década de 1980. Gradativamente passou a direcionar e ser adotado em diversas declarações e tratados internacionais.

A finalidade do princípio da precaução é a proteção ambiental através da cautela. Sua definição consiste em aplicar medidas precautórias em casos nos quais haja risco de significativos impactos ambientais negativos, mesmo em situações nas quais exista o desconhecimento científico acerca da sua probabilidade de ocorrência. Sua aplicação advém, assim, da conjugação da incerteza científica somada à possibilidade de riscos ambientais graves.

Como afirmam Freestone e Hey, o princípio da precaução é um dos princípios norteadores de um grande número de instrumentos ambientais tanto de caráter global quanto regionais, bem como suas principais diretrizes

[1] VARELLA e PLATIAU, 2004, IX.

são cada vez mais utilizadas em regimes nacionais e internacionais[2]. Do mesmo modo, asseveram que o princípio "... tem sido tão amplamente aceito em instrumentos internacionais e, de forma crescente, em nacionais, que poucos, atualmente, tentariam negar sua importância"[3].

Dentre os tratados e declarações internacionais que reconhecem o princípio da precaução, destacam-se: Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Exaurem a Camada de Ozônio (1987), Declaração Ministerial de Bergen sobre Desenvolvimento Sustentável da Região da Comunidade Europeia (1990), Convenção sobre Cursos de Água Transfronteiriços (1992), Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas (1992), Convenção-Quadro sobre a Diversidade Biológica (1992), Acordo das Nações Unidas sobre a Conservação e o Ordenamento de Populações de Peixes Tranzonais e de Populações de Peixes Altamente Migratórios (1992), Convenção de Paris para a Proteção do Meio Marinho do Atlântico (1992), Convenção de Helsinque sobre a Proteção do Meio Marinho, na Zona do Mar Báltico (1992), Carta Europeia de Energia (1994), Tratado de Haia sobre a Conservação sobre Pássaros Aquáticos Migratórios Africanos (1995), Protocolo de Biossegurança (2000), Tratado de Maastricht da Comunidade Europeia 31 1141247 (1992), Convenção de Sofia sobre a Cooperação para a Proteção Sustentável do Rio Danúbio (1994), Convenção de Roterdã sobre a Proteção do rio Reno (1998), entre outros.

Diante da dimensão presente que o princípio da precaução assumiu na ordem jurídica internacional como princípio de política ambiental, cabe perquirir como tem sido feita a sua implementação ou, como definem Freestone e Hey, analisar a "segunda geração" de estudos e pesquisas sobre o tema, baseados nos desafios decorrentes dessa implementação. Trata-se, como explicam, de demonstrar que "o desafio é modificar as instituições e os mecanismos técnicos. É um desafio para nosso modo de ver o mundo e para nosso entendimento sobre o papel da ciência e o ônus da prova"[4].

Dessa forma, ao contrário da primeira fase do desenvolvimento do princípio da precaução, caracterizada por estudos e pesquisas relacionados à sua definição e evolução, este artigo tem como foco de atenção a chamada "segunda geração" de estudos sobre o princípio. Buscar-se-á,

[2] *Id., ibid.*
[3] *Id.*, p. 205.
[4] *Id.*, p. 206.

assim, analisar, tanto através de alguns tratados internacionais, quanto da jurisprudência e posicionamentos de diferentes organismos e países, o modo pelo qual o princípio da precaução tem sido aplicado e em que estágio de desenvolvimento sua implementação se encontra.

2. A IMPLEMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA ORDEM INTERNACIONAL

Expõe Platiau que "o princípio da precaução foi uma das mais ousadas inovações jurídicas do século XX, mas a sua efetividade permanece comprometida em função das diferentes percepções que a sociedade civil global, a comunidade científica, os juristas e os tomadores de decisão têm sobre o seu conteúdo e a sua aplicação"[5].

De um lado está o surgimento, o desenvolvimento e a inserção do princípio da precaução no Direito Ambiental Internacional. De outro, o momento da sua implementação. Neste, com muito mais evidência se verifica a força dos interesses envolvidos, tornando-se explícitas as diferentes posturas dos diversos atores internacionais em relação à aplicação efetiva da proteção ambiental através da precaução.

Do confronto entre o princípio da precaução teoricamente considerado e a sua aplicação efetiva, surgem as dificuldades e diferenças que ensejam os desafios postos para a sua implementação.

Os desafios para a compreensão e criação de consenso internacional surgem a partir dos vários sentidos e interpretações atribuídos ao princípio na doutrina e jurisprudência internacionais, as quais não chegaram ainda a concluir qual o estatuto jurídico do princípio. Além disso, a variedade de definições dadas ao princípio nas várias convenções internacionais que o adotaram, bem como a multiplicidade de termos utilizados para lhe conceituar, além da grande e diversificada variedade de aplicações que se lhe tentam dar, aumentam a complexidade do tema.

Igualmente, a existência no contexto de regulação internacional de um paradigma dominante econômico e tecnológico, não ambiental[6], acrescenta mais um fator relevante para análise acerca da efetiva implementação do princípio da precaução.

Nesse contexto, o princípio da precaução tem uma função muito difícil,

[5] PLATIAU, 2004, p. 403.
[6] *Id.*, p. 404-406.

voltada a servir como um instrumento conciliador entre o Direito Ambiental Internacional e o Direito Econômico Internacional, ramos com interesses bastante distintos e inúmeras vezes antagônicos[7].

Assim, a fim de demonstrar os desafios descritos como limitantes à implementação do princípio da precaução, serão utilizados casos concretos de sua aplicação como meio de exemplificar a sua prática no âmbito internacional.

Previamente, porém, convém destacar a evolução do princípio da precaução no contexto jurídico internacional para se entender o valor que ele assume atualmente.

2.1 ESTATUTO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Ressalta-se que, para compreender o *status* jurídico do princípio da precaução, faz-se necessário verificar o seu valor diante das fontes tradicionais do direito internacional. Nesse sentido, Sadeleer analisa quatro etapas do desenvolvimento do princípio no direito internacional, descritas por quatro estágios, isto é, o princípio como regra não-cogente, como direito consagrado em convenções internacionais, como direito internacional consuetudinário e como princípio geral de direito internacional[8].

Inicialmente, anota-se que o princípio da precaução foi inserido no âmbito internacional através de diversas declarações internacionais relativas ao meio ambiente. No entanto, apesar da grande importância dessas declarações para o desenvolvimento e consagração internacional do princípio da precaução, convém distinguir-se que os princípios enunciados nesses instrumentos não são cogentes e não substituem as fontes tradicionais do direito internacional. Por isso, tais regras não podem obrigar os seus signatários.

A despeito disso, o fortalecimento do princípio da precaução prosseguiu e continua a ganhar força por sua repetição em declarações relativas à proteção ambiental.

Do mesmo modo, o princípio da precaução se consagrou também por sua adoção em diversas convenções internacionais. Através delas o princípio galgou um novo e diferente passo na ordem jurídica. Vários acordos bilaterais e multilaterais relacionados ao meio ambiente o inscrevem em seus textos desde o início da década de 1980, particularmente acordos sobre temas como a poluição atmosférica e marinha, a pesca e a biossegurança.

Entretanto, como não há uma homogeneidade na forma como o

[7] VARELLA, 2004, p. 276.
[8] SADELEER, 2004, p. 48-62.

princípio da precaução foi enunciado nas diversas convenções que o adotaram, torna-se difícil verificar sua validade como regra de direito positivo convencional, em especial porque apenas pode ser considerado como tal quando é afirmado pelo próprio dispositivo da convenção, o que não aconteceu em muitos casos[9].

Além disso, é preciso observar se as convenções que o reconheceram preveem expressamente normas de execução do princípio que garantam autonomia para sua aplicação. Caso o princípio da precaução não determine ações específicas, apesar de estar incluído na parte operativa do texto internacional e ter caráter de padrão legal, será considerado como princípio geral[10].

Ademais, diante da consagração do princípio da precaução em muitas convenções internacionais, questiona-se se o princípio pode ser considerado um direito internacional consuetudinário. Quanto a este aspecto, grande é o debate entre os juristas internacionais. Entre aqueles que entendem que o princípio da precaução ainda não constitui um costume internacional, destaca-se Varella e Platiau, para os quais "o princípio da precaução não é aceito como parte do direito costumeiro em razão de suas diversas interpretações e dos efeitos variados segundo suas aplicações recentes"[11]. Ao contrário, assegura Sadeleer que "conforme a maioria dos autores, não há dúvida de que o princípio da precaução reveste desde já o estatuto da regra internacional costumeira, mesmo que essa interpretação permaneça ainda controversa, no âmbito da doutrina"[12], posicionando-se ele próprio:

> (...) nos permitem afirmar que a prática estatal expressa, por sua repetição, a convicção da maioria dos membros da comunidade internacional, de que aceitam que o princípio da precaução é um princípio de direito costumeiro, ao aplicarem as medidas de precaução em diferentes domínios, como a poluição atmosférica, a gestão dos recursos pesqueiros e a conservação da biodiversidade. A repetição desse princípio em cinquenta protocolos e convenções, no espaço de uma dezena de anos, constitui inegavelmente a prova da consolidação de uma prática constante, imutável e efetiva, em um

[9] *Id.*, p. 55.
[10] VARELLA e PLATIAU, 2002, p. 1592.
[11] *Id.*, p. 1591.
[12] SADELEER, 2004, p. 58.

> nível universal e regional, num momento em que os riscos se revelam graves ou irreversíveis[13].

Outros entendem que o debate acerca do princípio da precaução ser ou não direito costumeiro internacional não é mais relevante, vez que o princípio, para a maioria das intenções e propósitos, já direciona muitos instrumentos ambientais, bem como é cada vez mais utilizado internacional e nacionalmente[14].

Quanto à aceitação do princípio da precaução como princípio geral do direito reconhecido pelas nações civilizadas, não há nenhuma decisão da Corte Internacional de Justiça que faça referência expressa ao princípio da precaução como uma fonte formal do direito internacional. Dessa maneira, o princípio ainda não é reconhecido como parte dessa forma de fonte normativa.

2.2 A ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO POR TRATADOS INTERNACIONAIS

O reconhecimento da importância do princípio da precaução no âmbito internacional foi sendo esboçado a partir da década de 1980, e ao longo desse período até os dias atuais fez-se materializar por sua inclusão em diversos tratados e convenções internacionais, bilaterais e multilaterais, principalmente a partir de 1992, quando foi consagrado pela Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

O princípio da precaução foi adotado na redação final da maioria dos acordos internacionais ambientais posteriores a 1992. Apesar disso, esses acordos se distinguem na forma como definem e utilizam o princípio[15]. Isto pode ser verificado através da comparação entre algumas convenções, todas com a mesma finalidade, evitar a degradação ambiental também pela utilização do princípio da precaução, porém com diferenças quanto à definição de seus elementos constitutivos.

Para tanto, utilizar-se-á o enunciado sobre o princípio da precaução adotado em duas convenções emblemáticas e de grande importância para o Direito Ambiental Internacional, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima e a Convenção-Quadro sobre a Diversidade Biológica, ambas de 1992.

---

[13] *Id.*, p. 58-59.
[14] FREESTONE e HEY, 2004, p. 206.
[15] VARELLA e PLATIAU, 2002, p. 1592.

Dispõe a Convenção-Quadro sobre a Diversidade Biológica em seu **preâmbulo**:

> Observando também que quando exista **ameaça de sensível redução ou perda** de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça...[16]. (Grifou-se).

Já a Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas conceitua o princípio em seu artigo 3º, a seguir transcrito:

> As Partes devem **adotar medidas de precaução** para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem **ameaças de danos sérios ou irreversíveis**, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e **medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos**, de modo a assegurar benefícios mundiais ao **menor custo possível**[17]. (Grifou-se).

Como pode ser visto, algumas diferenças existem entre os dois textos. Como destacado, a Convenção sobre a Biodiversidade inscreve o princípio da precaução em seu preâmbulo, ao contrário da Convenção sobre o Clima, que o adota como dispositivo. Como consequência disso, o princípio da precaução na Convenção da Biodiversidade funciona como um guia, um direcionamento, para a interpretação do tratado como um todo, ao contrário do dispositivo indicado na Convenção do Clima, que constitui uma obrigação jurídica.

Outrossim, as citadas convenções divergem quanto à gravidade do risco exigido para deflagrar a aplicação do princípio da precaução. Na Convenção sobre a Biodiversidade basta que a ameaça à diversidade biológica seja de sua sensível redução ou perda, enquanto a Convenção sobre o Clima aumenta o grau de exigência, impondo a presença de ameaças de danos sérios ou irreversíveis.

Além disso, enquanto a Convenção sobre a Biodiversidade nada

[16] MACHADO, 2004, p. 59.
[17] *Id., ibid.*

menciona quanto aos custos das medidas a serem adotadas para a precaução, a Convenção do Clima preconiza que as mesmas devem ser eficazes em função dos custos e visar o menor custo possível.

A exigência feita pela Convenção do Clima de ameaças de danos sérios ou irreversíveis, somada ao critério de proporcionalidade de custos das medidas a serem implementadas, caracterizam, segundo Nardy, uma versão atenuada do princípio da precaução[18].

Diferentes abordagens sobre o princípio da precaução estão presentes nas diversas convenções internacionais que o reconhecem, cada uma delas versando à sua maneira, de forma que há grande variedade das definições e termos utilizados para descrevê-lo e da força que lhe é atribuída. Nesses tratados, ora o princípio aparece como uma abordagem precautória, ora como um princípio, ora figura no preâmbulo do acordo, ora em seu dispositivo, neste caso ainda divergindo quanto a ser uma obrigação geral ou específica[19][20].

Apesar da existência de toda essa variedade, gerada principalmente pela complexidade dos aspectos que o princípio da precaução aborda, em especial da incerteza científica e da dimensão dos interesses envolvidos na

[18] NARDY, 2003, p. 185.

[19] SADELEER, 2004, p. 55.

[20] Cita-se, como exemplo, a Convenção OSPAR para Proteção do Meio Ambiente Marinho do Atlântico de 22 de setembro de 1992, a qual define o princípio como sendo aquele "segundo o qual as medidas de prevenção devem ser tomadas quando houver **motivos razoáveis para inquietar-se** com fato de que as substâncias ou a energia introduzida no meio marinho possa trazer **riscos para a saúde do homem, prejudicar os recursos biológicos e os ecossistemas marinhos**, ficar atento aos valores de concordância ou criar obstáculos a outras utilizações legítimas do mar, mesmo se não existirem provas concludentes a partir de um relatório de causalidade entre as contribuições e os efeitos" (artigo ponto 2, a). SADELEER, 2004, p. 52. Grifou-se.

Destaca-se também outros exemplos de adoção do princípio da precaução:

- Segundo a Convenção de Helsinque sobre a Proteção e a Utilização de Cursos de Água Transfronteiriços e de Lagos Internacionais, de 17 de março de 1992, "as partes '**são guiadas**' pelo princípio da precaução". SADELEER, 2004, p. 56. Grifou-se.

- A Convenção de Charleville-Mezière sobre a Proteção do rio Escaut e do rio Meuse, de 26 de abril de 1994, define o princípio da precaução como aquele "em virtude do qual a aplicação de **medidas destinadas a evitar** a rejeição de substâncias perigosas pudesse ter um **impacto** transfronteiriço **significativo** não difere do motivo de que a pesquisa científica **não demonstrou plenamente** a existência de um espaço de causalidade entre a rejeição dessas substâncias, de um lado, e um eventual impacto transfronteiriço significativo" (artigos 2, a e 3,2a). SADELEER, 2004, p. 52. Grifou-se.

- O Protocolo de Biossegurança de 2000, assinado em Montreal, Canadá, descreve em seu preâmbulo que "a falta de certeza científica devida a informações e conhecimento científico relevantes insuficientes referentes ao alcance dos possíveis efeitos adversos de um organismo vivo modificado sobre a conservação e uso sustentável de diversidade biológica da Parte importadora, levando também em consideração riscos à saúde humana, não devem impedir que a Parte tome uma decisão, conforme apropriado, com relação à importação do organismo vivo modificado para evitar ou minimizar tais possíveis efeitos adversos".

sua aplicação, o princípio é válido. Ele cumpre sua função de questionar as práticas atuais e sua eficácia para a proteção ambiental, bem como de guiar a adoção de políticas ambientais com tal fim e impulsionar um número cada vez maior de medidas para a sua implementação.

Portanto, considerando-se que o princípio da precaução é relativamente recente e que, não obstante o sucesso alcançado em seu reconhecimento mundial, ainda está em construção, o fato de existirem diversas definições conceituais não impede a sua consagração como um princípio legal[21].

2.3 IMPLEMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO POR ORGANISMOS INTERNACIONAIS, EUA E JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

As diversas organizações internacionais existentes abordam de forma distinta o princípio da precaução, o que demonstra a concomitância e também os contrastes envolvidos na análise do princípio por diferentes espaços de resolução de conflitos, bem como o quanto elementos políticos estão intrinsecamente relacionados a essa análise e podem influenciar a avaliação do princípio da precaução[22].

Parte-se, assim, da análise da interpretação e dos posicionamentos tomados pelos vários organismos internacionais para se buscar compreender o sentido e a extensão da aplicabilidade do princípio da precaução.

Embora as convenções internacionais caracterizem o princípio da precaução como aquele que dispensaria a certeza científica na aplicação de medidas de cautela contra danos graves ao meio ambiente, a sua implementação esbarra no caráter vinculante das decisões judiciais proferidas pelos órgãos de jurisdição internacional, competentes para confirmar a sua aplicabilidade nos casos concretos.

O princípio da precaução já foi invocado várias vezes diante de diferentes órgãos internacionais de resolução de conflitos. Entretanto, a maioria das decisões proferidas tem demonstrado muita reserva quanto à aplicação direta

[21] Explicam Freestone e Hey que "a falta de definição legal não é um obstáculo insuperável para a emergência de um princípio legal." Citam o exemplo da autodeterminação adotada pela Resolução 1514 (XV), de 14 de dezembro de 1960, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, sobre a qual "os juristas internacionais e os juízes da Corte Internacional de Justiça continuam debatendo seu conteúdo e sua definição exatos. Poucos, todavia, duvidaram que a autodeterminação era um princípio de direito internacional". FREESTONE e HEY, 2004, p. 212.

[22] VARELLA e PLATIAU, 2004, vii.

e autônoma do princípio[23].

Por outro lado, a permanente ambiguidade existente entre a oferta de recursos naturais, objeto da atividade comercial entre os povos, e o vital interesse da era moderna na preservação da fonte dessas riquezas (o meio ambiente), faz limitar a sedimentação e eficácia do princípio da precaução, como um princípio geral de direito internacional.

Os diversos estudos já realizados sobre a aplicação do referido princípio de direito ambiental no âmbito internacional, diretamente ligado às relações comerciais, recaem os olhos para a força das regras do "capital" em contraponto às regras sociais e ambientais, e chegam a demonstrar que as decisões internacionais ainda não reconhecem o princípio da precaução como fonte geral de direito, dando a entender serem recalcitrantes as tentativas de elevá-lo a tal patamar, ante os argumentos de que, em suma, as regras comerciais existentes ainda são um mal necessário ao desenvolvimento da humanidade e à distribuição de riqueza.

Inobstante tal constatação, inequívoco afirmar que do mesmo modo como o caminho percorrido pela história da humanidade determina as suas "épocas ou períodos", com suas regras de conduta, assim também a própria natureza o faz. Portanto, diante dos seus sinais, certamente estar-se a poucos passos de se testemunhar a prática internacional do princípio da precaução ambiental.

As regras ambientais atuais enfrentadas pelos órgãos internacionais estão a merecer melhor aplicação, como outras regras de direito internacional público, mas, por serem ainda relativamente novas e, por vezes, consideradas barreiras econômicas, aquelas sofrem ainda mais quando tentam se tornar eficazes vinculando-se aos novos princípios de direito ambiental.

2.3.1 A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

Vejamos, à guisa de ilustração, como reagiu a Organização Mundial do Comércio (OMC), uma das mais importantes organizações internacionais atualmente, frente às questões em que o reconhecimento da autonomia do princípio da precaução foi colocado em exame.

Vale lembrar, inicialmente, que no âmbito da OMC, a problemática da implementação do princípio da precaução se originou com as controvérsias

[23] SADELEER, 2004, p. 62.

cujo objeto dizia respeito à segurança sanitária, precisamente no Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS).

Assim, a evolução daquele conceito que foi sendo inserido nos textos que regulavam as transações comerciais entre as partes internacionais acabou por ser reconhecido pela OMC através dos artigos 3.3 e 5.7[24] do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPC).

Esse acordo desenvolveu-se, segundo estudos, "em torno da ideia de prova ou de justificativa científica"[25], mas apresentando também a "fórmula" do já utilizado regime de exceções, criado pelo Acordo Geral de Tarifas de Comércio – GATT (artigos XX e XXI) e que já reconhecia outras importantes preocupações, não eminentemente comerciais, nas relações entre os seus signatários, e que por isso dava a opção a essas partes de tomarem medidas de proteção, desde que cientificamente justificadas.

Citam-se os artigos 3.3 e 5.7 do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPC), pois os mesmos foram invocados, por exemplo, na reclamação realizada pela Comunidade Europeia no caso da carne com hormônios, oriunda dos Estados Unidos e Canadá, submetida a questão à OMC[26], inicialmente junto ao Grupo Especial e, finalmente, ao seu Órgão de Apelação.

Também se destaca que o princípio da precaução foi abordado em mais duas ocasiões perante a OMC, uma em um caso envolvendo medidas que afetavam a importação do salmão[27], invocado pela Austrália, e outro pelo

[24] 3:3 - O membros podem introduzir ou manter medidas sanitárias ou fitossanitárias que resultem num nível de proteção sanitária ou fitossanitária mais elevado que o que seria conseguido através de medidas baseadas nas normas, diretrizes ou recomendações internacionais aplicáveis, se existir uma justificação científica ou se tal consequência do nível de proteção sanitária ou fitossanitária que um Membro considere adequado em conformidade com as disposições aplicáveis dos nº 1 a 8 do artigo 5º. Não obstante o que precede, nenhuma medida que resulte num nível de proteção sanitária ou fitossanitária diferente do que seria obtido por meio de medidas baseadas nas normas, diretrizes ou recomendações internacionais será incompatível com qualquer outra disposição do presente Acordo. RUIZ-FABRI, 2004, p. 305.

5:7 – Quando as provas científicas pertinentes forem insuficientes, um membro pode adotar provisoriamente medidas sanitárias ou fitossanitárias com base nas informações pertinentes disponíveis, incluindo as provenientes das organizações internacionais competentes e as que resultem das medidas sanitárias ou fitossanitárias aplicadas por outros Membros. Nessas circunstâncias, os Membros esforçar-se-ão para obter as informações adicionais necessárias para proceder a uma avaliação mais objetiva do risco e examinarão, em consequência, a medida sanitária ou fitossanitária num prazo razoável. RUIZ-FABRI, 2004, p. 304.

[25] RUIZ-FABRI, 2004, p. 306.

[26] WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R. VARELLA, 2004, p. 277.

[27] WT/DS18/AB/R. VARELLA, 2004, p. 277.

Japão, referente a medidas que afetavam os produtos agrícolas[28].

No caso dos hormônios, a base de fundamentação utilizada pela Comunidade Europeia foi de que a fonte de direito seria consuetudinária, invocando assim aqueles artigos como precursores do reconhecimento do princípio da precaução.

Não obstante a argumentação da Comunidade Europeia ao se basear no princípio da precaução, a OMC preferiu não reconhecê-lo como princípio geral de direito, numa situação em que este pudesse, então, sobrepor-se ao texto do acordo, abstendo-se ao final de reconhecer a sua autonomia, e preferindo decidir-se pela materialidade do texto.

A interpretação do princípio da precaução, nesse caso, como em outros, tem passado, para os atores internacionais, como um norte de comportamentos em matéria ambiental, mas ainda afastada da possibilidade de materializar-se como norma reguladora.

Se por um lado houve evolução nas relações ambientais internacionais entre os Estados, o comércio continua a utilizar-se dos antigos mecanismos protecionistas, agora com a possibilidade de invocar à sua conveniência comercial, e não ambiental, o princípio da precaução. Isso certamente tem pesado nas decisões dos órgãos competentes.

Ademais, para que não restem dúvidas acerca desse ponto de vista, vejamos ainda algumas decisões já emanadas da Corte Internacional de Justiça, somando-as ao corolário do Direito Ambiental Internacional e do princípio da precaução como fonte daquele.

2.3.2 A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Em duas ocasiões o princípio da precaução foi invocado perante a Corte Internacional de Justiça, a qual, em ambas, recusou-se a estatuir sobre seu fundamento[29].

A primeira delas refere-se aos testes nucleares no atol de Mururoa.

Em 1995 a França realizou no atol de Mururoa, um conjunto marítimo situado no Oceano Pacífico, na região da Polinésia Francesa, testes nucleares subterrâneos, e a Nova Zelândia provocou e levou o caso a julgamento perante a Corte Internacional de Justiça. Esta, no entanto, manifestou-se favoravelmente à França.

---

[28] WT/DS76/AB/R. VARELLA, 2004, p. 277.

[29] SADELEER, 2004, p. 63.

A Nova Zelândia sustentara que os testes realizados pela França introduziriam no meio marinho material radioativo, e que por isso deveriam ser apresentadas provas científicas cabais de que os referidos testes não ocasionariam danos irreversíveis ao meio ambiente, respeitando-se assim o princípio da precaução e, particularmente, a distribuição antecipada do ônus da prova.

Entretanto, a maioria da Corte, sem adentrar no mérito da aplicação do princípio da precaução, negou o pedido da Nova Zelândia. Apesar disso, embora a Corte tenha evitado o mérito, não ficou o princípio da precaução quedado *in albis*, já que três dos juízes que a compunham o exortaram nos seus respectivos votos.

A segunda ocasião na qual a Corte Internacional de Justiça pode avaliar a aplicação do princípio da precaução ocorreu no Caso Gabcíkovo-Nagymaros, cujo veredicto foi dado em 1997. A questão foi levantada pela Hungria, que sustentou o princípio da precaução e a proteção do meio ambiente a fim de se eximir de obrigações decorrentes de um acordo bilateral com a Eslováquia para a construção de um sistema de barragens. Alegavam que as normas de direito internacional, em especial o princípio da precaução, impostas após o acordo entre as partes, impossibilitavam a execução do tratado.

A Corte não se pronunciou diretamente sobre a aplicação do princípio da precaução. Optou por julgar o caso a partir da teoria da responsabilidade civil[30], sem permitir que o princípio da precaução fosse incorporado à doutrina do estado de necessidade, apesar de haver citado várias convenções internacionais aplicáveis ao caso concreto[31].

Para Sadeleer, a reserva por parte da Corte de se manifestar expressamente sobre princípios gerais de direito como fonte formal do direito internacional advém do "fato de seu acionamento ser tributário do consentimento dos Estados e de que, enunciando de maneira demasiado audaciosa os novos princípios, colocariam em risco sua credibilidade"[32], asseverando que tal consagração desagradaria os interesses de certas pessoas.

[30] Expressa a decisão mencionada: "A Corte considera, no entanto, que, por mais sérias que sejam as incertezas, elas não seriam, por si só, suficientes para determinar a existência objetiva de um "perigo" enquanto elemento constitutivo de um Estado de Necessidade." VARELLA, 2004, p. 285.

[31] VARELLA, 2004, p. 285.

[32] SADELEER, 2004, p. 61-62.

2.3.3 A CORTE DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

Diversos casos relativos à aplicação do princípio da precaução já foram levados à jurisdição da Corte de Justiça das Comunidades Europeias (CJCE), entre eles o Caso da Vaca Louca, gerado pelo embargo francês à carne bovina inglesa, e o Caso Mondiet[33], no qual se discutiu um regulamento do Conselho da Europa acerca do limite de comprimento de certas redes de pesca.

Na questão citada sobre as redes, a Corte deu ganho de causa ao Conselho da Europa, fortalecendo seu poder discricionário de aplicação do princípio da precaução, não apenas porque o reconheceu no caso concreto, bem como porque não impôs ao Conselho posteriores justificativas para a manutenção de medidas restritivas.

Conclui-se que a Corte de Justiça das Comunidades Europeias tem privilegiado a adoção do princípio da precaução, visto que o admite nos casos de incerteza científica associada a questões de preservação ambiental.

2.3.4 TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA O DIREITO DO MAR

O Tribunal Internacional para o Direito do Mar tem reconhecido em suas decisões o princípio da precaução. Dentre elas pode-se citar o Caso Atum, ocorrido em 1999, no qual argumentou a necessidade de cautela e precaução para evitar danos sérios aos estoques de atum, bem como a presença de incerteza científica no caso e a urgência da adoção de medidas de preservação[34].

No caso da Usina MOX, julgado em 2001, a Irlanda utilizou o argumento da precaução contra o governo do Reino Unido para contestar a autorização de despejo de lixo nuclear na costa irlandesa a ser feito pela referida usina. A Irlanda exigia que o Reino Unido demonstrasse que a atividade não causaria danos ambientais e à saúde humana.

Os argumentos que sustentavam a posição da Irlanda eram basicamente três: pesquisas deveriam ter sido feitas em áreas não costeiras e que, portanto, não fossem transfronteiriças, evitando não só a poluição do meio ambiente, como também danos a terceiros; não havia estudo de impacto ambiental

[33] Casos C-1/00 e C-405/92, respectivamente. VARELLA, 2004, p. 287.
[34] SANDS, 2004, p. 40.

suficiente; e que a inversão do ônus da prova faz parte do princípio da precaução invocado, e, por isso, deveria ser aplicado a fim de que a prova de ausência de risco ambiental recaísse sobre os pretensos poluidores.

A despeito do caráter de precaução e prudência sustentado na decisão do Tribunal, o qual estabeleceu que as partes cooperassem e adotassem medidas para impedir a degradação ambiental marinha, deixou de determinar a suspensão das atividades da usina.

Ressalta-se, portanto, a presença de dois pontos de vista a serem considerados nesses casos de não reconhecimento do princípio da precaução como fonte geral de direito: primeiro, do ponto de vista ambiental, de que ainda não se está dando prioridade internacional necessária à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio, em prol de certas formalidades; segundo, do ponto de vista comercial, não se está creditando ao Estado que invoca determinada medida baseada no princípio da precaução a seriedade necessária para distingui-la de uma medida protecionista comercial.

2.3.5 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Os EUA manifestam-se de forma bastante antagônica em relação ao princípio da precaução. Sua aceitação ou descrédito dependem dos interesses americanos em cada questão levantada, influenciados pela fonte econômica ou ambiental. Enquanto na ordem internacional negam o reconhecimento do princípio em determinados pontos, como no caso dos hormônios na OMC, em outros são seus defensores, a exemplo das negociações do regime de mudanças climáticas[35]. Por outro lado, na ordem interna a aceitação do princípio é forte e a tendência à sua aplicação crescente.

Apesar de existirem também divergências no âmbito nacional quanto à extensão da aplicabilidade do princípio da precaução, um caso bastante ilustrativo sobre sua utilização advém de suas Cortes. Trata-se de decisão da Corte de Apelação mantida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no Caso *Tennessee Valley Authorithy v. Hill,* segundo a qual se optou por defender o peixe *snail darter*, ameaçado de extinção, interrompendo-se a construção de uma hidrelétrica no Pequeno Rio Tennesse, quando esta já estava quase 80% concluída[36].

[35] VARELLA, 2004, p. 295.
[36] SAMPAIO, 2003, p. 60.

2.3.6 JURISPRUDÊNCIAS DIVERSAS E ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO PELO DIREITO INTERNACIONAL

Vários Estados fora da União Europeia inseriram o princípio da precaução dentro de seu direito nacional[37], a exemplo da Lei Colombiana nº 99, de 1993, que o considerou como um princípio constitucional. Ao contrário de países como o Reino Unido, na tradição do direito continental, os tribunais estão mais acostumados ao desenvolvimento e à aplicação de direitos de grande alcance[38]. Cita-se, por exemplo, uma decisão Filipina (*Minors Oposa vs Secretary of the Department of Environment and Natural Resources*) que levantou o princípio dos direitos das futuras gerações. Também na Colômbia, Costa Rica, Argentina, Chile, Equador, Peru, Índia e Paquistão decisões importantes foram dadas sobre o direito a um meio ambiente sadio[39].

Outrossim, Freestone e Hey salientam que nos países do *common law* os legisladores procuram evitar interpretações amplas do princípio[40]. Ilustra-se esta afirmação com um caso na Inglaterra em que se requisitou à Corte Suprema que embargasse a construção de um cabo de energia suspenso em uma área residencial, sob a alegação da aplicação do princípio da precaução, tendo em vista o risco ainda incerto de os cabos causassem câncer nas crianças. A Corte, entretanto, apesar de reconhecer que o direito da União Europeia era vinculante para o Reino Unido e que o Tratado de Maastricht continha o princípio da precaução, preferiu não adotá-lo[41].

Ao contrário, na Austrália, no Caso *Leach v National Parks and Wildlife Service*, em 1994, adotou-se o princípio da precaução para impedir a aprovação de um projeto de uma estrada que passava sobre o hábitat de uma espécie de sapos ameaçados de extinção e que poderia lhes causar riscos[42]. Por outro lado, em um caso no Paquistão, os tribunais locais exigiram, antes de autorizar a construção de uma linha de transmissão de alta voltagem que envolvia riscos à saúde humana, a formação de uma comissão para avaliar com maior profundidade os riscos relevantes[43].

Do mesmo modo, a Itália e Suíça, diante da incerteza científica quanto

[37] FREESTONE e HEY, 2004, p. 212.
[38] *Id., ibid*.
[39] *Id.*, p. 213.
[40] *Id.*, p. 214.
[41] *Id., ibid*.
[42] *Id., ibid*.
[43] WOLD, 2003, p. 20.

aos riscos à saúde humana gerados pelas emissões de radiofrequência, adotaram medidas precautórias caracterizadas pela restrição da instalação de estações de base de celulares por emitirem ondas de rádio superiores a determinado limite[44].

2.4 MEDIDAS DE IMPLEMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Numa tentativa de gerar equilíbrio entre os interesses envolvidos, introduziu-se na definição do princípio da precaução a adoção de medidas economicamente viáveis, como está exposto, por exemplo, no princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Tal noção busca funcionar como um fator de equilíbrio entre as partes envolvidas. Acontece que para entender qual o sentido dessa noção é preciso analisar a natureza das medidas a serem implementadas. Desse modo, questiona-se se o curso das ações a serem adotadas deve enfocar ações imediatas que busquem evitar os riscos ou ações para enfrentar os seus efeitos, na medida em que os danos forem ocorrendo[45].

Existe divergência entre os países quanto à natureza das medidas a serem aplicadas. Expõe-se como exemplo a questão das alterações climáticas do planeta, na qual os EUA, através do governo Bush, ao contrário da maior parte dos países, que têm como meta impedir que as mudanças antropogênicas do clima ocorram, declararam que adotarão medidas economicamente viáveis apenas para reduzir os possíveis efeitos negativos verificados, não procurando exercer medidas para cessar a ameaça identificada de impactos catastróficos em alguns locais de seu território decorrentes de alterações climáticas[46].

Ainda quanto a medidas, convém mencionar a utilização presente de diversos procedimentos para a implementação do princípio da precaução. Dentre eles destaca-se alguns: a manutenção de um corpo técnico permanente para fornecer informações científicas e tecnológicas, estabelecido pela Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas[47]; o desenvolvimento pela Comissão para a Conservação dos Recursos Marinhos Vivos da Antártida de limites precautórios como meio de garantir que a cadeia alimentar não

[44] SAMPAIO, 2003, p. 68.
[45] WOLD, 2003, p. 20.
[46] *Id.*, p. 20-21.
[47] WOLFRUM, 2004, p. 27.

seja danificada pelo aumento da pesca[48]; a autorização de decisão por dois terços dos Estados-partes em caso de falta de consenso sobre a emissão de substâncias que exaurem a camada de ozônio, fixado pelo Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Exaurem a Camada de Ozônio (1987)[49]; Procedimento de Justificação Prévia, exigido pela Convenção de Oslo[50]; reconhecimento de uma listagem precautória feito na Resolução das Partes da Convenção CITES[51]; exigências determinadas pelo órgão de licença ou planejamento sobre o uso da Melhor Tecnologia Disponível (MTD) ou Melhor Prática Ambiental (MPA), presentes nos novos avanços industriais para implementar tecnologias limpas[52]; o fornecimento de subsídios às empresas que necessitam adotar medidas onerosas para o controle da poluição atmosférica, determinado pelo *Clean Air Act*, na Holanda; exigência de fundos de compensação a serem pagos pelos empreendedores como garantia para eventuais custos potenciais de reconstituição em caso danos futuros não-previstos, adotado pela Autoridade Marinha do Parque da Grande Barreira de Corais na Austrália[53].

Esses procedimentos demonstram a tentativa e mesmo efetiva aplicação da precaução na prática, adaptada às mais distintas situações concretas, todas com o objetivo de proteção ambiental, e, em alguns casos, como na exigência de fundos de compensação dos empreendedores, demonstram a compatibilização entre interesses ambientais e econômicos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inobstante as divergências de interpretação do princípio da precaução, ele é uma vitória para o direito ambiental internacional, já tendo alcançado o patamar de um dos seus princípios mais importantes. Também causou a reperspectivação dos meios de proteção ambiental, tornando-os pró-ativos desde quando trouxe para o presente a necessidade de atitudes com vistas a evitar danos futuros, abordando questões e inserindo políticas de gestão que passaram a trabalhar tanto com riscos futuros, como incertos, potenciais, sobre os quais ainda não se tem conhecimento científico comprovado.

---

[48] FREESTONE e HEY, 2004, 222.
[49] *Id.*, 226.
[50] *Id., ibid.*
[51] *Id., ibid.*
[52] *Id.*, 227.
[53] *Id.*, 228.

Assim, o princípio da precaução assumiu a missão de servir como instrumento de gestão dos riscos envolvidos nas atividades humanas. Funciona como um meio para legisladores e políticos de regulação internacional do progresso tecnológico.

Sua utilização, por isso, deve buscar o equilíbrio entre a defesa ambiental necessária para a sobrevivência do planeta e o desenvolvimento econômico. Para tanto é preciso constante observação e ponderação, razoável e imparcial, entre os vários interesses envolvidos nas práticas humanas.

Nesse contexto, a participação popular tem papel fundamental para a fiscalização da regulamentação internacional. Por essa razão, o direito à informação transforma-se numa garantia essencial de concretização do equilíbrio exigido para o gerenciamento dos riscos ambientais. Da mesma forma é imprescindível o incentivo contínuo a estudos voltados para a implementação da precaução, bem como ao desenvolvimento de procedimentos criativos e eficazes de gestão democrática dos recursos existentes, além da promoção de debates para permitir o maior desenvolvimento dos contornos do princípio da precaução.

Como bem descreve Hermitte:

> Num contexto de risco coletivo, de ignorância e de sacrifícios a serem consentidos, associar o público à decisão é um ato de prudência. Os princípios da informação e participação do público, que são os menos aplicados dos grandes princípios do direito ambiental, são também e talvez os mais importantes. Mostrando que as elites científicas e políticas estão desarmadas, a ideia da precaução está fundamentalmente ligada à renovação democrática que se tenta impor[54].

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATTANASIO JÚNIOR, Mario Roberto; ATTANASIO, Gabriela Muller Carioba. *Análise do princípio da precaução e suas implicações no estudo de impacto ambiental*. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro/segundo/Papers/GT/GT09/gabriela.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2004.

[54] VARELLA e PLATIAU, 2004, xi.

BÜHLER, Gisele Borghi; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *O direito ambiental face à telefonia móvel: aplicação concreta do princípio da precaução. Revista de direitos difusos*, São Paulo, ano 1, vol. 3, p. 303-314, outubro/2000.

DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *O princípio da precaução: dever do estado ou protecionismo disfarçado?* São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 16, nº 2, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/spp/v16n2/12111.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FREESTONE, David; HEY, Ellen. Implementando o princípio da precaução: desafios e oportunidades. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (organizadores). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Mini Houaiss: dicionário da língua portuguesa.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NARDY, Afrânio. Uma leitura transdisciplinar do princípio da precaução. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Santos de; BUDÓ, Marília Denardin. O *princípio da precaução nas relações internacionais*: *uma análise sobre o confronto entre liberação comercial e proteção ambiental.* [S.l.]: Jus Navigandi. Doutrina. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5759>. Acesso em: 20 dez. 2004.

PLATIAU, Ana Flávia Barros. A legitimidade da governança global ambiental e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (organizadores). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RODRIGUES, Melissa Cachoni; ARANTES, Olívia Márcia Nagy. *Direito*

ambiental e biotecnologia: uma abordagem sobre os transgênicos sociais. Curitiba: Juruá, 2004.
RUIZ-FABRI, Hélène. A adoção do princípio da precaução pela OMC. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (organizadores). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
SADELEER, Nicolas de. O estatuto do princípio da precaução no direito internacional. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (organizadores). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
SANDS, Philippe. O princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (organizadores). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
WOLD, Chris. Introdução ao estudo dos princípios de Direito Internacional do meio ambiente. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
WOLFRUM, Rüdiger. O princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (organizadores). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
VARELLA, Marcelo Dias. Variações sobre um mesmo tema: o exemplo da implementação do princípio da precaução pela CIJ, OMC, CJCE e EUA. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (organizadores). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (organizadores). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. O Princípio da Precaução e sua Aplicação Comparada nos Regimes da Diversidade Biológica e de Mudanças Climáticas. *Revista de direitos difusos.* São Paulo, ano 2, vol. 12, p. 1587-1596, abril/2002.

CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE COTAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Marcos Roberto Gentil Monteiro é Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Assessor do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe, Professor da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Autor do livro *Hermenêutica constitucional do provimento em comissão*, publicado pela Editora da Universidade Federal de Sergipe em 2005.

RESUMO: Este artigo apresenta uma análise do sistema de cotas das universidades públicas, previsto na Lei nº 10.558/2002, que "Cria o programa Diversidade na Universidade", e na Lei nº 10.678/2003, que "Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República", e no art. 53, IV, da Lei nº 9.394/96, que "Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional", e seu cotejo com a Constituição da República Federativa do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema de cotas nas universidades públicas; política compensatória; justiça.

ABSTRACT: This paper presents an analysis of the quota system of public universities, under Law No. 10.558/2002, which "creates the diversity program at the University," and Law No. 10.678/2003, which "creates the Special Secretariat for Policies to Promote Racial Equality, the Presidency of the Republic ", and in art. 53, IV of Law No. 9.394/96, which "establishes the guidelines and bases for national education," and its comparison to the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

KEYWORDS: System of quotas in public universities; compensatory politics; justice.

INTRODUÇÃO

Na Antiguidade, por intermédio dos filósofos gregos PLATÃO e ARISTÓTELES, justificou-se a escravidão, completamente contrária à

ideia de igualdade. Deve-se reconhecer, todavia, que tais pensadores viveram séculos antes da revolução industrial, quando não havia máquinas para auxiliar o homem no trabalho pesado.

Com efeito, formulou ARISTÓTELES a primeira classificação da justiça, dividindo-a em distributiva e corretiva:

> *"Da justiça particular e do que é justo no sentido correspondente, (A) uma espécie é a que se manifesta nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de outro); e (B) outra espécie é aquela que desempenha um papel corretivo nas transações entre indivíduos. Desta última há duas divisões: dentre as transações, (1) algumas são voluntárias, e (2) outras são involuntárias – voluntárias, por exemplo, as compras e vendas, os empréstimos para consumo, as arras, o empréstimo para uso, os depósitos, as locações (todos estes são chamados voluntários porque a origem das transações é voluntária); ao passo que das involuntárias, (a) algumas são clandestinas, como o furto, o adultério, o envenenamento, o lenocínio, o engodo a fim de escravizar, o falso testemunho, e (b) outras são violentas, como a agressão, o sequestro, o homicídio, o roubo à mão armada, a mutilação, as invectivas e os insultos"*[1].

E continua o estagirita, desenvolvendo a função da justiça e comentando o papel da *polis*:

> *"Eis aí por que as pessoas em disputa recorrem ao juiz; e recorrer ao juiz é recorrer à justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada; e procuram o juiz como um intermediário, e em alguns Estados os juízes são chamados mediadores, na condição de que, se os litigantes conseguirem o meio-termo, conseguirão o que é justo. O justo pois, é um meio-termo já que o juiz o é. Ora, o juiz reestabelece a igualdade. É como se houvesse uma linha divisória em partes desiguais e ele*

[1] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* em "Os Pensadores". V. 4. 1ª ed. São Paulo: Abril, 1973. p. 324.

> *retirasse a diferença pela qual o segmento maior excede a metade para acrescenta-la ao menor. E quando o todo foi igualmente dividido, os litigantes dizem que receberam "o que lhes pertence" – isto é, receberam o que é igual"*[2].

Dessa forma, apesar de partir da desigualdade entre os homens, posto haver legitimado a escravidão, ARISTÓTELES, milênios atrás, já previra a função igualadora do Estado: pela justiça distributiva cada um receberia seu quinhão conforme seus méritos, cabendo a *polis*, juiz, corrigir ou reparar essa desigualdade originária entre os homens.

Dos excertos aristotélicos trazidos à baila, nota-se a formulação embrionária do princípio constitucional da igualdade, diretamente, e, indiretamente, de princípios constitucionais do processo, destinados a dotar o direito de igualdade de eficácia instrumental, tais como o do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV, CF) e o da exclusividade do exercício da função jurisdicional pelo Estado, através do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF).

Contudo, antes mesmo de Sócrates e seus discípulos, os sofistas já haviam concebido a ideia de igualdade, enquanto liberdade positiva, consistente no direito à participação política, ou *"igual liberdade de todos de participarem dos negócios públicos"*[3]. Dessa forma, *"Eurípides, através de Teseu, define a liberdade pela isegoria, o igual direito de falar, por ele considerado "a mais bela igualdade" de que pode usufruir o cidadão"*[4].

Deve-se, ainda, aos sofistas, as primeiras elucubrações a respeito da desigualdade, enquanto discriminação quanto à origem dos cidadãos, como critério para o provimento dos cargos públicos:

> *"A igualdade pressupõe a fraternidade, aquela decorrente da igual liberdade de todos de participarem dos negócios públicos. Na renovação anual do poder, como assinala Eurípides, os pobres e os ricos têm igual oportunidade de participar. E mais: a pobreza – diz-se na oração fúnebre – não constitui impedimento para a concorrência aos cargos públicos, onde só o mérito conta"*[5].

---

2 Idem, ibidem. pp. 326-327.

3 VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, humanismo e democracia*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 83.

4 Idem, ibidem, p. 82.

5 Idem, ibidem, p. 83.

Todavia, as formulações da Antiguidade não foram suficientes para o reconhecimento da igualdade enquanto categoria jurídica, ou melhor, como bem jurídico a ser tutelado. Apenas com o Cristianismo, e seu legado de amor ao próximo como a ti mesmo, de tônica igualitária, o princípio da igualdade incorpora-se à cultura da humanidade ocidental, passando a ser tutelado pelo Direito. Como informa MORAES:

> *"A forte concepção religiosa trazida pelo Cristianismo, com a mensagem de igualdade de todos os homens, independentemente de origem, raça, sexo ou credo, influenciou diretamente a consagração dos direitos fundamentais, enquanto necessários à dignidade da pessoa humana"*[6].

Contudo, a positivação do Princípio da Igualdade na ordem jurídica apenas ocorreu em 26.08.1789, logo após a Revolução Francesa, quando a Assembleia Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que também tutelava a generalidade dos direitos fundamentais, sintetizados pelo ideal de liberdade, igualdade e fraternidade.

Com o desenvolvimento da teoria marxista, tornou-se necessário estender os direitos de liberdade, igualmente, à universalidade dos cidadãos, provocando o surgimento de uma nova categoria de direitos fundamentais: os direitos econômicos e sociais. Com efeito, após a Revolução Industrial, os trabalhadores eram explorados, com jornada e condições de trabalho desumanas, quadro agravado pelo fato de o Estado não prever, na Constituição, os direitos da classe obreira, única ferramenta eficaz na tentativa de minorar as profundas desigualdades sociais até hoje existentes:

> *"Faltava apenas uma coisa: uma instituição que não só assegurasse as novas riquezas individuais contra as tradições comunistas da constituição gentílica; que não só consagrasse a propriedade privada, antes tão pouco estimada, e fizesse dessa consagração santificadora o objetivo mais elevado da comunidade humana, mas também imprimisse o solo geral do reconhecimento da sociedade às novas formas de aquisição da propriedade,*

---

6 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 25.

> *que se desenvolviam umas sobre as outras – a acumulação, portanto, cada vez mais acelerada das riquezas: uma instituição que, em uma palavra, não só perpetuasse a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito de a classe possuidora explorar a não-possuidora e o domínio da primeira sobre a segunda. E essa instituição nasceu. Inventou-se o Estado"*[7].

Todavia, após as revoluções socialistas, os direitos sociais dos trabalhadores passaram a ser reconhecidos como humanos, tornando-se fundamentais, positivados nas Constituições posteriores, consoante contextualiza BONAVIDES:

> *"Da mesma maneira que os da primeira geração, esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra"*[8].

O princípio da igualdade não é fruto do acaso. Reflete a histórica luta entre elites e massa, bem como a evolução histórica do Direito Constitucional enquanto ramo do conhecimento jurídico que, via Constituição, objetiva garantir, realizar e concretizar os direitos fundamentais, percebidos por GUERRA FILHO, *"enquanto manifestações positivas do Direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico"*[9].

Com efeito, a Constituição pátria vigente dedica todo um título (o segundo), além de outras normas constantes de outros títulos de seu corpo, à previsão, disciplina e instrumentalização de tais direitos, que conforme MORAES:

---

[7] ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Rio de Janeiro: Vitória, 1960. pp. 102 e 160.

[8] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 476.

[9] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 241.

> *"caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, IV"*[10].

De outra forma, escreve PAULO BONAVIDES a respeito dos direitos fundamentais de segunda dimensão:

> *"São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século, nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula"*[11].

II – ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Enquanto política pública voltada à promoção social dos afrodescendentes, pode-se apontar a luta pelos direitos civis nos Estados Unidos da América, capitaneada pelo líder MARTIN LUTHER KING, como origem do sistema de cotas nas universidades públicas.

A jurisprudência norte-americana registra o famoso caso:

> *"Grigs v. Duke Power Co., em que os autores, negros empregados da empresa ré, se queixavam do programa de ação afirmativa delineado pela empresa (que só o implementou após fortes pressões políticas e sociais do movimento em defesa dos direitos civis) como forma de permitir a contratação e a promoção de integrantes dessa etnia, por entenderem que os critérios elaborados tinham impactos raciais desproporcionais. O Judiciário*

10 MORAES, op. cit., p. 43.

11 BONAVIDES, op. cit., p. 476.

> *Federal da Carolina do Norte, acolhendo a pretensão então manifestada, entendeu que o novo critério dos "testes de inteligência" exigidos para a promoção e admissão, ao invés do antigo critério da mera apresentação de diplomas escolares, favorecia a admissão de brancos, porque a maioria dos negros candidatos havia frequentado escolas segregadas de pior qualidade. Lembre-se, por ser oportuno, que o caso, datado de 1970, ocorreu apenas 16 anos após o precedente da Suprema Corte – Brown v. Board of Education – que selou o destino da segregação das escolas e da teoria do equal but separate nos Estados Unidos."*[12]

III – BASE LEGAL

O sistema de cotas nas universidades públicas resta positivado no art. 1º da Lei nº 10.558/2002:

> *"Art. 1º Fica criado o Programa Diversidade na Universidade, no âmbito do Ministério da Educação, com a finalidade de implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros."*

Para a sua execução, enquanto ação afirmativa expressa no Plano Nacional de Direitos Humanos e no Plano Nacional de Educação, foi criada a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, através da Lei nº 10.678/2003.

No plano legislativo infraconstitucional, pode-se apontar, principalmente, o art. 53, IV, da Lei nº 9.394/96, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que com fundamento na autonomia universitária, prevista no art. 207, *caput*, e 208, V, da Constituição Federal, autoriza as universidades a fixar o número de vagas, a partir de sua capacidade institucional e das exigências da sociedade onde se encontra inserida:

---

12 SILVA, Alexandre. *O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro*. Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3479. Acesso em 03 de outubro de 2010.

> *"Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.*
> *Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:*
> *V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;*
> *Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:*
> *IV - fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio;"*

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, integrada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto nº 65.810/69, também, por igual, fundamenta a política pública do sistema de cotas nas universidades públicas, desde que obedecidos os critérios da proporcionalidade e razoabilidade exigidos constitucionalmente, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em decisão prolatada no Recurso Especial nº 1132476, da Relatoria do Ministro Humberto Martins, julgado em 13/10/2009, DJe 21/10/2009, cuja ementa merece ser transcrita:

> *"ADMINISTRATIVO – AÇÕES AFIRMATIVAS – POLÍTICA DE COTAS – AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA – ART. 53 DA LEI N. 9.394/96 – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO INC. II DO ART. 535 DO CPC – PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO – MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL EM FACE DE DESCRIÇÃO GENÉRICA DO ART. 207 DA CF/88 – DEFINIÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE REPARAÇÃO – CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL – DECRETO N. 65.810/69 – PROCESSO SELETIVO DE INGRESSO – FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS LEGAIS, PROPORCIONAIS E RAZOÁVEIS PARA CONCORRER A VAGAS*

RESERVADAS – IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO CRIAR EXCEÇÕES SUBJETIVAS – OBSERVÂNCIA COMPULSÓRIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

1. A oposição de embargos declaratórios deve acolhida quando o pronunciamento judicial padecer de ambiguidade, de obscuridade, de contradição, de omissão ou de erro material, os quais inexistem neste caso. Não há, portanto, violação do art. 535 do CPC.

2. Admite-se o prequestionamento implícito, configurado quando a tese jurídica defendida pela parte é debatida no acórdão recorrido.

3. A Constituição Federal veicula genericamente os contornos jurídicos de diversos institutos e conceitos, deixando, na maioria das vezes, o seu trato específico para as normas infraconstitucionais. O assento constitucional de um instituto ou conceito, sem detalhamentos e desdobramentos, não afasta a competência desta Corte quando a Lei Federal disciplina imperativos específicos.

4. Ações afirmativas são medidas especiais tomadas com o objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais, sociais ou étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção, e que possam ser necessárias e úteis para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais, e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

5. A possibilidade de adoção de ações afirmativas tem amparo nos arts. 3º e 5º, ambos da Constituição Federal/88 e nas normas da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 65.810/69.

6. A forma de implementação de ações afirmativas no seio de universidade e, no presente caso, as normas objetivas de acesso às vagas destinadas a tal política pública fazem parte da autonomia específica trazida pelo artigo 53 da Lei n. 9.394/96, desde que observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Portanto, somente em casos extremos a sua autonomia poderá ser mitigada pelo Poder Judiciário, o que não se verifica nos presentes autos.
7. O ingresso na instituição de ensino como discente é regulamentado basicamente pelas normas jurídicas internas das universidades, logo a fixação de cotas para indivíduos pertencentes a grupos étnicos, sociais e raciais afastados compulsoriamente do progresso e do desenvolvimento, na forma do artigo 3º da Constituição Federal/88 e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, faz parte, ao menos - considerando o nosso ordenamento jurídico atual - da autonomia universitária para dispor do processo seletivo vestibular.
8. A expressão "tenham realizado o ensino fundamental e médio exclusivamente em escola pública no Brasil", critério objetivo escolhido pela UFPR no seu edital de processo seletivo vestibular, não comporta exceção sob pena de inviabilização do sistema de cotas proposto.
Recurso especial provido em parte." (Grifos nossos)

IV – NORMAS CONSTITUCIONAIS FUNDANTES E ESTRUTURANTES DO SISTEMA DE COTAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Conferir igualdade nas esferas individual, social e regional constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, além de outros, conforme o art. 3°, III: *"Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais"*.

Numa **sociedade** - reunião de grupos de indivíduos ligados, ainda que inconscientemente, por características comuns, **capitalista** - uma vez que tem por principal objetivo a acumulação de capital, **neoliberal** - vítima da crescente redução do Estado na prestação dos serviços públicos e **excludente** – não proporciona aos miseráveis e pobres o acesso a seus direitos fundamentais, a ausência de políticas públicas que garantam aos excluídos a possibilidade de sua promoção social resultaria em omissão indesculpável, a reproduzir e fomentar a desigualdade natural entre os seres humanos, iniciada pela acumulação de capital no Neolítico, tal como

demonstrado por ROUSSEAU, em sua obra já clássica, "*Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*".

A educação, *"direito de todos e dever do Estado e da família"*, consoante o artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil vigente, ápice do ordenamento jurídico pátrio, que, segundo o mesmo dispositivo legal, possui por objetivos o pleno desenvolvimento da pessoa, a preparação para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, na realidade, tendo em vista o sucateamento de seu sistema público, e sua mercantilização no sistema privado, não tem proporcionado à cidadania brasileira o desenvolvimento de um espírito crítico capaz de filtrar as perniciosas influências propaladas em massa, principalmente, pela mídia eletrônica, com a utilização do rádio e da televisão, principalmente.

A erotização subliminar promovida pelas apresentadoras de programas infantis, passando pela desenfreada violência, tônica dos desenhos animados, bem como das produções cinematográficas, principalmente norte-americanas, sem falar nas minisséries nacionais tais quais, por exemplo, *Presença de Anita*, afora a apologia do crime em programas tipo *Linha Direta*, onde o modo de execução de diversas infrações penais é semanalmente exibido, até chegar a entrevistas e programas que desconhecem a fronteira entre o público e o privado, desrespeitadores da intimidade, da vida privada e da honra, tais como *A Fazenda* e *Big Brother*, a mídia eletrônica é um convite à criminalidade. Antes que se esqueça, há ainda os apelos publicitários ao consumo de drogas e álcool, recheados de gente jovem, saudável e esteticamente agradável.

> *"Por conta do contexto do poder e da ideologia, toda informação também desinforma, pois, ao não poder dizer tudo, diz seletivamente o que no momento parece ser o caso dizer. Não estou referindo-me à informação deliberadamente mentirosa, mas à informação comum, à linguagem cotidiana não problemática, bem como à linguagem científica. Em ciência, vale também a regra metodológica: todo dado revela e encobre a realidade, porque é construto interpretativo. Nessa trajetória, seria fundamental envolver os sistemas de informação em aparatos de controle democrático, para que a desinformação possa ser reduzida ou pelo menos monitorada. A tendência do sistema capitalista de informação é, contudo, do monopólio, em todo o*

> *mundo, tamanha é a importância concedida a esse tipo de mercado. Basta olhar que todos os políticos seguem de perto o movimento da mídia e, quando podem, buscam tornar-se donos de meios de comunicação. Muitos políticos entram no mundo do mercado capitalista pela via da posse de meios de comunicação, porque entendem que dominar a mídia é o fator preponderante do acesso e permanência no poder. Informação é, entretanto, meio. Fim é a* ***formação****."*[13]

Por conseguinte, a lógica neoliberal utiliza-se dos meios de comunicação de massa para reproduzir e incrementar, ainda mais, as desigualdades sociais existentes, na medida em que incentiva o apelo ao consumo, de forma a arregimentar almas inconscientes, ávidas pela satisfação de suas necessidades materiais impostas por um padrão estético que se pretende universal, e não resiste ao pensamento crítico libertador, produto de uma formação adequada, e comprometida com a real busca do conhecimento.

A função do sistema constitucional seria, justamente, reequilibrar esta equação perversa para os carentes, hipossuficientes da matéria e do espírito, no intuito de conferir eficácia às normas programáticas positivadas na Constituição, que proclamam o valor igualdade, como por exemplo, a prevista no *caput* do art. 5º:

> *"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:"*

CONCLUSÃO

O sistema de cotas nas universidades públicas consiste em política destinada à realização, concretização, da justiça no acesso aos objetivos tutelados constitucionalmente pela educação, posto que apenas a partir de uma formação acadêmica comprometida com a busca da realidade torna-se possível desenvolver no educando seu espírito crítico, e sua cidadania,

---

13 DEMO, Pedro. *Introdução à sociologia: complexidade, interdisciplinaridade e desigualdade social.* São Paulo: Atlas, 2002. p. 363.

objetivos da educação previstos no art. 205 da Constituição Federal, de forma a filtrar os objetivos inconfessáveis do modelo neoliberal, interessado na reprodução e incremento da desigualdade social:

> *"Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."*

A reserva de vagas para os hipossuficientes encontra respaldo no princípio constitucional da *"igualdade de condições para o acesso e permanência na escola"*, positivado no inciso I do art. 206 da Constituição Federal, e na autonomia universitária para definir as formas de acesso a todos, beneficiários do direito subjetivo público do ensino gratuito, consoante previsto no *caput* do art. 207, c/c o art. 208, § 1º, da CF:

> *"Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:*
> *I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;*
> *Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.*
> *Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:*
> *(...)*
> *§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo."*

E não se venha contra-argumentar que constitui objetivo da República Federativa do Brasil a promoção do *"bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação"* (art. 3º, IV, CF), porquanto o sistema visa exatamente, a partir da identificação de grupos historicamente restringidos da igualdade de acesso à universidade, estabelecer política compensatória que reequilibre o corpo social, de forma a oferecer igualdade de oportunidades aos destinatários das normas constitucionais supracitadas.

A ideologia neoliberal, acostumada a hipervalorizar o individual, costuma alhear-se do corpo social onde se encontra inserida, ignorando o fato de que qualquer fenômeno humano, a partir do nascimento, ocorre, inexoravelmente, como produto de relações sociais, que **deveriam ser** éticas, segundo o imperativo categórico de KANT, **mas são**, infelizmente, relações de dominação e submissão, incumbindo ao sistema jurídico, enquanto sistema de controle social, o seu rearranjo, de forma a realizar a paz e a justiça social.

Mas não se pense a política do sistema de cotas enquanto perene, eterna, posto que deve ser gradativamente suprimida, à medida que atenuadas as razões de sua aplicação. O objetivo do Estado, desde que se chamava *polis*, sempre foi reduzir as desigualdades sociais através das políticas públicas, e a manutenção de políticas compensatórias de forma perene e imutável, compromete o objetivo fundamental da sociedade política, de mobilizar-se para exigir os seus direitos constitucionalmente tutelados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* em "Os Pensadores". V. 4. 1ª ed. São Paulo: Abril, 1973.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DEMO, Pedro. *Introdução à sociologia: complexidade, interdisciplinaridade e desigualdade social.* São Paulo: Atlas, 2002. p. 363.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Rio de Janeiro: Vitória, 1960.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SILVA, Alexandre. *O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro*. Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3479. Acesso em 03 de outubro de 2010.

VILA NOVA, Sebastião. *Introdução à sociologia*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, humanismo e democracia*. São Paulo: Malheiros, 1998.

O NEOCONSTITUCIONALISMO E A DIMENSÃO ÉTICO-MORAL DO DIREITO

Pryscila Barreto Passos. Advogada. Ex-assessora do Ministério Público do Estado de Sergipe. Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia (UFBA).

RESUMO: Este trabalho aborda a necessidade do restabelecimento da ética e da moral na aplicação do Direito após uma reformulação conceitual operada pelo Neoconstitucionalismo. Nele buscou-se abordar, primeiramente, a concepção pós-positivista na interpretação do ordenamento jurídico, com vistas a identificar na normatividade dos princípios uma supremacia axiológica da Constituição Federal. Após, esquadrinhou-se, resumidamente, os novos paradigmas propostos pela nova Teoria dos Princípios, baseando-se, para tal mister, em fundamentos propostos por Ronald Dworkin e Robert Alexy, onde restou consignada a importância de se formular critérios específicos a fim de evitar que uma interpretação axiológico-normativa do ordenamento jurídico desague em arbitrariedade.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo; ética; moral; teoria dos princípios.

ABSTRACT: This paper addresses the need to restore ethics and morality in applying the law after a conceptual reformulation operated by Neoconstitutionalism. Nelo sought to address, first, the post-positivist conception of legal interpretation, in order to identify the normative principles of an axiological supremacy of the Constitution. After, scanned, briefly, the new paradigm proposed by the new theory principles, relying, for such a task, on grounds proposed by Ronald Dworkin and Robert Alexy, where he remained enshrined the importance of formulating specific criteria to avoid an axiological-normative interpretation of the legal drainage in arbitrariness.

KEYWORDS: Neoconstitutionalism; ethics; moral theory of the principles.

1. INTRODUÇÃO

Um dos maiores estorvos para o Direito cinge-se à própria noção de Justiça. Afinal, o que seria uma decisão justa? Em verdade, a resposta para tal questionamento envolve não apenas um aspecto de subsunção entre fato e norma; requer, também, um exame fecundo, lastreado, principalmente, em embasamentos que envolvam discussões éticas e morais acerca da aplicação de determinada lei ao caso concreto, sob pena de, em assim não o sendo, o Direito perder a sua fundamentalidade.

Nesse toar, o principal objetivo deste trabalho é abordar, sinteticamente, o ressurgimento da dimensão ética e moral no Direito operado pelo Neoconstitucionalismo e por toda a Teoria dos Princípios que surge no âmbito pós-positivista.

O tema é de extrema importância para toda a sociedade na medida em que expõe a necessidade de uma compreensão acerca da evolução paradigmática pela qual a aplicação das leis e da própria Constituição Federal vem passando.

A pesquisa em testilha terá como limitação a ausência de um consenso doutrinário acerca do tema, uma vez que sua delimitação teórica ainda encontra-se em desenvolvimento.

A par dessas questões, o presente trabalho mostra-se exequível pela vasta percepção constitucionalista inspirada por conceituados doutrinadores que, a partir de um estudo minudente e responsável, estimulam o legislador e o julgador a traçarem novas perspectivas para a história do constitucionalismo brasileiro.

Dessa guisa, o artigo que ora se apresenta procura dar uma visão do pensamento de uma nova hermenêutica constitucional que traz uma preocupação diretamente relacionada a uma maior racionalização na aplicação de uma decisão, buscando, assim, o controle do voluntarismo na concretude da norma através de comandos éticos e morais.

2. BREVES NOTAS ACERCA DO NEOCONSTITUCIONALISMO E DA SUPREMACIA AXIOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO

A supremacia da Constituição, enquanto pressuposto de existência e validade de todas as normas e de todos os atos emanados do Poder Público, é fundamento imprescindível para a sustentação do Estado Democrático de Direito, pois ergue como um de seus princípios a atuação do governo na

efetivação dos direitos fundamentais e sociais por ela consignados.

O debate constitucional que hoje vem sendo desenvolvido por toda a doutrina constitucionalista moderna traz consigo o surgimento de um novo paradigma que tem sido designado como *neoconstitucionalismo*, *constitucionalismo pós-moderno* ou *pós-positivismo*.

Cônsono com o escólio de Sarmento, a palavra *neoconstitucionalismo* se refere a um conceito formulado na Espanha e na Itália cujo embasamento se encontra em doutrinadores das mais diversas linhas, a exemplo de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Härbele, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino[1].

Ana Paula Barcellos ensina que o prefixo *neo* indica o surgimento de uma nova teoria interpretativa do direito, como se o constitucionalismo que hoje é vivenciado estivesse substancialmente afastado das bases sob as quais foram erguidas o seu passado histórico. A autora alumia que:

> [...] De fato, é possível visualizar elementos particulares que justifiquem a sensação geral compartilhada pela doutrina de que algo diverso se desenvolve diante de nossos olhos, e, nesse sentido, não seria incorreto falar de um novo período ou momento do direito constitucional.[2]

Pretende-se, dentro dessa nova conjuntura, buscar vincular o constitucionalismo não mais à ideia de uma limitação do poder político[3], mas sim a uma nova realidade que busca precipuamente a concretização da Constituição, afastando-se, com isso, de um caráter meramente retórico de todo o seu texto.

Nesse segmento, mister trazer à baila comentário elucidativo do doutrinador Daniel Sarmento, onde, analisando as mudanças surgidas com essa novel ordem constitucional, assim apascentou:

> [...] Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 88, envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que

[1] SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo No Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org)**.** *Leituras complementares de direito constitucional. Teoria da Constituição.* Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 32-33.

[2] BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Disponível em < http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>. Acesso em 05/10/2010.

[3] CUNHA JÚNIOR. Dirley. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Jus Podium, 2006, p. 32.

> podem ser assim sintetizados : (a) **reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito**; (b) rejeição ao formalismo e ao recurso mais frequente a métodos ou " **estilos" mais abertos de raciocínio jurídico**: ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc.; (c) **reaproximação entre o Direito e a Moral**, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) **judicialização da política e das relações sociais**, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. (sem grifo no original)[4]

Vê-se, pois, que o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a "concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito" [5], razão pela qual a leitura clássica do princípio da separação dos poderes vem cedendo espaço para uma maior integração entre os poderes na busca de uma verdadeira democracia substantiva, afastando-se, com isso, do mito do legislador negativo, expressão que ganhou força com o positivismo normativista de Kelsen e que propugnava por uma maior valorização da lei enquanto fonte do Direito[6].

Passa-se a reconhecer a força normativa da Constituição e de seus princípios que, gize-se, são revestidos de uma elevada carga axiológica, a exemplo da dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade, função social da propriedade, entre outros, possibilitando, com isso, o desenvolvimento de um debate ético e moral acerca do papel do Judiciário frente à aplicação dessas verdadeiras cláusulas gerais[7], de modo a evitar que

---

[4] SARMENTO, op. cit., p. 31-32

[5] Walber de Moura Agra, apud, LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14ª edição.rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p.55.

[6] PAULA, Daniel Giotti de. Intranquilidade, Positivismo Jurisprudencial e Ativismo Jurisdicional na Prática Constitucional Brasileira. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras complementares de direito constitucional. Teoria da constituição.* Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p.321.

[7] Judith Martins-Costa, *apud*, Barroso informa que "[A] cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza , no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente " aberta", " fluida" ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato(ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema" In: BARROSO, Luis Roberto. Novos Paradigmas e Categorias da Interpretação Constitucional. In: NOVELINO, Marcelo (org). Leituras complementares de direito constitucional. Teoria da Constituição. Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 146.

a utilização de uma *dogmática fluida*[8] venha desaguar no arbítrio judicial.

Para Paolo Comanducci, o neoconstitucionalismo estaria sistematizado em três vertentes: teórico, ideológico e metodológico[9]. O neoconstitucionalismo teórico relaciona-se com o processo de constitucionalização do direito; o ideológico, por sua vez, traz a ideia de um modelo axiológico de interpretação da Constituição, demonstrando a necessidade de os poderes públicos protegerem os direitos e as garantias fundamentais; para tanto, defende a especificidade de uma hermenêutica diferenciada das normas constitucionais em relação às demais leis. Por fim, o metodológico sustenta a necessária conexão entre o Direito e a Moral, afastando-se, com isso, do positivismo metodológico[10].

Écio Oto[11], entremeando as vertentes do neoconstitucionalismo, explicita alguns de seus principais aspectos, dentre os quais se destaca o *judicialismo ético*. Nesse diapasão, o autor desenvolve a noção de que "essa tese propugna que a dimensão de justiça pretendida pela aplicação judicial comporta a conjunção de elementos éticos aos elementos estritamente jurídicos". Partindo-se de tal ilação, ter-se-ia que os juízes não mais estariam limitados ao método de subsunção na aplicação do direito; neste ponto, a utilização de preceitos morais passa, também, a ser legítima para justificar o seu posicionamento[12].

Barroso perfilha o entendimento segundo o qual a ética e a moral

---

[8] ROSA, Alexandre Morais da. *O direito flexível em Zagrebelsky* Disponível em: <http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com/2010/05/o-direito-flexivel-em-zagrebelsky-por.html>. Acesso em 06/10/2010.

[9] TAVARES, Rodrigo de Souza. *Neoconstitucionalismo e positivismo inclusivo: uma análise sobre a reformulação da teoria do positivismo jurídico hartiano.* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9897>. Acesso em 05/10/2010.

[10] Comanducci, *apud*, ROSSI, Amélia Sampaio. *Introdução. Constitucionalismo contemporâneo x positivismo jurídico. A realização dos direitos fundamentais sob a perspectiva neoconstitucionalistas. Conclusão.* Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf. Acesso em 06/10/2010.

[11] Oto, *apud,* Rossi, op. Cit.

[12] Analisando a evolução da técnica de interpretação e aplicação do direito, Barroso ensina que "Por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito. Como se sabe, ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior – a norma- incide sobre a premissa menor- os fatos-, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto. Como já assinalado, esse tipo de raciocínio jurídico continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito. Mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais." BARROSO, Luis Roberto. Novos Paradigmas e Categorias da Interpretação Constitucional. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras complementares de direito constitucional. Teoria da constituição*. Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 165.

materializam-se em princípios que estejam albergados na Constituição, seja de forma explícita ou implícita, de modo que estando o conteúdo constitucional imerso em preceitos éticos, o modelo subsuntivo de aplicação das normas jurídicas que vigorava no modelo positivista, não seria suficiente para fundamentar uma decisão, *ipsis litteris*:

> [...] Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; **(ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis**. (sem grifo no original)[13]

À guisa de tal conclusão, há de se adscrever que, muito embora seja dado ao juiz a possibilidade de realizar um leitura moral da Constituição, tem-se que tal atividade não pode levar a um arbítrio judicial, sendo essa uma das preocupações de Daniel Sarmento, ao enfatizar que, *ad litteras et verbas*:

> [...] como foi destacado acima, um dos eixos centrais do pensamento neoconstitucionalista é a reabilitação da racionalidade prática no âmbito jurídico, com a articulação de complexas teorias da argumentação, que demandam muito dos intérpretes e sobretudo dos juízes em matéria de fundamentação de suas decisões. [...] **A tendência atual de invocação frouxa e não**

[13] BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. JUSNAVIGANDI. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547> Acesso em: 05/10/2010.

> **fundamentada de princípios colide com a lógica do Estado Democrático de Direito, pois amplia as chances de arbítrio judicial, gera insegurança jurídica e atropela a divisão funcional de poderes, que tem no ideário democrático um dos seus fundamentos**[...] (sem grifo no original)[14]

Assim, técnicas de interpretação e de aplicação do direito foram sendo desenvolvidas objetivando o resgate da ética e de princípios morais, a fim de viabilizar o desenvolvimento de *uma nova teoria dos princípios*, que propõe uma maior racionalização destes na concretização do direito, seja em razão de sua normatividade, seja em razão do caráter aberto de seu conteúdo axiológico. A teoria acima relatada tem como principais expoentes Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujas doutrinas buscam comprovar não somente a normatividade dos princípios, como também a necessidade de uma dimensão ético - moral do Direito. É o que se passa a analisar, sinteticamente, no tópico subsequente.

3. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS EM RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY: FUSÃO DOS PLANOS DEONTOLÓGICOS E AXIOLÓGICOS. [15]

O plano social vivenciado atualmente traz a necessidade de um debate constitucional mais amplo, voltado necessariamente à resolução de questões complexas, afinal, já "não é possível examinar com seriedade os problemas contemporâneos sob um único ponto de vista ou oferecer-lhes uma resposta simples e direta, já que, com frequência, eles envolvem valores e interesses diversificados e conflitantes."[16]

Nesse paradigma, e considerando, ainda, o papel da Constituição na

[14] SARMENTO, op. cit., p. 60-63.

[15] Tendo em vista o objetivo principal do presente trabalho, será realizada apenas uma breve abordagem acerca do tema apresentado neste tópico. Adscreva-se, contudo, que o assunto é de extrema relevância acadêmica e doutrinária requerendo, por tal razão, um estudo mais aprofundado por parte daqueles interessados em aprender um pouco mais destas doutrinas que, certamente, influenciarão a nossa jurisprudência pátria na busca por decisões mais justas.

[16] Barcelos, *apud*, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, OLIVEIRA, Felipe Faria de. A Teoria da Ponderação de Valores e Os Direitos Fundamentais: Avanços e Críticas. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras complementares de direito constitucional. Teoria da constituição*. Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 188.

implantação de uma democracia substantiva, onde a inércia dos Poderes executivos e legislativos[17] impõe uma postura mais ativa do Poder Judiciário, é que exsurge a necessidade de reflexões acerca da postura ética do magistrado quando da aplicação do Direito, evitando que a discricionariedade termine por estabelecer um arbítrio judicial.

O Neoconstitucionalismo, ao estabelecer a normatividade dos princípios, ampliando, assim, as opções valorativas na interpretação das normas, não impede que as decisões judiciais sejam desprovidas de racionalidade e justificação, pelo contrário. O que se busca é a tentativa de equilibrar o discurso moral e a aplicação do direito ao caso concreto.

A nova teoria dos princípios buscará manter esta preocupação em sua metodologia. É o que se extrai do pensamento de Ronald Dworkin, ao propor uma *leitura moral da Constituição*[18]. Referido autor demonstra que valores como a liberdade, igualdade e solidariedade devem servir de fundamentos para o ordenamento jurídico, e que a produção e aplicação das disposições normativas devem ter por substrato esses valores democráticos, inserindo sua doutrina no campo de um liberalismo ético.

Antônio Maia, *apud*, Rosário[19] aduz que por querer atribuir uma valoração jurídica aos princípios, a posição de Dworkin, por vezes, é caracterizada como uma espécie de retorno ao jusnaturalismo; no entanto, Maia afasta essa tese sob o argumento de que, para aquele autor, a justificação principiológica de uma decisão não se afastaria de uma moral objetiva, uma vez que os "juízes devem submeter-se à opinião geral e estabelecida acerca do caráter do poder que a Constituição lhes confere. A leitura moral lhes pede

[17] SOARES, op.cit., p. 134 esclarece que "Sendo assim, a concepção de uma Constituição como norma afeta diretamente a compreensão das tarefas legislativas e jurisdicional. De um lado, o caráter voluntarista da atuação do legislador cede espaço para a submissão ao império da Constituição. De outro lado, o modelo dedutivista de aplicação da lei pelo julgador, típico da operação lógico-formal da subsunção, revela-se inadequado na concretização dos princípios, abrindo margem para o recurso da operação argumentativa da ponderação"

[18] Vicente Barretto, esquadrinhando o pensamento de Ronald Dworkin acrescenta que a ideia de *uma leitura moral* da constituição esta "vinculada à concepção da democracia como um regime político que se fundamenta em valores morais da pessoa humana[...]. O sentido da leitura constitucional torna-se moral na medida em que esses valores são encarados não como simples arranjos políticos-institucionais, mas sim como dimensões morais do cidadão a serem implementados na sociedade política." In. BARRETTO, Vicente. *A leitura ética da Constituição*. Disponível em :<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/VIVE.pdf>. Acesso em: 06/10/2010.

[19] ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. *Neoconstitucionalismo, a teoria dos princípios e a dimensão ético-moral do direito*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2357.pdf >. Acesso em 06/10/2010.

que encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais"[20].

Portanto, vê-se que, para Dworkin, a função da interpretação judicial está diretamente jungida à necessidade de racionalizar o dado ordenamento jurídico partindo-se de uma moralidade dinâmica[21]. Em assim sendo, ele justifica o ativismo judicial na medida em que cabe ao magistrado se orientar por uma moral social cambiante, a fim de promover a evolução e reconstrução do ordenamento vigente com fulcro nos conteúdos assimilados pelos princípios.[22]

Robert Alexy, assim como Ronaldo Dworkin, compartilha a preocupação de se buscar alternativas para conter a discricionariedade judicial, enfatizando a necessidade de correção de um raciocínio judiciário que, eventualmente, esteja em desacordo com o caráter deontológico dos princípios jurídicos[23].

Alexy ressalta, entretanto, que Dworkin não apresenta nenhum procedimento capaz de demonstrar como se obter a única resposta correta, uma vez que ele defendia a ideia de um "Juiz Hércules", ou seja, aquele juiz munido de todas as capacidades e informações necessárias ao desempenho de sua tarefa[24].

Nessa perspectiva, Alexy desenvolve um sistema jurídico objetivando complementar a teoria de Dworkin; para tanto, desenvolve uma *técnica de ponderaç*ão de valores, fortemente lastreada no princípio da proporcionalidade[25]. O que mais importa nesta técnica é que ela traz alguns nortes de como solucionar as colisões quando estas envolverem princípios fundamentais.

Barroso, *apud*, Menezes apascenta que:

> [...] A ponderação, como mecanismo de convivência de normas que tutelam valores ou bem jurídicos contrapostos, conquistou amplamente a doutrina e já repercute nas decisões dos tribunais. A vanguarda

[20] Dworkin, *apud*, MENEZES, Luciana. *O neoconstitucionalismo e a interpretação do direito.* Disponível em: < http://www.webartigos.com/articles/4197/1/Neoconstitucionalismo-E-A-Interpretacao-Do-Direito/pagina1.html>. Acesso em 05/10/2010.

[21] Diferente da moralidade na versão jusnaturalista que é estática.

[22] Maia, *apud*, ROSÁRIO, op.cit.

[23] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, OLIVEIRA, Felipe Faria de. A Teoria da Ponderação de Valores e Os Direitos Fundamentais: Avanços e Críticas. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras complementares de direito constitucional. Teoria da Constituição*. Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 188.

[24] Maia, *apud*, ROSÁRIO, op.cit.

[25] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, OLIVEIRA, Felipe Faria de. A Teoria da Ponderação de Valores e Os Direitos Fundamentais: Avanços e Críticas. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras complementares de direito constitucional. Teoria da Constituição.* Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 188.

> do pensamento jurídico dedica-se, na quadra atual, à busca de parâmetros de alguma objetividade, para que a ponderação não se torne uma fórmula vazia, legitimadora de escolhas arbitrárias. É preciso demarcar o que pode ser ponderado e com sê-lo.[26]

Consoante enuncia Alexy, o Direito promove uma correção, sendo o seu elemento central a justiça. Dessa maneira, é empreendida uma necessária vinculação entre o Direito como ele é, e o Direito como ele deve ser, com isso, aproximam-se as noções ente Direito e Moral[27].

Vê-se, pois, que o autor alemão se preocupava demasiadamente em conter o arbítrio judicial, por tal razão, "é possível identificar uma subdivisão do princípio - ou postulado - da proporcionalidade para abarcar três outros subprincípios ou máximas a serem seguidos de forma necessária e subsequente para a correta utilização da ponderação de valores"[28], que podem ser traduzidos na adequação, necessidade e proporcionalidade.

Em que pese algumas críticas a respeito da teoria da ponderação de valores na jurisprudência pátria, já é possível identificar alguns julgados no STF que acolhem suas diretrizes.

> **Prisão Preventiva para Fins de Extradição: Bons Antecedentes e Princípios da Proporcionalidade-2**
>
> Asseverou-se que, apesar da especificidade das custódias para fins extradicionais e a evidente necessidade das devidas cautelas em caso de seu relaxamento ou de concessão de liberdade provisória, seria desproporcional o tratamento ora dispensado ao instituto da prisão preventiva para a extradição no contexto normativo da CF/88**. Diante disso, afirmou-se que a prisão preventiva para fins de extradição haveria de ser analisada caso a caso, sendo, ainda, a ela atribuído limite temporal, compatível com o princípio da proporcionalidade,**

[26] MENEZES, op.cit.
[27] ROSÁRIO, op.cit.
[28] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, OLIVEIRA, Felipe Faria de. A Teoria da Ponderação de Valores e Os Direitos Fundamentais: Avanços e Críticas. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras complementares de direito constitucional. Teoria da Constituição.* Salvador, Editora JusPodivm, 2009, p. 192.

> **quando seriam avaliadas suas necessidade, sua adequação e sua proporcionalidade em sentido estrito**. Tendo em conta os bons antecedentes do paciente e a necessidade de ser verificada a compatibilidade da custódia com o princípio da proporcionalidade, a fim de que esta seja limitada ao estritamente necessário, entendeu-se que, na hipótese, estariam presentes os requisitos autorizadores da concessão do habeas corpus[...] Vencidos os Ministros Menezes Direito e Marco Aurélio que indeferiam o writ, mantendo a jurisprudência da Corte no sentido de que a prisão preventiva para fins de extradição constitui requisito de procedibilidade do processo extradicional e deve perdurar até o julgamento final da causa (Lei 6.815/80, art. 84, parágrafo único). HC 91657/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 13.09.2007. (HC-91657) (sem grifo no original)[29]

À guisa da pequena abordagem acerca da Teoria dos Princípios aqui realizada, intruje-se que os postulados ora apresentados são instrumentos que auxiliam o magistrado a proceder de forma ética na aplicação e na interpretação do ordenamento jurídico, evitando, através de seus preceitos, a ocorrência de decisões que estejam equidistantes da Moral, da Ética e do próprio Direito.

Entretanto, há de se pontuar que, por se estar diante de algo que vem inovar sobremaneira a forma de aplicar o Direito, as teorias neoconstitucionalistas acima alinhavadas enfrentam uma série de questionamentos por parte de alguns doutrinadores que veem o constitucionalismo contemporâneo como antidemocrático, na medida em que o reconhecimento da normatividade dos princípios envolve uma valoração moral muito grande nas decisões jurídicas, o que geraria uma insegurança maior aos jurisdicionados.

Fato é que no neoconstitucionalismo ainda não existe um consenso doutrinário acerca das técnicas que são utilizadas no processo de argumentação dos juízes; entrementes, não se pode descurar da importância de seus preceitos para o progresso e desenvolvimento do direito, pois, ao menos, ele buscou demonstrar a necessidade de superar uma "leitura

[29] A utilização da técnica de ponderação de valores também pode ser identificada em outras decisões, a exemplo do RE- AgR 376749; IF 2127/SP.

matemática" da Constituição, defendendo o retorno da dimensão ético-moral na aplicação das normas.

4. CONCLUSÃO

O Neoconstitucionalismo propõe uma nova abordagem na aplicação do direito preocupando-se, sobretudo, com a legitimidade das decisões judiciais. Nesse diapasão, promove o retorno do Direito à ética embasando-o em conceitos que tragam o "bom", o "correto" e o "justo" como premissas para sua fundamentalidade, de modo a alcançar uma maior proteção à integridade moral do homem.

Tais conceitos, entretanto, não são dados, são construídos na prática. Propostas teóricas que venham a balizar a construção de novos procedimentos serão sempre desenvolvidas; contudo, de nada adianta a ciência se o homem não souber ou não tiver em seu coração a convicção de que é necessário ousar, libertar-se de arcaicos dogmas e enfrentar novos paradigmas com a sapiência de que a evolução da sociedade está diretamente unida à capacidade de se empreende profundas reformas, não para prejudicar, mas para facilitar a vida e promover a dignidade de todos, pois este é o principal escopo do Direito.

O fato é que hoje se vive em país onde o menoscabo aos direitos fundamentais retira cada dia a confiança e o prestígio na Constituição, levando o povo brasileiro a desvanecer na esperança de que possa um dia existir como verdadeiros cidadãos.

Por tal razão, vê-se a necessidade de ultrapassar os limites de uma interpretação literal se se quiser buscar o verdadeiro sentido e os reais valores morais e éticos das normas. Somente desta maneira conseguir-se-á fornecer à Constituição Federal o seu real propósito: a defesa da sociedade.

5. REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Disponível em < http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>. Acesso em 05/10/2010.

BARRETTO, Vicente. *A leitura ética da Constituição.* Disponível em:<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/VIVE.pdf>. Acesso em: 06/10/2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização*

do direito. JUSNAVIGANDI. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547> Acesso em: 05/10/2010.

_____. Novos Paradigmas e Categorias da Interpretação Constitucional. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras complementares de direito constitucional. Teoria da Constituição.* Salvador, Editora JusPodivm, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, OLIVEIRA, Felipe Faria de. A Teoria da Ponderação de Valores e Os Direitos Fundamentais: Avanços e Críticas. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras complementares de direito constitucional. Teoria da constituição.* Salvador, Editora JusPodivm, 2009.

CUNHA JÚNIOR. Dirley. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Jus Podium, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14ª edição.rev.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENEZES, Luciana. *O neoconstitucionalismo e a interpretação do direito.* Disponível em: < http://www.webartigos.com/articles/4197/1/Neoconstitucionalismo-E-A-Interpretacao-Do-Direito/pagina1.html>. Acesso em 05/10/2010.

PAULA, Daniel Giotti de. Intranquilidade, Positivismo Jurisprudencial e Ativismo Jurisdicional na Prática Constitucional Brasileira. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras complementares de direito constitucional. Teoria da constituição.* Salvador, Editora JusPodivm, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. *O direito flexível em Zagrebelsky*. Disponível em: <http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com/2010/05/o-direito-flexivel-em-zagrebelsky-por.html>. Acesso em 06/10/2010.

ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. *Neoconstitucionalismo, a teoria dos princípios e a dimensão ético-moral do direito.* Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2357.pdf >. Acesso em 06/10/2010.

ROSSI, Amélia Sampaio. *Introdução. Constitucionalismo contemporâneo x positivismo jurídico. A realização dos direitos fundamentais sob a perspectiva neoconstitucionalistas. Conclusão.* Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf.> Acesso em 06/10/2010.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo No Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras complementares de direito constitucional. Teoria da Constituição.* Salvador, Editora JusPodivm, 2009.

TAVARES, Rodrigo de Souza. *Neoconstitucionalismo e positivismo inclusivo: uma análise sobre a reformulação da teoria do positivismo jurídico hartiano.* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9897>. Acesso em 05/10/2010.

OS DIREITOS DO EMPREGADO DOMÉSTICO À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Grayce Kelly Silva de Alencar, Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes-UNIT. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho-UGF. Aluna da Escola de Magistratura do Estado de Sergipe (Esmese).

RESUMO: Doutrinariamente, tem-se defendido a existência de um tratamento mais digno para os empregados domésticos, pois, até o presente momento não lhes são assegurados os mesmos direitos tutelados para os demais trabalhadores, tentando justificar a medida, pelo simples fato de a finalidade do trabalho doméstico não visar lucros. O enfoque deste estudo refere-se às discriminações sofridas pelos empregados domésticos, que são, sem sombra de dúvida, merecedores da equiparação em direitos e garantias aplicados aos demais trabalhadores, com o intuito de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da igualdade na relação de emprego. Concluindo-se que injustificado e não cabível é qualquer forma de discriminação e diferenciação aos empregados domésticos em relação aos demais trabalhadores.

PALAVRAS-CHAVE: Empregado doméstico; equiparação; igualdade; dignidade; discriminação.

ABSTRACT: Historically, a better treatment of this category has defended**,** however, at this moment; this category has not been granted the same right imposed, with the explanation that domestic work does not have a profitable finality. The focus of this study refers to the discriminations suffered by the constructors that, without a doubt, deserve to have any and all benefits that are granted to any other profession, with the finality to reach a higher human being dignity level, as well as equal rights compared to any other job. Concluding that unjustified incapability to do the job is the type of discrimination and differentiation between domestic workers and other workers.

KEYWORDS: Domestic workers; equalization; equality; dignity; discrimination.

1. INTRODUÇÃO

O trabalhador doméstico vem ao longo do tempo, conquistando direitos que há muito lhe eram negados. Contudo, essa modalidade de trabalho ainda continua sendo discriminada, mais das vezes destinada às pessoas que não tiveram a oportunidade de estudar e entrar com qualificação profissional na concorrência para o mercado de trabalho.

Por essa razão muitos dos empregados domésticos são desqualificados, despreparados e sem instrução formal. O fator cultural também tem forte peso quando é tratada a questão do trabalhador doméstico, principalmente porque a sociedade não valoriza as funções por eles realizadas, a exemplo da limpeza.

Assim, é fato que o empregado doméstico deve ser amparado legalmente como todos os trabalhadores, apesar das condições atípicas do seu ofício. Portanto, faz-se necessário a luta pela igualdade de direitos com os demais trabalhadores, como também, a garantia de que seja cumprida a legislação já existente.

As restrições impostas aos empregados domésticos ferem o princípio da igualdade por serem estes privados de gozarem dos mesmos direitos atribuídos aos demais trabalhadores.

Nesse patamar, informe-se que a violação dos princípios, por serem normas jurídicas gerais, que servem de arrimo a um ordenamento jurídico ou a uma sociedade, detêm maior gravidade do que a transgressão de uma norma, onde a desatenção a um princípio implicará a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO EMPREGADO DOMÉSTICO

No Brasil, "o trabalho doméstico teve o seu marco inicial com o surgimento dos escravos, oriundos da África onde eram utilizados para fazer os trabalhos domésticos, cozinhando ou mesmo servindo de criados" (MARTINS, 2007, p. 2).

Na época, não havia no nosso sistema jurídico uma regulamentação específica para o trabalho doméstico; dessa maneira, eram aplicados preceitos do Código Civil, no que diz respeito à locação de serviços.

A regulamentação jurídica do empregado doméstico só foi feita com a lei específica, Lei nº 5.859/72, por sua vez regulamentada pelo Decreto nº 71.885/73.

No que diz respeito ao empregado doméstico, a Lei nº 5.859/72, em seu art. 1º definiu-o como "aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas".

Segundo Amauri Mascaro Nascimento (1994, p. 164) o mais correto seria dizer que "o empregado doméstico deve prestar serviços à pessoa ou à família para o âmbito residencial destas". Dessa forma, engloba também aqueles que prestam serviços externos a casa como o motorista e o jardineiro por exemplo.

Para a caracterização do empregado doméstico alguns requisitos devem ser observados, a saber: trabalho de natureza contínua, trabalho sem fins lucrativos, prestação de trabalho à pessoa física ou à família, trabalho no âmbito residencial do empregador doméstico, forma onerosa de trabalho, subordinação jurídica e pessoalidade.

3. PROTEÇÃO LEGAL DO EMPREGADO DOMÉSTICO

A partir da Lei 5.859/72, o empregado doméstico passou a ser considerado como um empregado especial, sendo regido e tutelado por uma legislação específica. No entanto, a Lei 5.859/72 regulamenta o trabalho doméstico concedendo direitos trabalhistas de forma tímida.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 7º assegurou aos empregados domésticos as garantias de alguns direitos constitucionais, a saber:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
>
> VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
>
> VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração

> integral ou no valor da aposentadoria;
>
> XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
>
> XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
>
> XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
> XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
> XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
> XXIV - aposentadoria;

Anteriormente, à Constituição de 1988, o doméstico recebia menos de um salário mínimo, não fazia "jus" a 13º salário, aviso prévio e repouso semanal remunerado. A Lei 5.859/72 assegurava apenas ao empregado doméstico anotações na CTPS, férias anuais de 20 dias e Previdência Social.

No entanto, estes empregados domésticos, não fazem jus aos direitos contidos nos demais incisos previstos no art. 7º, vale citar:

> I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;
>
> V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;
>
> X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
>
> XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;
>
> XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

> XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
>
> XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;
> XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;
> XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
> XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
> XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;
> XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

Importante ressaltar, que o empregado doméstico pode ter acesso ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) somente se o empregador concordar em efetuar os depósitos. Caso isso aconteça, o trabalhador passa também a ter direito ao seguro-desemprego. Em outras palavras, o benefício do FGTS é facultativo, sendo um ato volitivo do empregador.

Assim, embora haja diversos direitos previstos na Constituição Federal e em leis infraconstitucionais para os empregados comuns, estes em sua maioria não são aplicados para os empregados domésticos.

A Lei 11.324/2006 trouxe algumas alterações relevantes no cenário jurídico do empregado doméstico, que trata do repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos, no qual os empregados domésticos eram excluídos desses benefícios.

Dessa forma, a discussão causada em torno da lei, trouxe ao cenário o debate em relação à igualdade de direitos para essa categoria de trabalhadores, vindo assim o Legislativo aprovar o texto da proposta para ampliar os direitos para essa classe.

Foram ampliados seis direitos, onde três deles foram vetados pelo Presidente da República, entre eles o salário família; a inclusão obrigatória

da categoria ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); direito a seguro-desemprego sem condição a opção pelo FGTS.

Entre os direitos ampliados para essa classe de trabalhadores, encontramos as férias, que teve o seu aumento para 30 dias corridos.

Outro ponto importante trazido com essa lei foi à estabilidade da empregada gestante, onde agora possui estabilidade até o quinto mês após o parto, garantindo assim a segurança e bem-estar da gestação.

4. OS DIREITOS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios são normas jurídicas que servem de arrimo a um ordenamento jurídico ou a uma sociedade. Significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito, ou seja, indica o alicerce do Direito.

Devido a sua grande importância, é de bom alvitre trazer à baila o conceito de princípio. No entendimento de Melo (1995, p. 68) princípio é um

> [...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico**.**

No ápice da pirâmide jurídica como superioridade hierárquica está a Constituição Federal. Logo abaixo encontra-se as normas infraconstitucionais. De acordo com a supremacia da Constituição, os princípios constitucionais constituem normas superiores que adquirem dessa forma, neles próprios seu fundamento de validade.

Com isso, sua superioridade normativa implica a necessidade de que todos os atos estejam em conformidade com a Constituição. Um princípio está sempre relacionado com outros princípios e normas, que lhes dão equilíbrio e reafirmam sua importância.

O princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio maior e aglutinador dos demais, como a liberdade, igualdade e a autonomia,

deve expressar para a sociedade a segurança e a realização de condições da igualização dos indivíduos em sociedade, de forma harmônica e sem discriminação de qualquer ordem.

Embora não exista hierarquia dos princípios constitucionais é evidente que o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental que direciona todos os demais, de forma que a dignidade da pessoa humana prevista na Constituição Federal está a garantir o próprio Estado Democrático de Direito.

Assim, os operadores e intérpretes do direito, devem valorizar a dignidade da pessoa humana que é um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Segundo Moraes (2007, p. 46):

> A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Nesse diapasão, esclareça-se que o empregado doméstico não deve receber um tratamento inferior por parte do seu empregador. É imperioso advertir que o empregado doméstico não é escravo, devendo ter um trabalho digno.

Isso posto, pode-se afirmar que a categoria dos empregados domésticos muitas vezes não são tratados de uma maneira digna, e sim como meros objetos, ou seja, coisa, o que deixa claro a desigualdade de tratamento enfrentado por esses trabalhadores, o que fere o princípio constitucional.

Assim "[...] será desumano, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto" (MORAES, 2001, p. 85).

Assim, o direito ao trabalho digno aparece como consequência imediata da dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Federal do Brasil.

Dessa forma, necessário analisar o conceito jurídico da dignidade da pessoa humana nas palavras de Sarlet (2001, p. 60):

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

A defesa dos direitos humanos almeja construir um mundo civilizado, no qual haja mútuo respeito e igual consideração entre os indivíduos, pelo simples fato de serem pessoas.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, é caracterizada como indispensável para a ordem social, como diz Sarlet (2001, p. 59):

> Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

O artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 02/10/1789, cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem

iguais em direito (*Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Article premier – Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*).

Foi através das ideias iluministas que a igualdade refletiu em todo o mundo derrubando dessa forma os regimes absolutistas. A Constituição Federal de 1988 alberga vários valores fundamentais, dentre os quais está o princípio da igualdade.

Assim prescreve o *caput* do art. 5º da nossa Constituição Federal de 1988: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]".

Em outras palavras, a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira. Sendo assim, é inconstitucional qualquer tratamento que fira um destes bens jurídicos tutelados sem que as leis brasileiras lhe deem a devida proteção. Essa cláusula está embutida no próprio artigo assegurando a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Para conceituar o princípio da igualdade tem-se como melhor definição a de Melo (1995 p. 39) que assim se posiciona:

> A lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada. Assim entende-se que o Princípio da Igualdade, mais que uma expressão do Direito, é uma maneira digna de se viver em sociedade, onde visa num primeiro momento 'propiciar garantia individual' e num segundo 'tolher favoritismos'.

A igualdade dos seres humanos deve ser compreendida, sob dois pontos de vista distintos: o da igualdade substancial e o da igualdade formal.

O princípio da igualdade é visto como um difícil tratamento jurídico. Assim, a igualdade substancial exige um tratamento uniforme de todos os homens, não sendo visto como um tratamento igual perante o direito, mas sim de uma igualdade real perante os bens da vida.

Através da igualdade substancial, se chega a um tratamento uniformizado de todos os seres humanos, sendo alcançada a equiparação no tocante a concessão de oportunidades, ou seja, as oportunidades devem ser oferecidas com base na igualdade substancial de uma forma igualitária para todos os cidadãos.

Observa-se a igualdade substancial no artigo 3º, inciso III da Constituição Federal, onde tem por objetivo esse tipo de igualdade, erradicar a pobreza e a marginalização reduzindo consequentemente as desigualdades sociais e regionais.

Advém, no entanto, que a igualdade substancial embora humanitária e desejável, está longe de ser alcançada quanto aos empregados domésticos, uma vez que é visto pela maioria da sociedade como uma categoria de empregados indignos de receber um tratamento justo.

A igualdade formal deve ser entendida como a igualdade diante da lei vigente, devendo esta vir a ser interpretada como um impedimento à legislação de privilégios de classe, ou seja, igualdade esta apenas diante da lei e da sociedade. Importante se faz colocar o entendimento do professor Sarlet (2001, p. 89), a respeito do princípio da igualdade:

> O princípio da igualdade encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toa e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.

A igualdade formal está estabelecida na Constituição Federal no seu artigo 3º no inciso IV, objetivando promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras forma de discriminação.

Igualar os direitos dos empregados domésticos ao das demais categorias poderia ser uma forma de corrigir uma injustiça estabelecida há mais de 20

anos pela nossa Constituição Federal, em seu artigo 7º, parágrafo único, uma vez que concedeu aos domésticos apenas nove direitos trabalhistas, dos trinta e quatro que são assegurados aos demais trabalhadores.

Deste modo, é de se concordar que os empregados devem ter seus direitos garantidos independente da atividade que desempenha, com isso não seria necessário o acréscimo de novos incisos na Constituição Federal, mas sim a retirada do caráter discriminatório presente na legislação.

Acredita-se que observar os princípios constitucionais, entre eles e em especial o princípio da igualdade e o da dignidade da pessoa humana é contribuir para que os empregados domésticos cada vez mais, tenham seus direitos mínimos assegurados como os demais empregados.

No dia 16 de junho de 2011, a Organização Internacional do Trabalho aprovou em Genebra uma nova convenção, atribuindo aos trabalhadores domésticos os mesmos direitos dos demais trabalhadores. A Convenção estabelece que todas os empregados domésticos devem ter contrato assinado e um limite para a jornada de trabalho.

De acordo com o Ministro do Trabalho, Carlos Lupi, haverá um projeto de lei nesse sentido e o governo quer ser um dos primeiros a ratificar a convenção. Dados do Ministério do Trabalho indicam que quase 15% dos trabalhadores domésticos do mundo estão no Brasil.

No país, hoje, são cerca de 7,2 milhões de trabalhadores domésticas, mas apenas 10% têm suas carteiras assinadas. De acordo com o jornal *Estado de São Paulo*, desde 2008, o número de empregados domésticos aumentou em quase 600 mil.

5. CONCLUSÃO

Ao longo da história da humanidade verifica-se uma evolução na proteção jurídica do trabalho doméstico. É certo que jamais será possível se ter, uma sociedade livre e justa, sem a prática dos atos direcionados para realização dos princípios fundamentais imersos na Constituição Federal.

A dignidade da pessoa humana é o norte que deve ser seguido pelas relações de trabalho. A partir da Constituição Federal de 1988, os domésticos tiveram seus direitos trabalhistas ampliados que antes não lhes eram assegurados.

Todavia, a própria Constituição Federal o exclui de alguns direitos, assim não havendo uma equiparação dos direitos fundamentais com os demais

empregados urbanos e rurais.

No decorrer do estudo realizado, pode-se observar que a luta pelos direitos dos empregados domésticos ainda está longe de se findar. Apesar de todas as conquistas alcançadas ao longo dos anos, culminando com a atual Lei 11. 324/06, muito ainda há de ser debatido para que esses trabalhadores possam ser vistos como cidadãos.

O trabalho humano é o valor mais importante a ser respeitado, devendo ser estabelecido a igualdade nas relações empregatícias do doméstico.

O empregado doméstico representa uma categoria que só conseguiu conquistar os seus direitos aos poucos. No entanto, mesmo sendo inegável a sua evolução, ainda se tem muito a percorrer para chegar a uma justa igualdade de direitos com os demais empregados e um trabalho digno para o empregado doméstico. Espera-se que este futuro não seja perdido de vista.

6. BIBLIOGRAFIA

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa Brasileira.* Brasília. Assembléia Constituinte, 1988.

FRANÇA. *Declaração dos direitos do homem e do cidadão.* De 26 de agosto de 1789. Disponível em: < http://www.fm-fr.org/fr/article.php3?id_article=33>. Acesso em: 12 de junho de 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Manual do trabalho doméstico.* 9 ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

_____.*Elementos do direito administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. São Paulo: Saraiva 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva 1994.

OIT aprova novos direitos para doméstica. De 17 de junho de 2011. Disponível em: <http://economia.ig.com.br/oit+aprova+novos+direitos+p

ara+domesticas/n1597033860216.html.> Acesso em: 28 de julho de 2011.
SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Denise Vieira Gonçalves, Advogada em Sergipe, tem formação em Direito e Pedagogia. Pós-Graduada em Direito Empresarial e Didática do Ensino Superior. Pós-Graduanda em Direito do Estado pela Ciclo – Faculdade Social da Bahia. Pós-Graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Sergipe – FASE. Cursa Doutorado em Direito Penal na Universidade de Buenos Aires – UBA.

RESUMO: Versa o presente trabalho sobre a aplicabilidade do controle judicial em face da Administração Pública, tendo no Judiciário alicerce para a consecução dos direitos fundamentais da cidadania. Não se pretende fazer aqui uma apologia ao Poder Judiciário. Por isso, apontam-se limites ao exercício do poder de controle, visto que não se deseja substituir o papel fundamental dos poderes Executivo e Legislativo pelas decisões judiciais. Ao contrário, o objetivo é a consolidação da democracia que se concretiza na convivência harmoniosa entre os Poderes, na maior participação popular nas decisões e na abertura de espaços para o exercício desse direito.

PALAVRAS-CHAVE: Controle judicial; Estado Democrático de Direito; princípios constitucionais.

ABSTRACT: This article is about the application of judicial control in Public Administration with the Judiciary as basis to application of fundamental rights of citizenship. There isn't any defense to Judiciary Power. Therefore, limits are showed to control mechanisms because the fundamental role of Executive and Legislative Power must not be substituted for judicial decisions. On the contrary, the objective is become solid the democracy through the harmony between The Powers and more popular participation to decide.

KEYWORD: Judicial control; democratic state of law; constitucional principles.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Controle Judicial: razões e aplicabilidade; 3. Considerações finais; 4. Referência.

1. INTRODUÇÃO

O Controle Judicial da Administração Pública há muito suscita entre aqueles que militam em torno dos temas do Direito Público considerável discussão.

Assim sendo, debate-se na verdade, acerca do Estado e suas funções, limites e inserções na sociedade.

Por óbvio pode-se afirmar que a preocupação com a matéria foi fruto do desenvolvimento e evolução do tema do controle do exercício do poder político ao longo da história humana. Nesse viés, encontram-se formas incipientes de controle do poder político já no senado romano, nos conselhos de anciãos dos povos bárbaros, no colégio de sábios ateniense, entre outros, que tinham por finalidade exercer controle político sobre os governantes.

Na esteira dessa evolução histórica, a necessidade de controle social tomou proporções inéditas e Montesquieu formulou a ideia da tripartição do poder político, dominado pela ideia de que quem tem poder tende a dele abusar. Assim, nasceu a teoria dos freios e contrapesos equilibrando os Poderes.

Na atualidade, o preceito constitucional do segundo grau de jurisdição revela a premência de um julgamento revisor e feito por um colegiado composto por pessoas de notório saber. E o papel de dirimir conflitos, dentro do que foi instituído pela tripartição dos poderes, foi delegado ao Judiciário que, por determinação constitucional, deve apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito, consoante dizer do inciso XXXV do art. 5º da nossa Carta Magna.

Trilhando esse caminho, o Desembargador Jessé Torres Pereira Junior em seu livro *Controle Judicial da Administração Pública: Da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável*, afirma:

> [...] Falar de controles sobre a Administração Pública é falar de cidadania, se se acolher, como própria e devida, a ética humanista, que põe o homem como princípio e fim de todos os esforços e empreendimentos rumo à construção do que o art. 3º, I, de nossa Carta Fundamental denomina de "sociedade livre, justa e solidária". (PEREIRA, 2006, p.16)

A cidadania de que trata o insigne jurista é a mesma a que se refere a Nossa Carta Política em seu art. 1º, inciso II. Ou seja, é a cidadania nos seus aspectos civis, políticos e sociais, que promove a dignidade da pessoa humana, inciso III do mesmo artigo constitucional e exerce o poder por meio de representantes eleitos ou de forma direta, consoante parágrafo único do artigo em comento.

Já em seu art. 2º a Carta Maior Brasileira textualiza que "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário", reafirmando a tripartição dos poderes, consolidando as funções de cada um destes poderes. E, sem embargos, ao afirmar que o poder emana do povo que o exerce de forma direta ou indireta por meio de representantes e ao declarar que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal deixa evidenciado, se a tomamos numa exegese sistemática, que "o Estado de Direito é estado de legitimidade", consoante aduz a eminente professora Lúcia Valle Figueiredo em seu livro *Estudos de Direito Público*. Isso significa que a democracia deve se assentar sobre os princípios da constitucionalidade, da justiça social, do sistema de direitos fundamentais, da igualdade, da divisão dos poderes, da legalidade e da segurança jurídica.

Nesse mister o controle judicial sobre os atos da Administração é pilar estruturante do Estado Democrático de Direito. Ao Judiciário cabe apreciar qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. Este preceito constitucional, já anteriormente citado, emoldura de forma contumaz a função judicial, inclusive no que pertine à ação dos governantes, que podem e devem, em respeito ao princípio da separação dos poderes, praticar atos que julguem convenientes e oportunos. Entretanto, a prática destes atos também se subsume à lei, mas a lei em seu sentido amplo, ou seja, ao ordenamento jurídico e aos princípios que o fundamentam e, portanto, não fogem ao controle judicial.

Delimitar até onde e como o controle judicial da Administração Pública deve ir e ser feito, sem ferir os princípios democráticos, é tarefa árdua e de permanente discussão entre os operadores do direito, em todas as sociedades organizadas e ao longo de muito tempo.

Atualmente, a relevância do tema aqui trazido se constata nos inúmeros casos de impetração de Mandados de Segurança, Mandados de Injunção, Habeas Corpus e Habeas Data, além das Ações Civis Públicas que são movidas por cidadãos e/ou pelo Ministério Público, junto ao Judiciário,

com vistas a contrariar atos de agentes públicos, principalmente Chefes do Poder Executivo.

2. CONTROLE JUDICIAL: RAZÕES E APLICABILIDADE

A origem do problema do controle judicial da administração pública, como já visto, subsume-se ao comportamento ambíguo e contraditório do Estado em relação ao cidadão. Se por um lado o Estado é o efetivo promotor do interesse público e tem por encargo elaborar e executar políticas públicas em favor da sociedade, por outro, tem se consagrado, como responsável pela violação dos direitos individuais e coletivos que deveria guardar, ao elaborar e executar políticas públicas que desatendem a sociedade, desrespeitando princípios fundamentais constitucionalmente positivados os quais tem o dever de colocar em prática.

Assim, quando o Estado age ou se omite de agir causando a violação dos direitos do cidadão fomenta a necessidade de um maior controle sobre suas ações.

A questão está em como esse controle deve ser exercido e sobre quais fundamentos, o que implica, também, discutir que instituição deverá fazê-lo, de que forma e com qual alcance.

De acordo com Jessé Torres Pereira (2006, p. 17):

> Questão central que sempre preocupou e preocupa teóricos e reformadores sociais, é a de saber por que e como a sociedade se mantém, a despeito do egoísmo individual e dos conflitos coletivos que acompanham a presença do homem no planeta. Para a maioria desses cientistas sociais a resposta repousa no controle. O chamado controle social é o que protege a sociedade contra os desmandos do indivíduo e de grupos.

Por conseguinte, para que seja exercido sob a égide do Direito, e para que não se transforme em meio de abuso de poder, deve a Constituição determinar como o controle será exercido e quais órgãos do Estado devem exercê-lo, evitando-se assim, que os interesses individuais se sobreponham ao interesse público razão última do ideário republicano surgido no século XIX.

Assevera Jessé Torres Pereira (2006, p. 20):

> Os controles vinculam-se aos princípios e normas que conformam o sistema constitucional. Controlar significa exercer uma função política e um dever jurídico em caráter permanente e, não, uma faculdade dependente de conveniências temporais.

Nesse mister, como um dos poderes que integram a República o Judiciário ao exercer sua função de controle, tanto quanto os demais Poderes, está submetido à Constituição e imaginar o contrário seria desobedecer aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Sob essa ótica, o que significa controlar?

Explica Jessé Torres Pereira (2006, p. 21):

> [...] controlar significa, basicamente, o exercício de uma função política, de um dever jurídico e de uma etapa ínsita a todo processo sistêmico de trabalho. É manifestação de função política porque decorre necessariamente da Constituição, da aplicação dos freios e contrapesos que viabilizam a harmonia entre os Poderes, coibindo eventuais abusos. É dever jurídico porque predeterminado à produção de resultados de interesse público, que é o que se espera do funcionamento de qualquer sistema estatal em favor das populações. É também etapa necessária de um processo sistêmico de trabalho na medida em que toda atuação estatal deve almejar gestão eficiente e eficaz dos meios que a sociedade deposita nas mãos dos gestores públicos. É o devido processo legal aplicado às relações de administração entre o Estado e os cidadãos.

Não obstante, importa observar que para além da estrita letra da lei, que deve ser respeitada para que o Estado Democrático de Direito possa vingar, há que se salientar a legitimidade das ações promovidas ou omitidas pelo Estado.

Nesse sentido, para que o controle judicial seja exercido com as características emolduradas na lição acima citada do eminente Jessé Torres Pereira, há que se conferir a esse controle categoria de princípio estruturante do Estado Democrático de Direito.

Leciona Lucia Valle Figueiredo (2007, p. 302):

> Temos, desde a promulgação da Constituição, enfatizado que o poder cautelar do juiz, pós Constituição de 1988, não depende de legislação infraconstitucional e, ademais disso, e, sobretudo, não pode ser amesquinhado por qualquer lei ordinária menos ainda por medidas provisórias. Seu berço é constitucional e representa, sem dúvida, uma das cláusulas 'pétreas", como comumente denominadas, ou cerne fixo da Constituição.

A insigne doutrinadora não deixa dúvidas quanto ao dever do Judiciário em exercer sua função de controlador externo da Administração Pública. Para Lucia Figueiredo, se o Judiciário, por força do art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República, deve conhecer qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, por certo não pode a Administração Pública exarar atos que sejam isentos do controle judicial. Assim, afirma (2007, p. 304 – 305):

> [...] Quando nos referimos à lei, evidentemente estamos a falar do ordenamento jurídico. A justaposição há de ser à lei, à Constituição e aos princípios vetoriais do ordenamento. E se o administrador desbordou ou não dos limites de sua competência, a verificação cabe ao controle interno e externo, neste último, incluídos o controle judicial, dos tribunais de contas e do parlamento. A doutrina também tem reconhecido, como já assinalado, que mesmo os atos políticos não refogem ao controle do Judiciário. Apenas tais atos, por estarem diretamente subsumidos à Constituição, teriam – à maneira dos atos legislativos – grau maior de discricionariedade. Sua situação em nada difere das outras situações administrativas, em que a Administração é obrigada a fundamentar as razões que a induziram a revogar determinado ato. A motivação será, pois, a pedra de toque para o controle da discricionariedade, como reiteradamente vimos dizendo, quer em palestras

quer em escritos.

Os administrativistas mais modernos afirmam ser a motivação meio mais democrático para o exercício do poder de representar. Isso porque o Administrador Público não possui interesse próprio. Ele age em função do interesse dos seus representados.

Nessa seara se manifesta Rita Tourinho (2005, p.139 – 140):

> [...] Vivemos, pelo menos formalmente, em um Estado Democrático de Direito, onde impera a vontade da Lei, legitimada pela soberania popular, inexistindo margem para poderes pessoais. Com efeito, não existem mais súditos como ocorria no Estado de Polícia, e sim cidadãos que, segundo brilhante ponderação de Geraldo Ataliba, possuem a consciência cívica da titularidade da *res publicae* e convicção da igualdade fundamental de todos, estando o Estado brasileiro, estruturado na base da ideia de que o governo seria sujeito à lei e esta haveria de emanar do órgão de representação popular. Assim, a Administração Pública, por sua vez, [...] como gestora da *res publicae*, deve motivar todos os seus atos para que se possa sindicar, sopesar ou aferir aquilo que foi decidido. O princípio da motivação é dirigido à garantia do indivíduo no Estado Democrático de Direito. Indica que a Administração Pública tem o dever jurídico de justificar seus atos com fundamentos de fato e de direito".

Por óbvio que o controle judicial não pode extremar-se. As políticas públicas propostas pelo Executivo deverão ser objeto de controle judicial, mas não serão a ele submetidas antes do seu nascimento. Ou seja, o controle judicial não deverá ser exercido para tolher a iniciativa do Executivo no exercício constitucional e democrático de prover a sociedade com as políticas necessárias ao atendimento de suas demandas.

O controle judicial não pode ser pautado no conservadorismo que impede seu exercício para além da estrita legalidade, nem tão pouco pode ceder ao vanguardismo que prega ser atinente ao Judiciário controlar a

iniciativa das políticas públicas. Ambas as posturas se afastam do Estado Democrático de Direito e do princípio da separação e harmonização dos poderes republicanos.

No dizer de Jessé Pereira Junior (2006, p.51-52):

> Considera-se superada a asserção de que o objeto do controle judicial dos atos da Administração Pública se circunscreve ao exame da legalidade dos elementos ou requisitos que lhe integram a estrutura morfológica, com exclusão de qualquer outra ótica. Pode ocorrer que o ato seja estruturalmente íntegro, vale dizer, sem vício de ilegalidade, porém padeça de máculas ruinosas da relação entre o que almeja a Administração e o que é o interesse público. Essa contrafação pode e deve ser também objeto do controle judicial, porque dela dependerá o resultado da ação estatal para efetivar ou não direitos".

O Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula 473 sintetizou:

> A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Subtraídas as dúvidas acerca do controle judicial sobre os atos administrativos, mesmo que discricionários, cabe refletir até que ponto e em que medida esse controle pode e deve ser exercido sem violar o princípio da tripartição dos poderes. Para tanto e considerando que dentro do sistema de controle o judicial está no vértice da pirâmide, nada melhor do que utilizar-se da Constituição Federal como parâmetro e paradigma para nortear esse controle.

Nesse sentido, há que se atentar para o teor do art. 37 da nossa Carta Política que reza:

> A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito

> Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]

Desta feita pode-se extrair que os princípios são os indicativos que nortearão o controle judicial da Administração Pública, por serem eles, ainda, os norteadores da própria Administração consoante reza o dispositivo em comento.

Assim, dispostos na Constituição de forma explícita ou implícita, tem os princípios força normativa. Do que se pode inferir que a discricionariedade permitida aos Administradores, não está livre do paradigma principiológico, pois, o contrário feriria a própria Constituição.

No dizer de Carmem Lucia Antunes Rocha (1994, p. 21):

> [...] no princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema ordenado. [...] constituem os valores formulados e aplicados no meio social, absorvidos pelo Direito, como base do sistema, devendo ser observados dentro da estrutura do Estado. [...] o direito sem obrigação e aplicação é mentira inútil que esvazia o conteúdo da norma, destrói o sistema jurídico e cala a justiça".

Os princípios, portanto, não são meras intenções ou valores morais, mas valores jurídicos aplicáveis e obrigatórios no alcance da justiça.

Na verdade não importa se o princípio está positivado ou se é passível de percepção pelo estudo da jurisprudência. Se recebido pelo sistema jurídico, deve nortear as ações dos administradores e dos julgadores, sem exceção.

Jessé Torre Pereira Jr aduz (2206, p. 64 – 65):

> A definitividade do controle judicial aconselha que o juiz se guarde de inventar princípios ao sindicar se a Administração atuou de modo legítimo e eficiente. Os princípios são aqueles que se deduzem do sistema da Constituição e das leis, ainda que nelas não estejam escritos, mas certamente que não do voluntarismo pessoal do julgador.

A razoabilidade tem se colocado na doutrina e jurisprudência, como princípio parametrizador do controle judicial da Administração Pública.

Em que pese haver uma discussão acerca da fluidez do conceito de razoabilidade, este deve ser examinado em cada caso concreto, a fim de se saber se os meios utilizados pelo administrador se adequam aos valores da justiça.

A professora Rita Tourinho assevera (2005, p. 131)

> [...] a razoabilidade consiste em uma valoração jurídica de justiça e seria a justeza da aplicação da norma jurídica, o que iria implicar na sua relação com o princípio da igualdade. Assim sendo, a exigência constitucional de igualdade perante a lei é uma exigência de justiça e, consequentemente, de razoabilidade. Somente à lei cabe estabelecer distinções, formuladas em consideração à diversidade de situações para se chegar ao ideal de justiça. Interpretações legais que visem desigualar os iguais ou igualar os desiguais são injustas e, portanto, irrazoáveis.

O controle da conduta administrativa pelo Judiciário se faz pela utilização dos princípios que ao lado da lei servem de fundamento para qualquer ação. E o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade são essenciais para a melhoria de todo o sistema de controle. A luz desses princípios é que o Judiciário vai buscar o legítimo, o justo dentro da situação concreta e existencial e tendo por fulcro o interesse público.

Assim, o controle judicial se dá a partir da provocação daquele que se sente lesado que por meio de uma ação pertinente, retira o Judiciário de sua inércia a fim de conferir ao demandante a devida prestação jurisdicional.

Tal demanda como já visto anteriormente, pode ter sido causada por um ato administrativo chamado vinculado ou discricionário, pois, ambos estão submetidos ao controle judicial.

Rita Tourinho afirma (2005, p. 160):

> O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa deve partir do fato de que a liberdade de escolher uma alternativa entre várias possibilidades igualmente justas não configura independência, e sim

> uma atividade que se desenvolve dentro do marco do ordenamento jurídico. A pretensão de se criar uma espécie de reserva de discricionariedade a favor da Administração Pública, implica outorgar a esta um formidável privilégio em detrimento dos particulares, que ficarão indefesos e inertes frente às injustiças que, em toda parte do mundo, são cometidas e cometem os agentes públicos.

Importa salientar que o controle judicial não implica, em nenhuma hipótese, numa invasão do Poder Executivo pelo Judiciário. Ou seja, ao controlar os atos administrativos o juiz não está substituindo o agente público que exarou o ato. O controle se dá em nome do Estado Democrático de Direito e a este se subsume também o Judiciário. O poder-dever de controle é de toda a sociedade e seu ápice foi conferido ao Poder Judiciário, que à luz da Constituição e das demais leis e dos princípios aceitos no sistema jurídico, busca convergir o ato administrativo desvirtuado ao interesse público fim último da atividade estatal.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle judicial da Administração Pública no Brasil historicamente foi visto com reservas tanto pelos administradores quanto pelo próprio Judiciário.

Até o advento da Constituição de 1988, os Tribunais nacionais compreendiam sua atuação ainda vinculada ao princípio da separação dos poderes visto sob a ótica do liberalismo. Assim sendo, não lhes caberia julgar os atos administrativos, senão pelo prisma da legalidade.

A Carta Magna trouxe a possibilidade do controle do mérito das políticas públicas, com base nos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro. Aduz o art. 3º que o Estado deve agir em prol da sociedade e, em vista disso, infere-se que a operacionalização dos objetivos deve se dar em metas e programas que os atendam com efetividade. Igualmente, no dizer do inciso LXXIII do art. 5º o controle judicial pode ser feito em relação à moralidade administrativa, pois, para além da legalidade, o Judiciário pode cuidar de qualquer lesividade ao direito.

No que pertine ao princípio da separação dos poderes, estabelecido no *caput* do art. 2º, resta claro que o Estado é uno e uno é o poder exercido,

que se divide na forma ao se expressar. Os Poderes são partes do Poder com funções específicas. E no exercício dessas funções, não cabe intervenção entre os Poderes. Contudo, esses Poderes devem harmonizar-se, isto é, cooperar entre si, e por isso, dentro de suas competências, cabe ao Judiciário investigar se os objetivos esposados no art. 3º da Constituição estão sendo buscados e alcançados pelo Poder Administrativo.

Dessa feita, o controle judicial dos atos administrativos estatais, é o controle de constitucionalidade desses atos, sob o prisma da realização dos objetivos firmados.

As políticas públicas representam o conjunto de atividades materializadas que tem por finalidade o alcance das metas pretendidas. O fim é a realização dos objetivos do Estado. E nesse mister, toda atividade política exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve ser analisada pelo Judiciário, não significando interferência nos demais Poderes, mas sim, exercício das competências constitucionais auferidas ao Judiciário.

Nesse sentido, o Juiz é coautor das políticas públicas sempre que os Poderes Executivo e Legislativo infringirem ou se omitirem de cumprir os objetivos do Estado Brasileiro. O controle deve atingir, também, os atos administrativos discricionários que se baseiam no binômio conveniência e oportunidade. Este tem sido o entendimento atual dos Tribunais.

Entretanto, o Judiciário deve observar limites e parâmetros no exercício do controle e, principalmente, quando intervém nas políticas públicas, sob pena de incorrer no erro de abuso ou desvio de poder que está combatendo.

Há que se observar se o princípio da razoabilidade foi aplicado pelo administrador no exercício de suas funções, em face do interesse público, analisando-se, ainda, a existência de condições financeiras e orçamentárias para se atender à demanda não acolhida pela Administração e reclamada pelos administrados.

O juiz deverá verificar se o administrador está, com suas ações, propiciando aquilo a que os doutrinadores vêm chamando de mínimo existencial aos administrados. Estes mínimos existenciais equivalem a condições mínimas de vida digna, ao direito à educação, à saúde básica, ao saneamento, ao meio ambiente saudável, à assistência social, ao acesso à justiça, entre outros. Não cumpridos esse mínimo existencial, deve o Judiciário intervir.

Trata-se de uma questão de equilíbrio ligado à ideia de Justiça. Por isso, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o Administrador pautou

sua conduta com fundamento nos objetivos do Estado.

Muitas das vezes, os Administradores contestam as decisões judiciais argumentando a inexistência de recursos financeiros ou orçamentários. Este argumento deverá ser provado e em sendo, o Julgador determinará ao administrador que faça a devida previsão orçamentária para o ano seguinte, podendo obrigar a vinculação do objeto a sua aplicação.

Por fim resta dizer que na mais nova visão do Direito Administrativo e Constitucional e na vivência do Estado Democrático de Direito, o controle judicial das políticas públicas pode e deve ser exercido, desde que se afirme dentro dos limites apontados, a fim de que o Judiciário não substitua o Executivo. Observados os limites da razoabilidade, da existência de recursos, e da consecução dos mínimos existenciais, o controle é correto, pois, se exerce sobre os programas de governo e tutela a efetividade dos objetivos do Estado Democrático de Direito previstos na Constituição.

4. REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. *Constituição federal anotada e explicada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. Salvador: Podium, 2007.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, Salvador: Podium. 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio***:** o dicionário da língua portuguesa. 6 ed. Curitiba: Positivo, 2005.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. *Principais julgamentos STF*. Salvador: Podium, 2007

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito público*: estudos. Belo Horizonte: Forum, 2007.

GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora. 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo:

Malheiros Editores, 2008.
MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
MIRANDA, Alessandra de la Veja. *Estudos de direito público: desafios e utopia*. Porto Alegre: Síntese, 2001
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.
PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável*. Belo Horizonte: Forum, 2006.
PESTANA, Marcio. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
ROSA, F. A. Miranda. *Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2004.
WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOVA AMPLITUDE DO ARTIGO 52, X, DA CF E ABSTRATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE: "TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES"

Amanda Barreto Vasconcelos, Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes (2002), Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2011), Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (2005), Chefe de Divisão de Gestão Fiscal – FERD (2009).

RESUMO: O presente trabalho tem como tema central a estabilidade da jurisdição constitucional, decorrente da nova tendência em conceder efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, objetivando demonstrar que o ordenamento jurídico pátrio direciona-se aos poucos para um sistema de precedentes judiciais.

O controle de constitucionalidade judicial foi introduzido no Brasil pela Constituição de 1891, no entanto, somente com a carta de 1934 é que os efeitos das decisões restritos às partes integrantes da relação jurídico-processual puderam ser ampliados por meio de ato do Senado Federal que suspendia a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A criação deste instituto foi necessária, em virtude da intensificação das relações jurídicas, própria da sociedade atual, viabilizando a ocorrência de uma ordem jurídica justa, criando mecanismos que minimizem distorções entre situações iguais. O Brasil só chegou adotar de fato o sistema jurisdicional misto de controle de constitucionalidade na vigência da Constituição de 1946, com a Emenda Constitucional nº 16/1965. Entretanto, apenas com a atual Constituição foi que o sistema de controle judicial sofreu alterações substanciais, ocorrendo principalmente uma considerável expansão do controle concentrado de constitucionalidade, não apenas com a manutenção de alguns instrumentos já existentes, mas também com a criação de outros (Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) e o aumento do rol de legitimados para a propositura dessas ações. Por outro lado,

consequentemente, o controle incidental ficou restrito já que a maior parte das controvérsias constitucionais relevantes poderiam chegar ao STF por meio de alguma das ações diretas de controle concentrado.
A nova ordem jurídica traçada pela Constituição de 1988 e a direção cada vez mais para um sistema de precedentes judiciais para o qual tem-se inclinado o ordenamento, somando-se, outrossim, a aplicação da teoria dos motivos determinantes da decisão e consequente atribuição de efeitos gerais às declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, apresenta-se, na atualidade, em desuso a necessidade de intervenção do Senado Federal para atribuir eficácia *erga omnes*, devendo a resolução deste órgão ter como único objetivo dar publicidade à decisão da Suprema Corte.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade; difuso; eficácia transcendente dos motivos determinantes; Senado Federal.

ABSTRACT: The present work has as central subject the stability of the constitutional, decurrent jurisdiction of the new trend in granting binding effect to the decisions of the Supreme Federal Court in headquarters of diffuse control of constitutionality, objectifying to demonstrate that the native legal system directs it the few for a system of judicial precedents.
The control of judicial constitutionality was introduced in Brazil for the Constitution of 1891, however, with the 1934 letter it only is that the effect of the restricted decisions to the integrant parts of the legal-procedural relation could have been extended by means of act of the Federal Senate that suspended the execution of law or unconstitutional declared normative act for the Supreme Federal Court. The creation of this institute was necessary, in virtue of the intensification of the legal relationships, proper of the current society, making possible the occurrence of a jurisprudence joust, creating mechanisms that minimize distortions between equal situations. Brazil alone arrived to adopt in fact the mixing jurisdictional system of control of constitutionality in the validity of the Constitution of 1946, with the constitutional emendation nº 16/1965. However, only with the current Constitution it was that the system of judicial control suffered substantial alterations, mainly occurring a considerable expansion of the intent control of constitutionality, not only with the maintenance of some existing instruments already, but also with the creation of others (Declaratory Action

of Constitutionality and Action of Descumprimento de Basic Preceito) and the increase of the roll of legitimated for the bringing suit of these actions. On the other hand, consequentemente, the incidental control was restricted since most of the excellent controversies constitutional could arrive at the STF by means of some of the direct actions of intent control.
The new jurisprudence traced by the Constitution of 1988 and the direction each time more for a system of judicial precedents for which it has inclined the order, having added itself, outrossim, the application of the theory of the determinative reasons of the decision and consequence attribution of general effect to the declarations of law unconstitutionality or normative act for the Supreme Federal Court, is presented, in the present time, disuse the necessity of intervention of the Federal Senate to attribute effectiveness raises omnes, having the resolution of this agency to have as only objective to give to advertising the decision of the Supreme Cut.

KEYWORDS: Control of constitutionality; diffuse; transcendente effectiveness of the determinative reasons; Federal Senate.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Noções preliminares; 1.1Neoconstitucionalismo; 1.2 Estado Democrático de Direito; 1.3 Força Normativa da Constituição, sua Supremacia e a Nova Hermenêutica; 2. Controle de constitucionalidade; 2.1 Evolução do Controle Judicial no Brasil; 2.1.1 Controle Concentrado; 2.1.2 Controle Difuso; 2.1.2.1 Legitimidade para provocar; 2.1.2.2 Competência; 2.1.2.3 Efeitos da decisão; 2.2 Espécies de Inconstitucionalidade; 2.2.1 Inconstitucionalidade por ação e por omissão; 2.2.2 Inconstitucionalidade material e formal ou orgânica; 2.2.3 Inconstitucionalidade total e parcial; 2.2.3.1 Declaração parcial de nulidade sem redução de texto e interpretação conforme a Constituição; 2.2.4 Inconstitucionalidade direta e indireta; 2.2.5 Inconstitucionalidade originária e superveniente; 2.2.6 Inconstitucionalidade antecedente e consequente; 2.2.7 Inconstitucionalidade progressiva ("norma ainda constitucional") e "apelo ao legislador"; 2.3 Parâmetro para o controle de constitucionalidade ("bloco de constitucionalidade" ou "normas de referência"); 3 Efeito vinculante e geral do preceito abstrato extraído das decisões sobre constitucionalidade proferidas pelo STF; 3.1 Vinculação geral e abstração na Jurisdição constitucional; 3.1.1 Vinculação, Poder Constituinte e Separação de Poderes; 3.2 Estabilização, abstração e efeito vinculante no direito brasileiro; 3.2.1 Princípios informadores do efeito vinculante; 3.2.2 Elementos do efeito

vinculante; 3.2.2.1 Efeito Objetivo; 3.2.2.2 Efeito Subjetivo; 3.3 Objeto do efeito vinculante; 3.4 Destinatários do efeito vinculante; 3.5 Consequências positivas e negativas do efeito vinculante amplo; 3.6 Precedentes jurisprudenciais da teoria da eficácia transcendente dos motivos determinantes; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Originado dos Estados Unidos da América, sendo, por esse motivo, conhecido como sistema americano de controle, o controle de constitucionalidade difuso baseia-se no reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo por qualquer componente do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, em face de um caso concreto submetido a sua apreciação. Ou seja, ao ser suscitado no objeto da lide de uma relação jurídica qualquer, posta à apreciação do Poder Judiciário, dúvida sobre a constitucionalidade de um ato normativo, surgirá a necessidade deste poder apreciar a questão constitucional, como antecedente necessário e indispensável ao julgamento do mérito do caso em exame. Por este motivo se diz que no controle de constitucionalidade difuso, também denominado de: incidental, *incidenter tantum,* por via de exceção, por via de defesa, concreto ou indireto, o objeto da ação não é a constitucionalidade em si, mas sim uma relação jurídica concreta qualquer.

De modo evidente, as decisões proferidas pelos órgãos inferiores do Poder Judiciário sobre a constitucionalidade dos atos normativos, não são, em princípio, definitivas, podendo a controvérsia ser levada, em última instância, ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, por meio de recurso extraordinário (CF, art. 102, III). Sendo assim, demonstrada a repercussão geral das questões constitucionais (que passou a ser pressuposto constitucional de admissibilidade) o recurso extraordinário é o meio idôneo para a parte interessada, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, levar ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsia constitucional concreta, suscitada nos tribunais inferiores.

Buscando evitar que outros interessados busquem o Poder Judiciário para obter a mesma decisão, atribui-se ao Senado Federal a faculdade de suspender, através de resolução, o ato declarado inconstitucional pelo STF, conferindo eficácia geral (*erga omnes)* à decisão dessa Corte, nos termos do

art. 52, X, da Constituição Federal. A referida suspensão atingirá a todos, porém só valerá a partir do momento que a resolução for publicada na Imprensa Oficial, assim os efeitos serão para todos, porém *ex nunc*, não retroagindo.

O Senado Federal não está obrigado a suspender a execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, já que há discricionariedade política, tendo este órgão total liberdade para cumprir o art. 52, X, da CF/88.

Dentre as diversas possibilidades para ampliar o acesso à justiça, principalmente no que se refere ao aumento do número de lides no Judiciário e à igualdade de soluções que devem ser conferidas aos casos idênticos surgidos da massificação das relações, os efeitos da decisão do principal órgão encarregado da jurisdição constitucional do Brasil devem ser caracterizados tanto pela obrigatoriedade de acatar o entendimento proveniente de suas decisões proferidas em controle concreto de constitucionalidade, quanto pelo atendimento específico ao comando abstrato extraído dos motivos da decisão (em flagrante mudança do padrão clássico do sistema brasileiro).

Portanto, esta tendência confirmará o caráter abstrato, geral e imperativo, natural de toda decisão sobre inconstitucionalidade exarada pelo Supremo Tribunal Federal – quer incidentalmente, quer por via de ação, permitindo uma maior estabilidade da jurisdição constitucional.

1. NOÇÕES PRELIMINARES

1.1 NEOCONSTITUCIONALISMO

Constitucionalismo é o movimento político que emprega ao texto constitucional regras de limitação ao poder autoritário e prevalência dos direitos fundamentais. A partir do início do século XXI, surgiu uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominado neoconstitucionalismo, constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo.

Essa nova realidade tem como finalidade não mais ligar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ser mais do que declarações de direitos e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais. Não se

trata, pois, de um novo direito constitucional revolucionário, mas de uma simples reavaliação de conceitos, de acordo com a evolução que já ocorreu e continua a ocorrer.

Segundo Pedro Lenza[1], "a Constituição passa a ser o centro do sistema, marcada por uma intensa carga valorativa. A lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então, devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, o seu caráter axiológico e os seus valores destacados". Só se atingirá o bem comum com a efetivação de programas e de valores a ele atrelados. Expressões como "democracia", "igualdade", "liberdade", "dignidade humana" são reconhecidas, em uma sociedade pós-moderna, como algo a ser posto em prática. Assim, diante de uma colisão entre valores constitucionalizados, deverão ser resguardadas as condições de dignidade e dos direitos dentro, ao menos, de patamares mínimos[2].

Neste sentido, os pontos marcantes do constitucionalismo são: a carga valorativa do texto constitucional, eficácia irradiante em relação aos Poderes Públicos e mesmos aos particulares, concretização dos valores constitucionalizados e garantia de condições dignas mínimas.

1.2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Primeiramente, faz-se mister pontuarmos a observação de José Afonso da Silva:

> ***"A configuração do Estado Democrático de Direito não significa unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste na verdade na criação de um novo conceito, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo"[3].***

O Estado Democrático é, portanto, um Estado em que há preponderância da vontade popular na sua organização política, social, econômica e ideológica.

Em suma, Estado Democrático de Direito é aquele que busca a realização do bem estar social sob a égide de uma lei justa e que assegure a participação

mais ampla possível do povo, no processo político decisório.

Em seus dois primeiros artigos a Constituição Federal explicita que a forma de Estado adotada é democrática e de direito, bem como que seus poderes – emanados do povo – são divididos em Legislativo, Executivo e Judiciário. Essa separação de poderes é princípio sensível da Constituição – constituindo-se em cláusula pétrea. Sua origem liga-se à própria origem do constitucionalismo moderno.

A função judiciária, em especial, tinha limitações bem nítidas de simples aplicação do direito ao caso concreto, sem qualquer margem de criação ou interpretação. Essa visão da jurisprudência correspondia, ademais, à visão corrente do direito. O direito somente se originava da lei (confundia-se, em verdade, com esta) e a lei era fruto do exercício do Poder Legislativo.

Essa visão limitada do Poder Judiciário não mais subsiste na filosofia do direito e na própria epistemologia jurídica atuais, principalmente no que se refere ao exercício da jurisdição constitucional, por ser fundamental ao Estado Democrático de Direito, pela garantia que lhe dá, realizando e concretizando a Constituição. Esta é a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho[4]:

> "A transformação do Judiciário em um dos órgãos de controle que devem existir no Estado contemporâneo foi há bom tempo antecipada por Karl Loewenstein. Este mostra que a tipologia das funções de que se serviu Montesquieu está superada na realidade hodierna. Não, todavia, a ideia de distribuir o seu exercício por órgãos separados. A seu ver é necessária uma nova 'separação dos poderes' que leve em conta as três tarefas que lhe parecem fundamentais atualmente: a definição da política, a execução da política e o controle da política".

1.3 FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO, SUA SUPREMACIA E A NOVA HERMENÊUTICA

Ao se interpretar a Constituição, deve-se dar prioridade às soluções que, compactando as suas normas, tornem-nas mais eficazes e permanentes. Os aplicadores da Constituição, ao solucionar conflitos, devem conferir a máxima efetividade às normas constitucionais.

Segundo José Afonso da Silva, é da rigidez que resulta a supremacia da Constituição. A rigidez também se relaciona com o fato de normas constitucionais serem mais estáveis e de duração mais longa, em contraposição com normas inferiores que podem ser mudadas mais frequente e rapidamente. E daí se conclui o porquê dela se posicionar no vértice da pirâmide do ordenamento jurídico.

A função jurisdicional constitucional, especificamente o controle judicial de constitucionalidade, permite reconhecer, a quem pode fazê-lo, que o Poder Legislativo e seus atos devem conformar-se à Constituição e, caso os atos não sejam com ela compatíveis, não podem subsistir.

Existe, pois, uma nova percepção do Poder Judiciário, ante os demais Poderes da União. Cumpre analisar em que medida essa nova visão refletiu – já de forma positivada – no controle de constitucionalidade e em que medida ela refletiu de forma ainda não positivada. Para tanto, é indispensável rememorar conceitos sobre o controle de constitucionalidade e anotar de que modo tais conceitos são compreendidos e utilizados no presente estudo.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Em primeiro lugar, cumpre-me advertir que não será possível um aprofundamento maior a respeito deste vasto tema, tendo em vista os limites deste trabalho.

2.1 EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Constituição de 1824: não cuidou do controle de constitucionalidade. Primeiro porque essa Constituição teve como inspiração a Constituição francesa, que pregava a supremacia do parlamento, segundo porque a Constituição adotou a teoria do Poder Moderador.

Constituição de 1891: teve como inspiração a Constituição norte-americana de 1787. A Constituição de 1891 trouxe do constitucionalismo norte-americano o controle difuso. Qualquer juiz e qualquer tribunal, diante do caso concreto, pode reconhecer a inconstitucionalidade.

Constituição de 1934: teve como inspiração a Constituição alemã de 1919. A Constituição de 1934 manteve o sistema de controle difuso. Além disso, ela estipulou que qualquer juiz pode reconhecer, no caso concreto

a inconstitucionalidade. Os tribunais só podem reconhecê-la por maioria absoluta de votos (reserva de plenário). Essa Constituição criou ainda a ação direta de inconstitucionalidade interventiva. Se o STF reconhecesse a inconstitucionalidade no sistema difuso remetia o ato para o Senado Federal para que este pudesse suspender a eficácia da lei.

Constituição de 1937: teve como inspiração a Constituição polonesa de 1935. Esta Constituição manteve as características da de 1934. Além disso, estipulou que a última palavra em matéria de controle seria do Presidente da República.

Constituição de 1946: retorno ao modelo de 1934, sem a possibilidade de o presidente participar do controle difuso. Essa Constituição recebeu várias emendas, dentre elas a de n. 16/65. Essa emenda introduziu no Brasil a representação de inconstitucionalidade (ADI). Esta mesma emenda criou o controle de constitucionalidade no âmbito estadual.

Constituições de 1967 e de 1969: nada inovaram em matéria de controle de constitucionalidade.

Constituição de 1988: manteve o sistema difuso e o concentrado. A atual carta magna prevê muitas formas de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos (exercitável através de cinco ações: ADI genérica, ADC, ADI por omissão e ADI interventiva), razão pela qual é possível considerar o sistema, como um dos mais completos dentre os estudados e conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência.

A amplitude do direito de propositura fez com que até mesmo pleitos tipicamente individuais fossem submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo abstrato de normas cumpre entre nós dupla função: é a um só tempo instrumento de defesa da ordem objetiva e de defesa de posições subjetivas.

Da ótica proposta, qual seja, do acesso à justiça, o que mais importa são os mecanismos de defesa judicial da Constituição, tratados nos itens a seguir – valendo desde logo apontar que, apresente-se o fenômeno da

inconstitucionalidade ou o seu agente causador sob qualquer forma, sempre será ele passível de controle judicial.

2.1.1 CONTROLE CONCENTRADO

As ações diretas no sistema concentrado tem por mérito a questão da inconstitucionalidade das leis ou atos normativos federais e estaduais. Não se discute nenhum interesse subjetivo, por não haver partes (autor e réu) envolvidas no processo. Logo, ao contrário do sistema difuso, o sistema concentrado possui natureza objetiva, com interesse maior de propor uma ADIN para discutir se uma lei é ou não inconstitucional e na manutenção da supremacia constitucional.

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e o guardião da Constituição Federal, e o Superior Tribunal de Justiça é o guardião da Constituição Estadual, assim, cada um julga a ADIN dentro do seu âmbito. Se houver violação da CF e CE, respectivamente, quem irá julgar é o STF e o STJ. Só se propõe a inconstitucionalidade, quem tiver legitimidade para isso (art. 103, CF), quando a lei ou ato normativo violar diretamente a CF ou CE.

Casos em que não cabe a ADIN:

- Leis anteriores à atual Constituição - se propõe em casos de leis contemporâneas a atual Constituição. É permitido a análise em cada caso concreto da compatibilidade ou não da norma editada antes da atual Constituição com seu texto. É o fenômeno da recepção, quando se dá uma nova roupagem formal a uma lei do passado que está entrando na nova CF.
- Contra atos administrativos ou materiais.
- Contra leis municipais.

Quem tiver legitimidade para propor uma ADIN, não pode pedir a sua desistência, pois a mesma é regida pelo princípio da indisponibilidade, nem cabe a sua suspensão. No controle concentrado também não cabe a intervenção de terceiros.

O STF tem o feito da "ampla cognição", ou seja, amplo conhecimento para julgar o processo. Não está limitado aos fundamentos do requerente (pedido mediato), está apenas ao pedido imediato.

Os instrumentos de controle não serão objeto de análise profunda em suas características (legitimidade, interesse, objeto etc.), senão no que importe à

compreensão do principal aspecto do trabalho, em sua terceira parte, qual seja, o efeito vinculante que é próprio de suas decisões e de que devem ser também dotadas as decisões proferidas em sede de controle incidental.

2.1.2 CONTROLE DIFUSO

No sistema difuso, tanto autor quanto réu pode propor uma ação de inconstitucionalidade, pois o caso concreto é inter partes. Assim, a abrangência da decisão que será sentenciada pelo juiz, é apenas entre as partes envolvidas no processo e terá efeito retroativo, pois foi aplicado o dogma da nulidade.

Há a possibilidade de que a decisão proferida em um caso concreto tenha a sua abrangência ampliada, passando a ser oponível contra todos (eficácia erga omnes). A Constituição prevê que poderá o Senado Federal suspender a execução de lei (municipal, estadual ou federal), declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Tal atribuição prevista no artigo 52, X, CF, permitirá, portanto, a ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade originária de casos concretos (via difusa). A suspensão da execução será procedida por meio de resolução do Senado Federal, que é provocado pelo Supremo Tribunal Federal, cujos efeitos vincularão a todos apenas após a publicação da resolução. Nesses casos o efeito é irretroativo, pois é para terceiros.

Cabe ressaltar que o Senado Federal entra nesses casos para tornar essas decisões *ex nunc*, ou seja, fazer com que seus efeitos passem a valer *erga omnes* (para todos), a partir de sua publicação.

2.1.2.1 LEGITIMIDADE PARA PROVOCAR

Conforme explanado até o momento, o controle difuso é exercido por qualquer juiz ou tribunal mediante provocação da inconstitucionalidade de ato normativo do poder público, numa ação judicial, desde que a apreciação desta inconstitucionalidade seja questão prejudicial necessária para o deslinde do processo.

Assim, constata-se que todos aqueles que integram, de qualquer maneira, a relação processual, incluindo-se as partes, o Ministério Público, quando oficie no feito, os terceiros intervenientes, dentre os quais, litisconsortes, assistentes, opoentes, poderão provocar a questão incidental, imprescindível

para se chegar à análise do mérito.

Segundo a doutrina de Dirley da Cunha (2010, p. 308), nada impede que o juiz ou tribunal, de ofício, declare a inconstitucionalidade do ato normativo. Contudo, conforme a jurisprudência do STF (AGR 144816-5, DJU de 12.04.1996), houve o entendimento de que não pode, de ofício, ser apreciada tal inconstitucionalidade incidentalmente no recurso extraordinário, pois a limitação do juiz neste recurso ao âmbito das questões constitucionais enfrentadas pelo acórdão recorrido e à fundamentação, impede a declaração de ofício da inconstitucionalidade da lei aplicada, jamais arguida pelas partes, nem referida na decisão impugnada.

2.1.2.2 COMPETÊNCIA

Consoante registrado, o controle de constitucionalidade dos atos normativos do poder público pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal com competência para processar e julgar a causa discutida, ou seja, a relação jurídica processual instalada ante o conflito de interesses.

Sendo assim, verifica-se que, à luz do processo civil, a parte que for sucumbente numa ação judicial poderá interpor recurso de apelação para combater a decisão proferida pelo juízo monocrático. É justamente ao apreciar este recurso que o tribunal, órgão *ad quem*, verificando que existe questionamento incidental acerca da inconstitucionalidade, deverá resolver esta questão, prejudicial ao julgamento do mérito recursal.

Em relação, ainda, à competência dos tribunais, numa análise dos dispositivos constitucionais, é de se dizer que o Superior Tribunal de Justiça só pode exercer o controle difuso de constitucionalidade quando se tratar de sua competência originária ou em sede de recurso ordinário. Quando se tratar de recurso especial, este Tribunal Superior não poderá declarar a inconstitucionalidade, pois caso contrário estaria usurpando competência constitucionalmente atribuída à Corte Suprema no recurso extraordinário.

Seguindo esta linha de raciocínio, por meio do recurso extraordinário, a questão prejudicial à análise do mérito, vale frisar, a arguição de inconstitucionalidade de ato normativo, poderá chegar à apreciação do Supremo Tribunal Federal, o qual, assim como qualquer tribunal, poderá declará-la somente por maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, com arrimo no artigo 97 da Constituição Federal.

Trata-se de cláusula de reserva de plenário, a qual é relativizada por expressa previsão do artigo 481 do Código de Processo Civil, segundo o qual, os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão, ao plenário ou ao órgão especial, a arguição da inconstitucionalidade, quando já existir pronunciamentos destes ou do plenário da Corte Suprema, devendo o relator, de plano, julgar a ação.

2.1.2.3 EFEITOS DA DECISÃO

Em um primeiro momento, é de se dizer que como o controle de constitucionalidade é exercido incidentalmente como questão prejudicial de uma relação processual, de maneira geral, os efeitos da sentença valem somente para as partes.

A decisão alcança apenas as partes do processo porque, como incidental, o interessado, no curso de uma ação, requer a declaração da inconstitucionalidade da norma como a única pretensão de afastar a sua aplicação ao caso concreto. Logo, é somente para as partes que integram o caso concreto que o juízo estará decidindo, constituindo a sua decisão uma resposta à pretensão daquele que arguiu a inconstitucionalidade. Como bem elucidam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

> Assim, a pronúncia de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário na via incidental, proferida em qualquer nível, limita-se ao caso em litígio, no qual foi suscitado o incidente de constitucionalidade, fazendo coisa julgada apenas entre as partes do processo, quer provenha a decisão dos juízes de primeira instância, quer emane do Supremo Tribunal Federal ou de qualquer outro tribunal do Poder Judiciário, sua eficácia será apenas *inter partes* (2010, p. 50).

Observando a situação sob o enfoque do Processo Civil, é de se afirmar que a questão prejudicial, decidida incidentemente no processo, é tratada na fundamentação, logo, não faz coisa julgada, conforme reza o artigo 469, inciso III, do CPC, salvo se tiver havido ação declaratória incidental, em virtude de requerimento da parte. Eis trecho extraído da obra de Alexandre Câmara:

> Afirme-se, ainda, que a apreciação das questões

> prejudiciais (que, como já se afirmou, se dá na fundamentação da sentença) não é alcançada pela autoridade de coisa julgada, salvo se tiver havido "ação declaratória incidental" (hipótese em que a apreciação da prejudicial levará a uma decisão, a ser encontrada no dispositivo), quando então a decisão acerca desta questão também será alcançada pela autoridade de coisa julgada (art. 470 do CPC), eis que terá também passado a integrar o objeto principal do processo, não mais sendo objeto de apreciação *incidenter tantum* (2010, p. 470).

Assim a questão prejudicial terá efeitos entre as partes e, segundo leciona Marcelo Novelino (2009, p. 242): "O reconhecimento da inconstitucionalidade não deve ser feito no dispositivo, mas na fundamentação da decisão, e terá, em regra, efeitos *inter partes* e *ex tunc*".

Devemos destacar que a doutrina tradicional brasileira adotou como regra geral para o controle de constitucionalidade, sob influência norte-americana, a teoria da nulidade, aplicando-a ao se declarar inconstitucional ato normativo do poder público.

Deste modo, o ato que declara a inconstitucionalidade refere-se à situação passada, ou seja, do nascimento do ato normativo. Conforme expõe Pedro Lenza:

> A ideia de a lei ter "nascido morta" (*natimorta*), já que existente enquanto ato estatal mas em desconformidade (seja em razão de vício formal ou material) em relação à noção de "bloco de constitucionalidade" (ou paradigma de controle), consagra a teoria da nulidade, afastando a incidência da teoria da anulabilidade (2010, p. 196).

Sendo assim, abraçando a teoria da nulidade, ao declarar a inconstitucionalidade do ato normativo, conclui-se que a decisão no controle difuso de constitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, ou seja, efeitos retroativos, como se jamais houvesse existido.

Entretanto, numa verdadeira mitigação do princípio da nulidade no controle difuso, há a possibilidade dos efeitos da decisão serem *ex nunc*, vale dizer, não retroagirem. O Poder Constituinte Originário previu a

possibilidade do Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pela Corte Suprema, conforme reza o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Visando tal ocorrência, faz-se necessário que o Supremo Tribunal Federal aprecie e declare, por maioria absoluta do Pleno, a inconstitucionalidade do ato normativo em sede de controle difuso, hipótese somente cabível no julgamento de recurso extraordinário, o qual, segundo o artigo 102, III, da Carta Magna, exige que a decisão recorrida contrarie dispositivo da Constituição; julgue válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; declare a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgue válida lei local contestada em face de lei federal.

Logo, como se trata de suspensão da execução, certo o entendimento de Pedro Lenza (2010, p. 230): "O nome ajuda a entender: *suspender a execução* de algo que vinha produzindo efeitos significa que se suspende a partir de um momento, não fazendo retroagir para alcançar efeitos passados".

Essa atribuição do Senado Federal, quando exercida, segundo Dirley da Cunha (2010, p. 319), produzirá logicamente efeitos *erga omnes*, ou seja, para todos e não apenas para as partes da relação processual que ensejou a declaração de inconstitucionalidade pela Corte Suprema, em sede de controle difuso exercido no julgamento do recurso extraordinário.

Em relação ainda ao efeito *ex nunc* produzido pela declaração de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, em verdadeira mitigação do princípio da nulidade, tem aplicado a regra do artigo 27 da Lei nº 9868/99, por analogia, ao controle difuso, a fim de garantir segurança jurídica ou excepcional interesse social (LENZA, 2010, p. 201).

Observa-se da leitura do referido artigo, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Refere-se então, conforme leciona Pedro Lenza (2010, p.201), de verdadeira modulação dos efeitos da decisão por parte da Corte Suprema, como por exemplo, destaca-se a ação civil pública ajuizada pelo MP de São Paulo (RE 197.9177/SP) objetivando reduzir o número de vereadores do Município de Mira Estrela, de 11 para 9, com a devolução dos subsídios indevidamente pagos.

A parte final do voto relativo ao referido exemplo, da autoria do Ministro Maurício Corrêa consta na obra de Pedro Lenza nos seguintes termos:

> A declaração de nulidade com os ordinários efeitos *ex tunc* da composição da Câmara representaria um verdadeiro caos quanto à validade, não apenas, em parte, das eleições já realizadas, mas dos atos legislativos praticados por esse órgão sob o manto presuntivo da legitimidade. Nessa situação específica, tenho presente excepcionalidade tal a justificar que a presente decisão prevaleça tão-somente para as legislaturas futuras, assegurando-se a prevalência, no caso, do sistema até então vigente em nome da segurança jurídica (2010, p. 201).

Portanto, à luz do princípio da segurança jurídica e do excepcional interesse social, a Corte Suprema vem, em alguns casos, mitigando os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei também no controle de constitucionalidade difuso, mantendo-se situações jurídicas pretéritas consolidadas.

Assim, no controle difuso de constitucionalidade os efeitos serão *inter partes* e *ex tunc*, contudo existe possibilidade dos efeitos serem, como minuciosamente descrito, *erga omnes* e *ex nunc.*

2.2 ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

2.2.1 INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO E POR OMISSÃO

A inconstitucionalidade decorre do antagonismo entre uma determinada conduta (positiva ou negativa) e um comando constitucional. Uma lei em desacordo a Constituição será acusada de inconstitucional – o que pode ocorrer de várias maneiras e com vários reflexos, adiante analisados.

Pode ocorrer uma inconstitucionalidade por **ação** (positiva) quando é praticada uma conduta positiva contrária ao preceito constitucional, ou seja, o poder público age ou edita normas em desacordo com a Constituição ou por **omissão,** naqueles casos em que não sejam praticados os atos legislativos ou executivos necessários para tornar plenamente aplicáveis as normas

constitucionais carentes de legislação regulamentadora (silêncio legislativo).

2.2.2 INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL OU MATERIAL

Do ponto de vista **formal ou nomodinâmica** ocorre a inconstitucionalidade quando há afronta ao devido processo legislativo de formação do ato normativo (formal propriamente dita ou objetiva), ou, ainda, quando a elaboração da lei decorre da inobservância da competência legislativa (formal orgânica ou subjetiva).

Pedro Lenza indica outro tipo de inconstitucionalidade formal, qual seja, a inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato normativo que ocorre quando o ato não observa requisitos externos necessários ao procedimento de formação das leis, tendo em vista que estes pressupostos do ato legislativo são vinculados[5].

Do ponto de vista **material ou nomoestática** (de conteúdo, substancial ou doutrinária), confere-se quando um conteúdo de lei ou ato emanado dos poderes públicos contrariam um dispositivo constitucional. Na inconstitucionalidade material, existe um juízo de valor quanto à norma constitucional, com relação ao que é ou não admitido pela Constituição Federal.

Por conta disso, na inconstitucionalidade material, alterações constitucionais têm reflexos sobre legislações anteriormente editadas. Tal fenômeno não ocorre na inconstitucionalidade formal. Por isso não se fala em inconstitucionalidade orgânica superveniente. Assim, modificações ao texto fundamental que alterem o processo legislativo não implicam a inconstitucionalidade da lei anteriormente aprovada segundo um processo legislativo válido à época.

2.2.3 INCONSTITUCIONALIDADE TOTAL E PARCIAL

A inconstitucionalidade pode atingir todo o ato normativo ou apenas parte dele. A regra é o reconhecimento da inconstitucionalidade parcial da lei já que a avaliação da validade da norma é feita dispositivo por dispositivo, matéria por matéria. Existem situações, porém, que impõem ao Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade total do ato impugnado, a exemplo do caso de uma lei resultante de iniciativa viciada ou, ainda, de uma lei de conteúdo materialmente complementar que tenha sido aprovada

com quórum de lei ordinária.

A declaração de inconstitucionalidade parcial pelo Poder Judiciário pode recair sobre fração de artigo, parágrafo, inciso ou alínea, até mesmo sobre única palavra de um desses dispositivos da lei. Só não poderá, entretanto, subverter o intuito da lei, mudando seu sentido e alcance sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes, que impede o Poder Judiciário agir como legislador positivo.

Desta forma, se a declaração parcial implicar modificação de sentido ou alcance da norma impugnada, deverá ser declarada a inconstitucionalidade total da norma.

Por fim, é interessante mencionar que existem casos em que o Tribunal Constitucional constata a existência de vício no ato normativo impugnado, mas, mesmo assim, não declara sua inconstitucionalidade, tendo em vista que a retirada do ato viciado do mundo jurídico resultaria em uma lesão ao ordenamento jurídico maior do que a lesão decorrente de sua continuidade. São as situações em que o Supremo Tribunal Federal deixa de declarar a nulidade do ato para evitar o **"agravamento do estado de inconstitucionalidade**"[6].

2.2.3.1 DECLARAÇÃO PARCIAL DE NULIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO E INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Ainda no estudo da inconstitucionalidade parcial, existem dois tópicos que, em razão de sua relevância, merecem análise separada: a "**declaração parcial de nulidade sem redução de texto"** e a **"interpretação conforme a constituição".**

O STF recorre à técnica da declaração parcial de nulidade sem redução de texto quando verifica a existência de uma regra legal inconstitucional que, em razão da redação adotada pelo legislador, não tem como ser excluída do texto da lei sem que a redução acarrete um resultado indesejado. Assim, nem a lei, nem parte dela, é retirada do mundo jurídico, apenas a aplicação da lei – em relação a determinadas pessoas, ou a certos períodos – é tida por inconstitucional.

Em relação a outros grupos de pessoas, ou a períodos diversos, ela continuará plenamente válida, aplicável.

A interpretação conforme é técnica de decisão adotada pelo STF quando ocorre de uma disposição legal comportar mais de uma interpretação

constatando-se, ou que alguma dessas interpretações é inconstitucional, ou que somente uma das interpretações possíveis está de acordo com a Constituição.

As técnicas de "declaração parcial de nulidade sem redução de texto" e a "interpretação conforme a Constituição" foram positivadas pela Lei nº 9.869/1999, no âmbito do processo e julgamento da ADIn e da ADC, nos seguintes termos (art. 28, parágrafo único):

> **"A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal".**

2.2.4 INCONSTITUCIONALIDADE DIRETA E INDIRETA

A inconstitucionalidade é **direta ou antecedente** ocorre quando a invalidade do ato normativo resultar do confronto direto e imediato entre o ato questionado e a Constituição.

Já a inconstitucionalidade **indireta** ocorre quando há uma norma intermediária entre o ato analisado e a Constituição, podendo ser consequente (o vício de um certo ato é decorrente da inconstitucionalidade de outro de que ele dependa, como ocorre, por exemplo, com a inconstitucionalidade de um regulamento consequente da inconstitucionalidade da lei regulamentada) ou reflexa (se a inconstitucionalidade ocorre em virtude da violação de uma norma infraconstitucional interposta entre o ato violador e a Constituição).

Essa diferença é muito importante para o estudo do controle de constitucionalidade das leis, já que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal equipara a chamada inconstitucionalidade indireta à mera ilegalidade. Assim, para a Suprema Corte, o conflito entre norma secundária (regulamentar) e primária (regulamentada) é caso de mera ilegalidade, e não de inconstitucionalidade propriamente dita.

Requer atenção para não confundir a inconstitucionalidade indireta com a inconstitucionalidade derivada (ou consequente). Esta, também conhecida por inconstitucionalidade por arrastamento, ocorre quando a

declaração de inconstitucionalidade da norma regulamentada (primária) leva ao automático e inevitável reconhecimento da invalidade das normas regulamentadoras (secundárias) que haviam sido expedidas em função dela.

2.2.5 INCONSTITUCIONALIDADE ORIGINÁRIA E SUPERVENIENTE

A inconstitucionalidade **originária** é aquela que vicia o ato no momento da sua produção, em razão de desrespeito aos princípios e regras da Constituição, pressupõe, portanto, o confronto entre a lei e a Constituição vigente no momento da sua origem.

Ao contrário fala-se em inconstitucionalidade **superveniente** quando a invalidade da norma resulta da sua incompatibilidade como texto constitucional futuro, seja ele originário ou derivado (emenda constitucional). Em que pese a relevância desse conhecimento, o fato é que, entre nós, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a existência da inconstitucionalidade superveniente. Para o tribunal, a superveniência de texto constitucional opera simples revogação do direito pretérito com ele materialmente incompatível, não se trata de juízo de constitucionalidade, mas sim de mera aplicação de regra de direito intertemporal.

2.2.6 INCONSTITUCIONALIDADE ANTECEDENTE E CONSEQUENTE

O conceito de inconstitucionalidade **imediata ou antecedente** deriva do conceito que lhe é contrário – inconstitucionalidade **mediata ou consequente**, sendo esta última a inconstitucionalidade de ato em função da inconstitucionalidade do ato que lhe dá fundamento (antecedente). Exemplo clássico é a inconstitucionalidade de ato normativo editado por pessoa cujo poder para fazê-lo decorre de outro ato inconstitucional. Se houve, por exemplo, inconstitucionalidade na atribuição do poder normativo, o ato normativo derivado ou consequente desse poder é também, mas indiretamente, inconstitucional.

A importância desta diferença tornar-se-á evidente com a análise dos efeitos de tratar-se desigualmente situações identicamente constitucionais (ponto de ataque da doutrina vinculante).

2.2.7 INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA ("NORMA AINDA CONSTITUCIONAL") E "APELO AO LEGISLADOR"

Refere-se a uma técnica de decisão judicial consistente em declarar que, enquanto permanecerem existentes determinadas circunstâncias fáticas e/ou jurídicas, a lei deve ser considerada ainda constitucional, até que sobrevenha a modificação de tal cenário [7].

Em alguns casos, além de reconhecer que a lei "ainda" não se tornou inconstitucional, a Corte constitucional faz um apelo ao legislador para proceder à correção ou adequação dessa "situação ainda constitucional". Nestes casos, tribunal entende a lei ainda não deve ser declarada inconstitucional, mas apela ao legislador para que faça as modificações necessárias com a finalidade de evitar o trânsito para a inconstitucionalidade.

2.3 PARÂMETRO PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ("BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE" OU "NORMAS DE REFERÊNCIA")

Apenas a supremacia formal da Constituição, decorrente da sua rigidez, é relevante juridicamente para fins de controle de constitucionalidade. Por esse motivo apenas as normas formalmente constitucionais servem como parâmetro para o controle de constitucionalidade. Normas materialmente constitucionais, mas que tenham sido elaboradas pelo processo legislativo ordinário, não se prestam a essa função, ou seja, uma norma que possui matéria constitucional, mas está alocada fora da Constituição, como, por exemplo, norma referente à estrutura do Estado, contida em uma lei, não servirá como parâmetro para o controle de constitucionalidade.

Entretanto, o parâmetro de controle não corresponde apenas às normas expressas na Constituição formal, estendendo-se também aos princípios constitucionais implícitos, desde que integrantes do "espírito" da Constituição formal (ordem constitucional global).

Com advento da EC nº 45/04, houve uma ampliação das normas de referência, uma vez que os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados por 3/5 dos membros de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, serão equivalentes às emendas constitucionais. Desse modo, os referidos tratados passam a servir como parâmetro para o controle de constitucionalidade.

3. EFEITO VINCULANTE E GERAL DO PRECEITO ABSTRATO EXTRAÍDO DAS DECISÕES SOBRE CONSTITUCIONALIDADE PROFERIDAS PELO STF

3.1 VINCULAÇÃO GERAL E ABSTRAÇÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Ao tratar de controle de constitucionalidade um dos principais temas de são os efeitos das decisões. A razão para isso é o fato de que, se uma lei tem como características a generalidade e a abstração, a invalidade dessa mesma lei por inconstitucionalidade também deveria ser – sempre – geral e abstrata. No entanto, isso costumeiramente não ocorre.

Muitas razões levam a essa não-ocorrência – grande parte das quais já tratadas. Tentando explicar, são lançados argumentos que vão desde a separação de poderes até a supremacia do parlamento. Entretanto, vários outros argumentos devem ser levados em consideração para a aceitação dessa abstrativização.

O acesso à justiça é o principal deles ligando-se ao foco da pesquisa em curso, porque, conforme foi dito antes, sendo certa a existência de uma sociedade de massa, em que diversas relações jurídicas são parecidas, e sendo certo o caráter normativo da Constituição, segundo o qual há incidência direta desta sobre a ampla gama de relações jurídicas idênticas, não há como cogitar que decisões que tenham as mesmas bases levem a conclusões diversas, nem que seja coerente impor a um já sobrecarregado sistema judiciário a resolução de questões idênticas, quando há um precedente a ser estabelecido.

Essa é a razão para a defesa do efeito geral e obrigatório de submissão ao preceito abstrato proferido em controle de constitucionalidade, quer se trate de jurisdição exercida de forma concreta, quer abstrata. E, em se referindo a efeito geral ou abstrato, há que se referir a uma necessária uniformidade, ainda que impositiva, de entendimentos, donde relevante se mostra a análise da vinculação à jurisdição constitucional.

3.1.1 VINCULAÇÃO, PODER CONSTITUINTE E SEPARAÇÃO DE PODERES

Os argumentos que se opõem à vinculação geral do comando abstrato, em regra, referem-se ao princípio da separação dos poderes e a seu *status* constitucional imutável estabelecido pelo Poder Constituinte. Esses

argumentos, também já se esclareceu, não devem prosperar.

> *"A crítica que aponta a adoção do efeito vinculante como um instituto violador do princípio da separação dos poderes acolhe, ainda que inconscientemente, o Poder Judiciário como um mero limite contra o Poder Absoluto, reduzindo a atuação judicial à clássica concepção de um legislador negativo típica do estado liberal absenteísta. Nessa visão mais conservadora do princípio da separação dos poderes, o legislador possuiria o monopólio na criação do direito. Sabe-se, porém, que a moderna doutrina constitucional superou de há muito essa visão conservadora estruturada no paradigma liberal individualista onde o direito é visto como mero ordenador de condutas, para reconhecer à justiça a posição de um verdadeiro poder político. Ao juiz moderno, atuando na nova concepção de um direito promovedor-transformador típico do Estado Democrático de Direito, é reconhecida importância capital para a efetiva concretização e realização dos valores e princípios acolhidos na Constituição. Verifica-se, assim, a superação da função judicial negativista clássica, que cede passo a uma função ativa e intervencionista do Poder Judiciário"*[8].

Percebe-se, portanto, que a vinculação de modo geral do comando abstrato (*abstrativização impositiva*) em nenhum momento conflita com o princípio da separação de poderes mesmo tratando-se do exercício pelo Judiciário de função normativa de caráter abstrato e geral. Aliás, essa função normativa decorre da valorização do Poder Judiciário e reconhecimento de que ele é um verdadeiro poder político e, se assim é, pouco importa o *status* que tenha o princípio da separação dos poderes.

3.2 ESTABILIZAÇÃO, ABSTRAÇÃO E EFEITO VINCULANTE NO DIREITO BRASILEIRO

3.2.1 PRINCÍPIOS INFORMADORES DO EFEITO VINCULANTE

É possível destacar três outros princípios que informam o efeito

vinculante: a igualdade, a legalidade e a democracia.

No que pese o princípio da isonomia, não há dúvidas quanto a sua estrita relação com o efeito vinculante, considerado uma característica principalmente abstrata, mas também impositiva, de uma decisão. Impende ressaltar que, classicamente, o efeito vinculante tem sido considerado a melhor política judicial igualitária de que os iguais devem ser tratados igualmente. Desse princípio deflui a regra de que litígios judiciais substancialmente semelhantes devem ser destinatários de decisões judiciais idênticas.

Já quanto à ligação do instituto com o princípio da legalidade, torna-se necessária uma reflexão mais profunda. O princípio da legalidade assevera estabilidade ao ordenamento jurídico, a ser refletida nas decisões que interpretam as leis (especialmente da ótica do juízo de validade constitucional). O efeito vinculante faz com que tal estabilidade seja ainda maior, por impor a observância da *ratio decidendi* na interpretação de maneira igualitária (abstrata). Sendo assim, a uniformização da jurisprudência redunda em seu sentido reforçado.

Por fim, verifica-se o liame encontrado entre efeito vinculante e democracia. Resumindo, são dois os pontos de encontro encontrados. Primeiramente, certifica-se a função de autocontrole imposta pela obrigatoriedade de obediência aos precedentes – diminuindo a possibilidade de arbítrios decorrentes do exercício de um poder interpretativo desvinculado de coerência. Depois, reduz-se a tendência de que o Judiciário, ao fiscalizar a constitucionalidade de uma norma, legisle sem qualquer tipo de controle – o que resulta em um último ponto de contato entre vinculação e democracia, que é a oportunidade que se dá ao cidadão para pedir ao legislador que promova as correções necessárias ao sistema.

Mesmo diante dos fundamentos jurídicos para adotar-se o efeito vinculante, não se pode esquecer que críticas também há à sua adoção – principalmente na ideia de violação à independência funcional dos juízes e a violação ao princípio da separação de poderes, este mencionado anteriormente.

3.2.2 ELEMENTOS DO EFEITO VINCULANTE

3.2.2.1 EFEITO OBJETIVO

Questão de inegável importância diz respeito aos limites objetivos do efeito vinculante, ou melhor, à parte da decisão que tem efeito vinculante

para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas. Resumindo, pergunta-se, tal como em relação à coisa julgada e à força de lei, se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou se ele se estende também aos chamados fundamentos determinantes, ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, as coisas ditas de passagem, ou seja, os chamados *obiter dicta*.

Assim, o conteúdo extraído da parte dispositiva, bem como os fundamentos determinantes da decisão, vinculam todos os tribunais e autoridades administrativas nos casos futuros. Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal ultrapassa o caso concreto, de modo que os princípios emanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.

Outras correntes doutrinárias sustentam que, tal como a coisa julgada, o efeito vinculante limita-se à parte dispositiva da decisão, de modo que, do prisma objetivo, não haveria distinção entre a coisa julgada e o efeito vinculante.

A diferença entre as duas posições extremadas não é meramente semântica ou teórica, apresentando profundas consequências também no plano prático.

> "...a sentença proferida em ação de controle concentrado irradia efeitos para todos os possíveis destinatários da norma. Ou seja: a sentença tem eficácia subjetiva erga omnes. E à força dessa declaração submetem-se, obrigatoriamente, as autoridades que têm por atribuição aplicar a norma questionada, vale dizer, os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Relativamente a eles, a sentença tem, portanto, efeito vinculante[9]"

Sendo assim, os fundamentos da sentença não são abrangidos pela coisa julgada, mas devem ser tomados em consideração para se entender o verdadeiro e completo alcance da decisão. Sob esse prisma intelectivo, poder-se-ia alcançar resultado semelhante, em harmonia com as linhas mestras que orientam o processo civil brasileiro.

3.2.2.2 EFEITO SUBJETIVO

A respeito dos limites subjetivos do efeito vinculante, deixou claro

a EC n. 03/93 que este ficou limitado aos órgãos do Poder Executivo e Poder Judiciário, os quais uma vez proferida decisão declaratória de constitucionalidade ou inconstitucionalidade ficam obrigados a guardar-lhe plena obediência. Desse modo, sem prejuízo, o mesmo autor reconhece a "dificuldade em se estabelecer, com precisão, o que é efeito vinculante e o que o diferencia da eficácia erga omnes" (p. 5).

Declarada a inconstitucionalidade de uma norma, nada impede que o Legislativo edite outra norma de idêntico conteúdo, devendo ser ajuizada nova ação objetivando a declaração em tese de sua inconstitucionalidade.

Questão interessante é a de se saber se o efeito vinculante resta por vincular as decisões proferidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal. A conclusão é de que o texto da EC n. 03/93 exclui a vinculação da Suprema Corte às suas próprias decisões ao referir expressamente que o efeito vinculante se refere " aos demais órgãos do Poder Judiciário". Diante disso, somente quando o desrespeito se der em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário à decisão do Supremo Tribunal Federal, estará caracterizada, lesão à autoridade de seu julgado, afigurando-se legítima a propositura de reclamação.

Diante do mencionado, levantamos a seguinte indagação: o texto da EC 03/93 possibilita a interpretação de que o efeito vinculante abarca a todos os jurisdicionados? Ou seja, as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, devem obedecer ao decidido pelo Tribunal mesmo não tendo sido a referida emenda expressa nesse sentido? Devemos responder afirmativamente pois, em que pese o vocábulo da referida emenda não ter sido expressa nesse sentido, deve-se observar que esta visou dar maior efetividade aos julgados da Corte em sede de controle normativo abstrato, assegurando sua autoridade de forma imediata pela via da reclamação. Por esse entendimento, não seria razoável esperar que alguém ingressasse no Judiciário para, só em caso de ver proferida decisão contrária ao abstratamente decidido, a qual poderia se dar somente após sucessivos recursos, ingressar com uma reclamação. Ao meu ver, a aludida emenda ao estabelecer a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário, por via reflexa, previu a vinculação da totalidade dos jurisdicionados. Tudo ganha especial relevo quando trata-se de processos de massa e se coaduna com o princípio da celeridade processual, impedindo a eternização das demandas e a repetição de questões já decididas, bem como se amolda com a linha de postura de ampliação da legitimidade para propositura da reclamação adotada pelo Pretório Excelso.

3.3 OBJETO DO EFEITO VINCULANTE

O objeto a ser observado nesta oportunidade não é do efeito vinculante propriamente dito, mas de suas qualidades especiais, que justificam mesmo sua denominação como efeito transcendente. Cada dia com mais profundidade a doutrina constitucional pátria trata do chamado *efeito transcendente* das decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional. Entretanto, por ser matéria nova, não há uniformidade de tratamento ou de conceito.

Duas consequências jurídicas diversas são atribuídas às decisões trazidas pelo efeito transcendente. A primeira resultante é a de que, diferentemente das demais sentenças ou acórdãos, a vinculação e a coisa julgada não recaem sobre a parte dispositiva da sentença, mas sim sobre seus fundamentos. A segunda é a de que a vinculação das decisões proferidas pela corte constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade, não se restringe à forma concentrada de fiscalização, mas também à forma difusa.

O termo efeito transcendente à primeira vista, parece estar adequado quando da acepção de ampliação objetiva dos efeitos da coisa julgada, ou seja, a obrigatoriedade, o efeito vinculante precisa superar a visão clássica dos efeitos da coisa julgada que se limita à parte dispositiva da sentença, para abranger também os seus fundamentos justificantes. Essa peculiaridade não é apenas um aspecto desejável, mas imprescindível para a fecunda operacionalização do sistema.

Contudo, deve-se entender que essa extensão (poder-se-ia chamar o efeito de *extensivo*) pode até ser anormal em relação ao sistema tradicional do processo civil, mas está inserido no sistema de controle de constitucionalidade da jurisdição constitucional.

Por outro lado, a crítica é ainda mais grave quando o efeito transcendente é considerado como a ampliação da vinculação própria das ações diretas para as ações nas quais o controle é concreto, por que a nomenclatura pressupõe que somente as decisões de controle por via direta têm efeito vinculante.

Deste modo, resumindo e voltando ao raciocínio, o objeto do efeito vinculante é sim tanto a motivação quanto o dispositivo do julgado, quer se trate de controle concentrado, quer se trate de controle difuso. Impende perceber que se menciona o efeito vinculante ligado à motivação, mas sempre também ao dispositivo: É o que escreve Gilmar Ferreira Mendes, ao tratar dos limites objetivos do efeito vinculante:

> *"A Corte Constitucional alemã sempre interpretou o efeito vinculante (*Bindungswirkung*), previsto no §31, 1, da Lei Orgânica do Tribunal, como instituto mais amplo do que a coisa julgada (e do que a força de lei, por conseguinte), exatamente por tornar obrigatória não apenas observância da parte dispositiva da decisão, mas também dos chamados fundamentos determinantes). Os órgãos e autoridades federais e estaduais, bem como os juízes e Tribunais, estariam, assim, vinculados às assertivas abstratas da Corte Constitucional. A decisão não resolveria apenas o caso singular, mas conteria uma determinada concretização jurídica da Constituição para o futuro. Segundo esse entendimento a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva (*Tenor*) e dos fundamentos determinantes (*tragende Grund*) sobre a interpretação da Constituição hão de ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros[10]".*

Portanto, o que deve vincular é a conclusão sobre a inconstitucionalidade de determinada norma e/ou as inconstitucionalidades que não incidem sobre norma reconhecida como constitucional. E tais pontos encontram-se tanto no dispositivo da decisão (nas ações diretas *lato sensu*) quanto na motivação das decisões (nos processos subjetivos).

3.4 DESTINATÁRIOS DO EFEITO VINCULANTE

Impossível pactuar com a afirmação de que a mudança da relação jurídica possa ensejar novos fundamentos que alterem a constitucionalidade de determinada norma. Ainda que a norma possa ter sua constitucionalidade cindida em relação a determinados fatos, não é a mudança dos fatos que altera a compatibilidade da norma.

Em relação aos destinatários do efeito vinculante a questão principal é diferenciar efeito vinculante e eficácia *erga omnes* do julgado. Ao tratar da "Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional", o Ministro Teori Albino Zavascki afirmou o seguinte:

> *"Há dificuldade em estabelecer com precisão, o que é*

> *efeito vinculante e o que o diferencia da eficácia* erga omnes. *É que conforme anotou o Ministro Moreira Alves, 'a eficácia contra todos ou* erga omnes *já significa que todos os juízes e tribunais, inclusive o STF, estão vinculados ao pronunciamento judicial'".*

A diferença tem sido apontada como a extensão objetiva dos efeitos obrigatórios da coisa julgada para o efeito vinculante e a extensão subjetiva dos efeitos obrigatórios da coisa julgada para a eficácia contra todos. Fato é que, no sistema constitucional positivo brasileiro, os destinatários expressos seriam os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, sem prejuízo da eficácia geral da declaração.

É indispensável mencionar também a diferença entre efeito vinculante e coisa julgada. Considerando que definição usada para efeito vinculante liga-se, em certa medida, à ampliação objetiva do alcance da coisa julgada, é evidente tratar-se de institutos correlacionados, mas diferenciados entre si.

Continua a coisa julgada, ainda em sede de jurisdição constitucional, como a imodificabilidade da sentença. Entretanto, sendo o caso de incidência do efeito vinculante, não se restringe essa imutabilidade ao dispositivo da decisão, mas também a seus fundamentos.

3.5 CONSEQUÊNCIAS POSITIVAS E NEGATIVAS DO EFEITO VINCULANTE AMPLO

Muitas críticas surgiram em relação ao efeito vinculante positivado no texto constitucional, entre elas: violação ao princípio da independência dos poderes, afronta à independência do juiz, desrespeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, agressão aos postulados do acesso à justiça e da inafastabilidade do controle judiciário, ofensa à obrigatoriedade de motivação das decisões, tentativa de tornar previsíveis às decisões para fins de controle neoliberal vinculado à globalização econômica, falta de legitimação democrática do Poder Judiciário e reduzindo a atividade criativa do juiz.

No entanto, considerando-se que o tema em tela não é o efeito vinculante em si, mas sua ampliação ao comando abstrato e geral encontrado mesmo nas decisões de controle difuso como meio de incremento do acesso à justiça, mostra-se desnecessário o debate ou o afastamento de todas as

críticas. Parte-se, pois, do pressuposto que o efeito vinculante – passível de críticas que seja – já é instituto consagrado (embora recente) no direito brasileiro. Assim, cuidar-se-á apenas de analisar, neste tópico, os reflexos da ampliação do efeito.

3.6 PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DA TEORIA DA EFICÁCIA TRANSCENDENTE DOS MOTIVOS DETERMINANTES

Existem pelo menos dois julgados em que a análise da constitucionalidade de dispositivos legais foi feita de forma incidental, e nos quais o Supremo Tribunal Federal passou a aplicar referida interpretação a casos subsequentes com fundamento no efeito transcendente (isto é, vinculação à motivação de um precedente em sede controle concreto). Um deles é o Recurso Extraordinário nº 197.917454, referente ao número de vereadores do município de Mira Estrela, no Estado de São Paulo assim ementado:

> "Recurso Extraordinário. Municípios. Câmara de Vereadores. Composição. Autonomia municipal. Limites constitucionais. Número de vereadores proporcional à população. CF, artigo 29, IV aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Incompatibilidade entre a população e o número de vereadores. Inconstitucionalidade, 'incidenter tantum', da norma municipal. Efeitos para o futuro. Situação excepcional."

Com fundamento nesse julgado, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 21.702/04, fixando um critério para determinar o número de vereadores adequado a cada município, conforme sua população. Em geral, a resolução teria como consequência a redução do número de vereadores na maioria dos municípios. Esta resolução foi objeto de inúmeros questionamentos, perante o próprio Tribunal Superior Eleitoral, que eram sempre afastados com fundamento na orientação do Supremo Tribunal Federal (proferida em sede de controle difuso, vale recordar):

> "A competência das Câmaras de Vereadores para fixar o número de suas cadeiras, nos termos do art.

> 29, IV, Constituição da República, deverá orientar-se segundo a interpretação que lhe foi dada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, a quem compete precipuamente a sua guarda".

Além dos questionamentos perante o Tribunal Superior Eleitoral, partidos políticos interpuseram duas ações diretas de inconstitucionalidade (números 3.345 e 3.365) contra a resolução. Essa foi uma situação na qual a abstrativização do controle concreto apresentou-se claramente da forma ora proposta. Ainda, não só no julgamento da ação, mas mesmo no parecer do Ministério Público Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.345, é possível reconhecê-lo:

> "Como bem enfatizou o il. Min. Sepúlveda Pertence, em transcrição já aqui avivada - item 4, retro, deste parecer -, no julgamento do RE nº 197.917, aconteceu 'a interpretação definitiva do artigo 29, IV, da Lei Fundamental', feita por quem é: 'Guarda da Constituição'. Ora, e aqui vamos a outro passo de reflexão, quando a Corte Suprema, pouco importa se no exame incidental, ou concentrado, fixa interpretação definitiva de norma constitucional o que assim proclamado, e por sua própria natureza, transcende o dispositivo, e necessariamente compreende o todo julgado, vale dizer, também sua motivação"

Observa-se que o resultado do julgamento não é somente o reconhecimento de que o efeito vinculante redunda na obrigatoriedade de adotar-se a *ratio decidendi* da decisão de constitucionalidade anterior, mas também o reconhecimento de que essa necessária observância vale para motivar decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Percebemos que a parte dispositiva do recurso extraordinário supracitado dava-lhe provimento para determinar que a Câmara Municipal de Mira Estrela reduzisse o número de vereadores, de onze para nove assentos, enquanto o dispositivo da ação direta julgava o pedido improcedente para declarar constitucional uma resolução do Tribunal Superior Eleitoral, aplicável a todos os municípios brasileiros. Os objetos das demandas eram

totalmente diversos – a vinculação se deu, sem sombra de dúvida, aos fundamentos determinantes da decisão do recurso extremo, no que tinha de abstrato e geral.

Resumindo, o fato de o Supremo Tribunal Federal haver decidido sobre o alcance de norma constitucional em um recurso extraordinário (nº 197.917) representou o resultado do julgamento da mesma matéria em sede de controle concentrado (Adin nº 3.345). O efeito vinculante, assim como o caráter abstrato e geral, não partiram do controle concentrado para atingir o difuso, mas do concreto para definir o abstrato. Criou-se uma norma abstrata e geral de conduta, a ser obedecida imperativamente, a partir de um julgamento concreto, com apuração incidental do conteúdo constitucional.

É válido mencionar que há ainda outros precedentes com idêntico teor. O Supremo Tribunal Federal declarou – incidentalmente no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959457 (relator Ministro Marco Aurélio) – a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, que proibia a progressão de regime no cumprimento de pena imposta pela prática de crimes hediondos. Rigorosamente, o deferimento da ordem de habeas corpus deveria apenas produzir efeitos inter partes, sem que qualquer órgão estivesse a ele vinculado, exceto a autoridade coatora. Assim, deveria apenas ser permitida a progressão de regime ao paciente.

Contudo, o efeito obrigatório, abstrato e geral – mesmo no controle difuso – a que estava submetida a decisão (e não a sua parte dispositiva, autorizando a progressão de regime ao paciente, mas sim sua fundamentação, isto é, a declaração de inconstitucionalidade) passou a impor que todos os demais tribunais, e mesmo os órgãos da administração, atendessem à interpretação constitucional elaborada pela Corte Maior, o que já foi aceito por diversos tribunais e por parcela da doutrina:

> "A conclusão a que se chega, de tudo quanto foi exposto, é a seguinte: apesar da inexistência de norma explícita, o julgamento de inconstitucionalidade de um texto legal, pelo STF, na prática, mesmo quando se dá num caso concreto, na medida em que a lei foi discutida em tese (controle difuso abstrato), acaba produzindo efeito 'contra todos' e possui eficácia vinculante (sobretudo frente ao Poder Judiciário)[11]".

Apresenta-se, pois, mais uma mostra da chamada transcendência do

julgamento, mediante aplicação de efeito vinculante – que abarca a motivação das decisões e impõe sua observância geral – mesmo quando a declaração de inconstitucionalidade tenha sido proferida em sede de controle difuso. Em maior grau percebe-se também que não se trata somente de ampliação dos efeitos do controle difuso, entendido como a possibilidade difusa de que qualquer juiz ou tribunal reconheça uma dada inconstitucionalidade. A abstrativização é própria das decisões do Supremo. A imperatividade do comando, até então não reconhecido, refere-se a questões constitucionais incidentais, proferidas em sede de controle concreto.

CONCLUSÃO

Diante do exposto ao longo do estudo, visualiza-se claramente o ensaio não só do Poder Legislativo, como também do Judiciário, em tentar melhorar o trabalho deste com a redução de processos, os quais vinham crescendo desordenadamente e ocasionando a sobrecarga do Poder Judiciário como um todo, principalmente, do Supremo Tribunal Federal.

Nesse caminho, em que pese institutos jurídicos terem sido criados pelo Poder Legislativo com esta finalidade, como, por exemplo, a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e a súmula vinculante, o próprio Judiciário tenta solucionar o problema com a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

A abstrativização do controle difuso consiste, em poucas palavras, em atribuir os efeitos do controle abstrato, vale dizer, *erga omnes* e vinculante, no controle concreto, sob a justificativa, a uma, da aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso, ou seja, atribuir efeito vinculante aos fundamentos determinantes da decisão, a duas, da mutação constitucional do artigo 52, inciso X da Constituição Federal.

Muitos criticam essa abstrativização, alegando, como demonstrado, que deve-se buscar o manejo de institutos jurídicos adequados, como por exemplo, a reforma do artigo 52, inciso X da Constituição, por meio de emenda constitucional, na qual se altere o disposto neste artigo para que a atribuição do Senado Federal seja a de conferir publicidade às decisões declaradas inconstitucionais pelo STF em controle difuso, ou por meio da súmula vinculante, a qual prescinde do da regra do artigo 52, X, CF, na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada

orientação pelo próprio Tribunal sem qualquer interferência do Senado Federal.

Portanto, resta clara a viabilidade de ampliar-se a uniformização das decisões judiciais, por intermédio de uma nova interpretação das disposições sobre o controle difuso de constitucionalidade – que permitam em especial conceder efeito vinculante às decisões que reconheçam a inconstitucionalidade em sede de processos subjetivos (controle difuso), ou seja, os decretos do Supremo Tribunal Federal sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade de preceitos normativos devem ser uniformes e gerar idênticos efeitos, a serem por todos respeitados, quer proferidos em sede de controle concreto, quer em sede de controle difuso, cabendo à Corte Suprema a interpretação final em matéria constitucional.

Deste modo, com o incremento do respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal na matéria, é possível não só uma ampliação quantitativa da capacidade de absorção de processos do Poder Judiciário, quanto um aumento na qualidade das decisões, reduzindo-se as diferenças – o que também favorece o acesso à ordem jurídica justa.

Notas

[1] *Direito constitucional esquematizado*, 14 ª edição, p. 56.

[2] Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, p. 8 (http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf).

[3] SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 119.

[4] *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 212.

[5] Pedro Lenza, *Direito constitucional esquematizado*, 14. Ed., p. 209.

[6] Vide como exemplo, o RE 274.383/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 29.03.2005 (inf. STF nº 381)

[7] STF – HC nº 70.514, julgamento em 23.03.1994 (voto do Min. Moreira Alves).

[8] Celso de Albuquerque Silva. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris,2005, p. 91-92.

[9] Teori Albino Zavascki. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, São Paulo: RT, 2001, p. 51.

[10] Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (coordenadores). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 99.

[11] Luiz Flávio Gomes. *Progressão de regime nos crimes hediondos – Efeitos do controle de constitucionalidade difuso abstrativizado*. Revista Jurídica Consulex. Brasília, Ano X, nº 221, p. 47.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. v. 1.

JORGE, Manoel; NETO, Silva. *Curso de direito constitucional.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2008.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito constitucional.* 3ª ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2009.
LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional.* 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2010.
PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade.* 9ª ed. São Paulo: Editora Método, 2010.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001.
_____. Supremo Tribunal. *Informativo nº 454*. Disponível em:< http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo454.htm>. acesso em 16 jul. 2010.
_____. Supremo Tribunal. *Informativo nº 463*. Disponível em:< http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>. acesso em 16 jul. 2010.
_____. Supremo Tribunal. *Informativo nº 381*. Disponível em:< http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>. acesso em 16 jul. 2010.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA EM ARMA DE FOGO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO ART. 157, §2º, INCISO I DO CÓDIGO PENAL

Alcina Mariana da Silva Goes Martins, Bacharela em Direito, formada pela Universidade Federal de Sergipe. Técnica Judiciária e Assessora do Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Nossa Senhora do Socorro/SE.

RESUMO: O presente estudo visa abordar a incidência da causa de aumento inserida no art. 157, §2º inciso I do Código Penal, trazendo uma análise jurisprudencial e doutrinária acerca do tema, diante da controvérsia acerca da necessidade de realização de exame pericial na arma de fogo utilizada pelo agente na consumação do delito de roubo. Aborda as principais teorias sobre tal majorante e aponta o atual e majoritário entendimento do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Roubo; perícia; arma de fogo.

ABSTRACT: This study aims to address the cause of increased incidence inserted in art. 157, § 2 paragraph I of the Criminal Code, providing an analysis of jurisprudence and doctrine on the subject, before the controversy about the need to conduct forensic examination on the firearm used by the agent in the consummation of the crime of theft. Discusses the main theories on this upper bound and indicates the current understanding and majority of the Superior Court and Supreme Court.

KEYWORDS: Theft; forensic; firearm.

1. INTRODUÇÃO

O crime de roubo, tipificado no art. 157 e parágrafos do Código Penal (CP), está topograficamente localizado no Título II da Parte Especial do mencionado diploma legislativo, dedicado aos crimes praticados contra o patrimônio.

Doutrinariamente, o crime de roubo é classificado próprio e impróprio. O primeiro encontra-se disciplinado no *caput* do art. 157 do CP, o qual comina pena de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa ao agente que subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência.

Já o roubo impróprio, previsto no art. 157, §1º do CP, sanciona com a mesma pena do roubo próprio aquele que, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

Nos dizeres de Rogério Greco[1], no roubo próprio "há no agente a intenção, o dolo de praticar, desde o início, a subtração violenta (aqui abrangendo a violência contra pessoa ou a grave ameaça como meio para a prática do roubo)", ao passo que no roubo impróprio, segundo o mesmo autor[2], "a finalidade inicialmente proposta pelo agente era a de levar a efeito uma subtração patrimonial não violenta (furto), que se transformou em violenta por algum motivo durante a execução".

O mesmo art. 157 do Código Repressivo Pátrio traz nos incisos do §2º as chamadas causas especiais de aumento de pena, também denominadas pela doutrina de majorantes, as quais serão consideradas pelo Juiz na sentença condenatória, na terceira fase da dosimetria da pena, segundo o critério trifásico estabelecido pelo art. 68 do mesmo diploma, em se tratando de roubo próprio ou impróprio.

Este é o pensamento de Masson[3], abaixo colacionado, *in verbis*:

> A posição geográfica em que se encontram as majorantes (§2º) revela a intenção do legislador em permitir suas incidências ao roubo próprio (*caput*) e ao roubo impróprio (§1º). Não se aplicam, por igual motivo, às modalidades de roubo qualificado delineadas pelo §3º(roubo qualificado pela lesão corporal grave ou pela morte).

---

[1] GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 4ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 408.

[2] Idem. Ibidem, p. 408.

[3] MASSON, Cleber Rogerio. *Direito penal esquematizado*: parte especial. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011, p. 98.

Em que pese seja usual na doutrina e jurisprudência a expressão "roubo qualificado", designada para classificar também o art. 157, §2º e incisos do CP, tem-se que tal locução é equivocada para a hipótese. Ora, em verdade, o dispositivo encerra causas de aumento de pena ou majorantes, como dito alhures, aí residindo sua natureza jurídica. Tecnicamente, não se tratam de qualificadoras, as quais constituem delito autônomo, a exemplo do latrocínio, previsto no art. 157, §3º do Código de Iras.

Nessa senda, o percuciente penalista Cezar Roberto Bitencourt[4] preleciona:

> As circunstâncias enunciadas no §2º do art. 157 constituem simples majorantes ou, se preferirem, causas de aumento de pena. As qualificadoras constituem verdadeiros tipos penal – derivados -, com novos limites, mínimo e máximo, enquanto as majorantes, como simples causas modificadoras da pena, somente estabelecem sua variação, mantendo os mesmos limites, mínimo e máximo. Ademais, as majorantes funcionam como modificadoras somente na terceira fase do cálculo da pena, ao contrário das qualificadoras, que fixam novos limites, mais elevados, dentro dos quais será estabelecida a pena-base.

Nesse diapasão, ensina Fernando Faria[5]:

> Vale dizer, a conduta descrita no art. 157, § 2º, inciso I, é de forma equivocada chamada roubo qualificado pelo emprego de arma. Frisa-se que apesar desse "nomen iuris" encontrar respaldo na jurisprudência, não se trata de qualificadora alguma, mas sim de causa de aumento de pena. A lei penal não fixa novos limites

---

[4] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: Parte Especial. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 167.

[5] FARIA, Fernando César. *A não incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso I, § 2°do art. 157do Código Penal ante a ausência de apreensão e perícia da arma de fogo*. Disponível em: < http://www.anajus.org/home/index.php?option=com_content&view=article&id=523%3A22072009-a-nao-incidencia-da-causa-de-aumento-de-pena-prevista-no-inciso-i-s-2d-do-art-157-&catid=23%3Aartigos&Itemid=35>. Acesso em: 18 abril 2011.

> de pena (mínimo e máximo - traço característico dos tipos derivados-qualificados). Determina que seja aumentado à pena um montante, que sempre há de ser taxativo em forma de percentagens (frações de, p. ex., 1/6, 1/3, 1/2 etc.). Assim, o correto é aduzirmos que se trata de uma causa de aumento de pena, e para tanto aduzir que se trata de um "roubo majorado" ou "circunstanciado".

Assim posta a terminologia técnica acerca do dispositivo em comento, o presente estudo visa analisar, em especial, a causa de aumento inserida no art. 157, §2º inciso I do CP, que determina que a pena do réu será aumentada de 1/3(um terço) até metade se a violência ou ameaça for exercida com emprego de arma.

O conceito da arma mencionada pela lei penal abrange tanto a arma própria[6], assim entendida como aquela que tem a função primordial de ataque ou defesa, a exemplo das armas de fogo (revólveres, pistolas, fuzis etc), armas brancas (punhais, estiletes etc) e os explosivos (bombas, granadas etc), bem como as impróprias, cuja função precípua não se consubstancia em ataque ou defesa, mas em outra finalidade qualquer (faca de cozinha, taco de beisebol, barras de ferro, arco e flecha[7], lança, trabuco, bacamarte etc).

Analisando os elementos do tipo, Fernando Capez[8] destaca que para que se considere efetivamente empregada a arma, deve o agente manejá-la, "não bastando o porte ostensivo, pois este serve apenas para configurar a grave ameaça, meio executório do crime de roubo". E continua afirmando que "é necessário que o agente a aponte em direção à vítima ou a engatilhe, de modo a colocar em risco a sua incolumidade física"[9].

Com a devida vênia à tese do ilustre professor, não perfilhamos deste entendimento. Com efeito, o verbo "empregar" constante no tipo traduz a ideia de que o agente deve fazer uso da arma de fogo como forma de compelir

---

[6] GRECO, Rogério. Op. Cit, p. 410.

[7] PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. V. 2. Parte Especial (arts. 121 a 361). 2ª. Ed. Revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 175.

[8] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. V.2. *Parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos* (arts. 121 a 212). 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 472.

[9] Op. Cit., p. 472.

a vítima a entregar a *res* que intenciona subtrair. Ora, não há como afastar a majorante quando o agente porta a arma de forma ostensiva, uma vez que tal porte é suficiente para intimidar a vítima, ocasionando-lhe maior pavor. Assim, não é necessário, portanto, que o agente aponte a arma para a vítima ou que a engatilhe, bastando que porte o artefato de forma ostensiva.

No que tange especificamente ao emprego de arma de fogo, a aplicação do dispositivo tem ocasionado intensa divergência doutrinária e jurisprudencial. Há vozes de renome que defendem a não incidência de tal majorante, em caso de inexistência de prova pericial que ateste a potencialidade lesiva da arma, ao passo que há quem entenda que o uso desta, corroborado por outros meios de prova tais como a testemunhal, seria suficiente para ensejar a aplicação da referida causa de aumento de pena, dispensando a realização da perícia.

Nessa senda, o presente artigo visa abordar, de forma sucinta, os principais aspectos das mencionadas correntes antagônicas, trazendo, de outro passo, uma breve análise evolutiva da jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme será detalhado a seguir.

2. A *RATIO ESSENDI* DA MAJORANTE RELATIVA AO EMPREGO DE ARMA NO CRIME DE ROUBO

Antes de adentrarmos no cerne da questão acerca da necessidade ou não da realização da perícia na arma de fogo para fins de incidência da causa de aumento, se faz mister tecer alguns comentários sobre o fundamento da referida majorante.

A doutrina penalista brasileira ainda não atingiu um consenso acerca da *ratio essendi* que inspirou o legislador a elaborar a causa de aumento inserida no art. 157, §2º inciso I do CP. Qual seria o fundamento da majorante? O que visou reprimir e tutelar o legislador?

Para os adeptos do critério subjetivo, a razão de ser da citada majorante reside no maior poder de intimidação que o artefato exerce sobre a vítima, sendo despicienda a averiguação da sua efetiva potencialidade lesiva. Entre nós, Fernando Capez[10] expressamente adota este entendimento, afirmando que:

> O fundamento dessa causa de aumento é o poder

[10] CAPEZ, Fernando. Op. Cit, p. 471.

> intimidatório que a arma exerce sobre a vítima, anulando-lhe a sua capacidade de resistência. Por essa razão, não importa o poder vulnerante da arma, ou seja, a sua potencialidade lesiva, bastando que ela seja idônea a infundir maior temor na vítima e assim diminuir a sua possibilidade de reação. Trata-se, portanto, de circunstância subjetiva.

E prossegue concluindo que[11] "o que vale é a idoneidade para assustar, intimidar, fazer o ofendido sentir-se constrangido. Somente não deve incidir a causa de aumento se o simulacro for tão evidente que se torne inidôneo até mesmo para intimidar, aplicando-se, nesse caso, o art. 17 do CP, que trata do crime impossível."

Em sentido oposto, a corrente doutrinária capitaneada por penalistas de escol tais como Luiz Regis Prado, Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Flávio Gomes, defende a aplicação do critério objetivo para fins de incidência da majorante prevista no art. 157, §2° inciso I do CP.

De acordo com tal corrente, apenas quando a arma utilizada pelo agente na consumação do delito tenha aptidão para ofender a integridade física da vítima é que a causa de aumento poderá ser considerada pelo Juiz na dosimetria da pena do acusado. Defendem, assim, que a arma deve possuir efetiva potencialidade lesiva.

Nesse diapasão, Bitencourt[12] leciona que "o fundamento dessa majorante reside exatamente na maior probabilidade de dano que o emprego de arma (revólver, faca, punhal etc.) representa e não no temor maior sentido pela vítima. Por isso, é necessário que a arma apresente idoneidade ofensiva, qualidade inexistente em arma descarregada, defeituosa ou mesmo de brinquedo."

Em sentido semelhante, Luiz Flávio Gomes[13] nos ensina que:

> Potencialidade lesiva (da arma), que deve ser devidamente comprovada no processo, não se confunde com poder de intimidação (da mesma

[11] Idem. Ibidem, p. 471.

[12] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit, p. 169.

[13] GOMES, Luiz Flávio. *Roubo: aumento de pena. Uso de arma de fogo. Desnecessidade da perícia*. Disponível em:< http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 17 abril 2011.

> arma). A criminalização da arma de fogo e a sua incidência como causa de aumento de pena, não tem como fundamento esse poder de intimidação (fundado nas teorias subjetivistas, que alimentam o danoso *Präventionstrafrecht*), senão a sua potencialidade lesiva concreta (teorias objetivistas, que demarcam o *Verletzstrafrecht*).

Há, ainda, uma terceira corrente, que ora denominaremos de corrente mista, na medida em que agrega os pilares das correntes objetiva e subjetiva, perfazendo um verdadeiro *tertium genus,* meio-termo entre as duas primeiras teorias elencadas.

A corrente mista considera que a pena do agente que utiliza arma de fogo para consumar o delito de roubo deverá ser majorada em virtude de dois fundamentos, são eles: o maior poder de intimidação que o artefato exerce sobre a vítima, reduzindo-lhe a capacidade de resistência, conjugado à potencialidade lesiva da arma, que deve ser capaz de produzir efetivo risco à integridade física do ofendido.

Adepto da teoria mista, Rogério Greco[14], ao analisar a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, §2º inciso I do Código Repressivo, assevera que:

> O emprego da arma agrava especialmente a pena em virtude de sua potencialidade ofensiva, conjugada com o maior poder de intimidação sobre a vítima. Os dois fatores, na verdade, devem estar reunidos para efeitos de aplicação da majorante. Dessa forma, não se pode permitir o aumento de pena quando a arma utilizada pelo agente não tinha, no momento da sua ação, qualquer potencialidade ofensiva por estar sem munição ou mesmo com um defeito mecânico que impossibilitava o disparo. Embora tivesse a possibilidade de amedrontar a vítima, facilitando a subtração, não poderá ser considerada para efeitos de aumento de pena, tendo em vista a completa impossibilidade de potencialidade lesiva, ou seja, a de produzir dano superior ao que normalmente praticaria sem o seu uso.

[14] Op. Cit., p. 410.

Seguindo a linha de pensamento da corrente mista, Cleber Masson[15] aduz que "o aumento da pena se justifica por dois motivos: (a) maior risco à integridade física e à vida do ofendido e de outras pessoas e (b) facilitação na execução do crime, uma vez que o emprego de arma acarreta maior temor à vítima, reduzindo ou eliminando sua possibilidade de defesa."

Além do dissenso doutrinário, destaque-se, por fim, a existência de divergência jurisprudencial acerca da adoção das teorias objetiva e subjetiva. Com efeito, em um primeiro momento, o critério subjetivo inspirou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) na edição do verbete sumular n° 174 em 23/10/1996. De acordo com o texto original do entendimento sumulado, "no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena."

Em que pese o artefato não apresentar potencialidade lesiva, pois de brinquedo, prestava-se a majorar a pena do acusado que a empregasse no crime de roubo. Corroborando essa afirmação, trazemos à baila a ementa do REsp nº 33003/SP, um dos precedentes da Corte Cidadã que ensejou a edição da Súmula nº 174, *in verbis:*

> PENAL. ROUBO. MAJORANTE. AMEAÇA COM ARMA DESCARREGADA. CP, ART. 157, PARAGRAFO 2., I. INTIMIDAÇÃO DA VITIMA.
> - A ameaça com arma ineficiente ou com arma de brinquedo, quando ignorada tal circunstância pela vítima, constitui causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, parágrafo 2º, I, do Código Penal, pois tal conduta é suficiente para causar a intimidação da vítima.
> - Recurso Especial conhecido e provido.

No entanto, em 24/10/2001, julgando o RESP 213.054-SP, a Terceira Seção do STJ deliberou pelo cancelamento do mencionado verbete, influenciada, desta vez, pela teoria objetiva. Restou assente que, inexistindo potencialidade ofensiva do artefato, responderá o agente pelo roubo simples e não pelo roubo circunstanciado (art. 157, §2º, inciso I do CP).

Nas palavras do ilustre Relator, Min. José Arnaldo da Fonseca:

---

[15] Op. Cit., p. 98.

> O entendimento consubstanciado no enunciado nº 174-STJ também ofende o princípio do *ne bis in idem*, pois a intimidação da vítima mediante o emprego da arma de brinquedo já configura a "grave ameaça" que é elemento típico do roubo simples (art. 157, caput, ou § 1º, do CP), ou seja, a arma de brinquedo esgota a sua eficácia intimidativa na configuração do próprio injusto penal. O agente só consegue intimidar a vítima porque está empregando a arma de brinquedo. Mas vencer a resistência da vítima, mediante grave a ameaça, é da essência do crime de roubo, de forma que o emprego da arma de brinquedo ou simulacro de arma não pode servir, simultaneamente, para caracterizar o roubo (em seu tipo básico) e, sem qualquer outro motivo relevante, fazer incidir a causa especial de aumento de pena previsto no § 2º, inciso I, do CP.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), havia intensa divergência entre a 1ª e a 2ª Turma acerca da *ratio essendi* da causa de aumento ora estudada. Recentemente, contudo, o tema foi pacificado, com a consolidação majoritária pelo Plenário do STF da corrente subjetiva, quando do julgamento do HC 96099-5/RS, conforme será analisado com mais vagar adiante.

Pois bem. Assim postas as principais teorias sobre os fundamentos da majorante do emprego de arma no crime de roubo, passemos a analisar o entendimento da doutrina e jurisprudência pátrias acerca da necessidade ou não de realização de perícia no artefato.

3. DA NECESSIDADE DO EXAME PERICIAL EM ARMA DE FOGO PARA FINS DE CARACTERIZAÇÃO DO ROUBO CIRCUNSTANCIADO

Afinal, tendo em conta os argumentos expostos pelas teorias subjetiva, objetiva e mista, é dispensável ou não a confecção de laudo pericial que ateste a potencialidade ofensiva do artefato para que a causa de aumento de pena inserta no art. 157, §2º inciso I do CP seja considerada pelo Juiz na terceira fase da aplicação da sanção?

A resposta para tal questionamento está umbilicalmente ligada à teoria

adotada pelo operador do Direito que pretenda analisar o tema, teoria esta de onde o estudioso retirará as respectivas premissas lógicas e obterá, ao final da apreciação, o posicionamento que melhor lhe convença.

Para os estudiosos filiados ao critério subjetivo, partindo do axioma de que o uso da arma de fogo provoca maior poder de intimidação sobre o ofendido[16], "bastará tão somente qualquer meio de prova que comprove ao julgador que foi utilizado na ação criminosa qualquer instrumento parecido com uma arma." No entendimento desta corrente doutrinária, é dispensável a perícia no artefato, uma vez que não consideram o poder vulnerante deste como fundamento do roubo circunstanciado.

Assim, ainda que não apreendida e não periciada a arma de fogo, existindo outros meios de prova que atestem o uso pelo agente daquele instrumento para a consumação do delito, haverá de incidir a majorante em análise, pois a arma facilitou o maior êxito na empreitada criminosa, amedrontando a vítima.

De outro passo, partindo da premissa estabelecida pelos adeptos da corrente objetiva de que a arma utilizada pelo agente na prática do crime de roubo deve ter potencialidade lesiva, ou, em outras palavras, ser idônea a ofender a incolumidade física da vítima, para que então possa ser considerada pelo Magistrado na sentença condenatória como causa de aumento de pena do réu, tem-se que será necessário o exame pericial.

Em virtude de os defensores dessa corrente limitarem o fundamento da majorante ao efetivo poder lesivo do artefato, torna-se indispensável a realização de perícia neste último, por meio da qual será aferido se a arma possuía aptidão para produzir disparos, se estava municiada ou mesmo se era de brinquedo.

Discorreu brilhantemente acerca do tema, a Min. Jane Silva do Colendo STJ, relatora do HC 89.518/SP, *ipsis litteris:*

> Vejo que o legislador pretendeu agravar a pena daquele que utiliza arma de fogo devido à possibilidade real que o uso de tal objeto pode acarretar à vítima e ao bem jurídico tutelado. Para o fim de apenar aquele

[16] CELIDONIO, Guilherme. *Da análise da aplicação da causa de aumento de pena do roubo(art. 157, §2º, I) quando a arma do crime não é apreendida*. Disponível em:< http://jus.uol.com.br/revista/texto/7472/da-analise-da-aplicacao-da-causa-de-aumento-de-pena-do-roubo-art-157-2o-i-quando-a-arma-do-crime-nao-e-apreendida>. Acesso em: 17 abril 2011.

> que subtrai coisa alheia móvel com o emprego de violência ou ameaça, existe a conduta descrita no caput do artigo 157, delito de roubo; para apenar mais gravemente aquele que ameaça ou utiliza violência com emprego de arma de fogo o legislador criou a causa de aumento do inciso I do referido artigo, sendo necessário, nesse último caso, que fique comprovada a eficácia da arma usada, senão, não faria sentido a previsão legal diferenciada. Se a arma não é apreendida e periciada nos casos em que não se pode aferir a sua eficácia, não há como a acusação provar que ela poderia lesionar mais severamente o bem jurídico tutelado, caso em que configura-se o crime de roubo, por inegável existência de ameaça, todavia, não se justifica a incidência da causa de aumento, que se presta a reprimir de forma mais gravosa àquele que atenta gravemente contra o bem jurídico protegido.

Segundo a Ministra Jane Silva, a apreensão e perícia da arma de fogo são necessárias em virtude da mesma raiz hermenêutica que inspirou a revogação da Súmula n. 174 do STJ, já mencionada linhas atrás. E prossegue argumentando:

> Ora, a referida Súmula que, anteriormente, autorizava a exasperação da pena quando do emprego de arma de brinquedo no roubo tinha como embasamento teoria de caráter subjetivo. Autorizava-se o aumento da pena em razão da maior intimidação que a imagem da arma de fogo causava na vítima. Então, em sintonia com o princípio da exclusiva tutela de bens jurídicos, imanente ao Direito Penal do fato, próprio do Estado Democrático de Direito, a tônica exegética passou a recair sobre a afetação do bem jurídico. Assim, reconheceu-se que o emprego de arma de brinquedo não representava maior risco para a integridade física da vítima; tão só gerava temor nesta, ou seja, revelava apenas fato ensejador da elementar "grave ameaça". Do mesmo modo, não se pode incrementar a pena de forma desconectada da tutela do bem jurídico ao se enfrentar a hipótese em exame. Afinal, sem

> a apreensão, como seria possível dizer que a arma do paciente não era de brinquedo ou se encontrava desmuniciada? Sem a perícia, como seria possível dizer que a arma do paciente não estava danificada? Logo, à luz do conceito fulcral de interpretação e aplicação do Direito Penal - o bem jurídico - não se pode majorar a pena pelo emprego de arma de fogo sem a apreensão e a realização de perícia para se determinar que o instrumento utilizado pelo paciente, de fato, era uma arma de fogo, circunstância apta a ensejar o maior rigor punitivo. Assim, por entender que o emprego de arma de fogo trata-se de circunstância objetiva, é imperiosa a aferição da idoneidade do mecanismo lesivo, o que somente se viabiliza mediante sua apreensão e consequente elaboração do exame pericial.

Na mesma linha de pensamento da teoria objetiva, Luiz Flávio Gomes[17], defende que:

> Dizer que a arma de fogo, por si só, já significa lesividade não passa de uma mera presunção. O juiz parte de uma presunção que pode não ser verdadeira. Claro que a arma de fogo, que está em condições de ser usada, já representa um concreto perigo. Mas é preciso comprovar que está em condições de ser usada. Ou se faz a perícia, ou se comprova isso de outra maneira (por exemplo: se houve um disparo). Não havendo prova concreta da potencialidade lesiva da arma, tudo não passa de presunção do juiz. E no direito penal não se admite presunções contra o réu. Nada é mais presuntivo que o equívoco de uma presunção. O ânimo punitivo do juiz não pode chegar ao extremo de julgar um caso com base numa presunção sua. O limite máximo do julgamento reside na comprovação concreta daquilo que serve de base para uma condenação penal.

[17] Gomes, Luiz Flávio. *Roubo com arma de fogo: prova da potencial lesividade*. Disponível em: < http://www.blogdolfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/roubo-com-arma-de-fogo-prova-da-potencial-lesividade/. Acesso em: 17 abril 2011.

No âmbito do STJ, o tema acerca da necessidade ou não de realização da perícia na arma de fogo suscitou divergência durante longo tempo entre as Turmas Criminais do Tribunal (5ª e 6ª Turmas). Para a 5ª Turma, havendo outros meios de prova, tais como declaração da vítima ou prova testemunhal, que corroborem o uso da arma pelo agente na empreitada criminosa, dispensável é a confecção de laudo pericial que ateste a potencialidade lesiva do artefato.

Amparando tal entendimento, o julgado assim ementado:

> HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO ART. 157, § 2º, I E II DO CPB). PENA FIXADA: 8 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. IMPOSSIBILIDADE DE APREENSÃO E CONSEQUENTE PERÍCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA APLICADA PELO TRIBUNAL A QUO, A PARTIR DA FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO POR MEIO DE CERTIDÃO CARTORÁRIA. PRECEDENTE DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. A impossibilidade de apreensão e a consequente perícia da arma de fogo utilizada no roubo não afasta a configuração da causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa. 2. Havendo nos autos oficiais comprovando a reincidência do paciente, não há falar em necessidade absoluta de existência de certidão cartorária judicial, sendo bastante a presença de folha de antecedentes criminais que demonstrem claramente o trânsito

> em julgado da sentença condenatória, tal como se dá na espécie.
> 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.
> 4. Ordem denegada. (HC 141705/MS, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Data do Julgamento: 21/10/2010).

A 6ª Turma, contudo, reputava ser indispensável a realização da perícia para fins de incidência da majorante prevista no art. 157, §2º inciso I do CP, não considerando suficiente a palavra da vítima ou relatos das testemunhas:

> HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE AGRAVADO. CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. NECESSIDADE. DECLARAÇÕES DE VÍTIMA OU TESTEMUNHA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.
> 1. Esta Sexta Turma firmou o entendimento segundo o qual, para incidir a majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, se faz necessária a apreensão da arma para que se possa realizar a perícia e comprovar sua potencialidade lesiva.
> 2. As declarações das vítimas ou das testemunhas, por si sós, não são suficientes para a incidência da causa de aumento pelo emprego de arma de fogo, no caso concreto.
> 3. Ordem concedida, para arredar da condenação do paciente a majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, fixando-se a fração de aumento no mínimo de um terço. (Habeas Corpus nº 174.868/SP, Relator para o acórdão: Min. Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP. Data de Julgamento: 16/11/2010).

De igual forma, verificou-se a controvérsia jurisprudencial sobre o tema ora estudado entre a 1ª e a 2ª Turmas do Guardião da Constituição,

antes da consolidação pelo Plenário do STF da corrente subjetiva. Com efeito, a 1ª Turma dispensava a perícia, enquanto a 2ª Turma a considerava imprescindível. Confiram-se os julgados exemplificativos do referido dissenso:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA. ARMA NÃO APREENDIDA. DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS. VALOR PROBANTE. REICIDÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ORDEM DENEGADA. 1. Na falta de apreensão da arma de fogo, mas comprovado o seu emprego por outros meios de prova, não há que se desclassificar o delito para roubo simples. 2. A incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do CP se explica pela maior capacidade de intimidação e consequente rendição da vítima, provocada pelo uso de arma de fogo. Precedentes. 3. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal conhecer de questão não examinada nas instâncias anteriores. A alegação inconstitucionalidade da reincidência não foi submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada. (HC 95616/RS. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento: 11/11/2008. Órgão Julgador: Primeira Turma).

> 1. AÇÃO PENAL. Interrogatório. Não comparecimento do representante do Ministério Público. Irrelevância. Nulidade só arguida em revisão criminal. Preclusão consumada. Inexistência, ademais, de prejuízo à defesa. Nulidade processual não reconhecida. Precedente. Argüida apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória, toda nulidade relativa é coberta pela preclusão.
> 2. AÇÃO PENAL. Condenação. Delito de roubo. Art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. Pena.

> Majorante. Emprego de arma de fogo. Instrumento não apreendido nem periciado. Ausência de disparo. Dúvida sobre a lesividade. Ônus da prova que incumbia à acusação. Causa de aumento excluída. HC concedido para esse fim. Precedentes. Inteligência do art. 157, § 2º, I, do CP, e do art. 167 do CPP. Aplicação do art. 5º, LVII, da CF. Não se aplica a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, a título de emprego de arma de fogo, se esta não foi apreendida nem periciada, sem prova de disparo. (HC 95142/RS. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento: 18/11/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma).

Diante do evidente dissenso no âmbito da Corte Suprema e considerando a necessidade de pacificar o entendimento do Tribunal, o tema foi afetado ao Plenário do STF, resultando na consolidação da desnecessidade de realização de perícia na arma de fogo quando atestado o uso do artefato por outros meios de prova, nos autos do HC 96.099-5/RS de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 19/02/2009.

Considerou-se na ocasião que a lesividade da arma de fogo decorreria *in re ipsa*, ou seja, da própria natureza desta, presunção que incumbe ao réu afastar. Pela clareza das palavras, transcrevemos trecho do voto do preclaro Ministro:

> Com efeito, não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. Sua lesividade encontra-se *in re ipsa.* Supor o contrário significaria dar guarida à exceção, àquilo que normalmente não ocorre. Iria de encontro ao *id quod plerumque accidit*. Se por qualquer meio e prova, em especial pela palavra da vítima – reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente- ou pelo depoimento de testemunha presencial ficar comprovado o emprego de arma de fogo, esta circunstância deverá ser levada em consideração pelo magistrado na fixação da pena.[...] Caso o acusado

> pretenda contraditar o que se contém no acervo probatório ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal evidência, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, segundo o qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.

Segundo o Ministro Lewandowski, não seria razoável exigir da vítima ou do Estado-acusador comprovar o potencial lesivo da arma, quando seu emprego restar demonstrado por outros meios de prova, notadamente quando a arma de fogo desaparece por ação do próprio acusado, como usualmente acontece em delitos dessa natureza. No mencionado julgamento do *writ*, prosseguiu afirmando que a arma de fogo, ainda que desprovida de potencialidade lesiva, poderia ser utilizada pelo agente para perpetrar violência física contra a vítima, enquanto instrumento contundente apto a produzir lesões graves como sangramentos e fraturas, através de coronhadas e chuçadas desferidas com cabos e canos dos artefatos, entendimento que fora esposado pela maioria dos Ministros presentes, com a adoção da teoria subjetiva.

Recentemente, a Terceira Seção do STJ, nos autos dos Embargos de Divergência em RESP nº 961.863/RS, cujo acórdão foi prolatado em 13.12.2010, considerando existir dissenso entre as Turmas Criminais do Sodalício, firmou entendimento de que não é necessária a perícia, uma vez que a arma é em si efetivamente capaz de produzir dano ou lesão, independendo da prova da potencial lesividade, seguindo a linha adotada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, quanto ao acolhimento da corrente subjetiva.

Nos termos do voto vencedor de lavra do Min. Gilson Dipp:

> A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só -- desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela – instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

No entanto, frise-se que, em que pese ter a Terceira Seção sedimentado a tese subjetiva conforme alhures mencionado, não se pode afirmar que a

teoria subjetiva foi acolhida de forma pacífica pelas duas Turmas do STJ, uma vez que ainda se colhem julgados dos órgãos fracionários da Corte Cidadã com clara influência da teoria objetiva. Com efeito, recentemente a 5ª Turma do STJ decidiu que acaso efetivamente apreendida a arma e concluindo a perícia que aquela não possuía ofensividade, será afastada a majorante prevista no art. 157, §2º inciso I do CP, caso em que o agente responderá pelo roubo simples, não obstante o efetivo uso de arma de fogo pelo réu na consumação do delito (HC 190.313/SP e 188.321/MG, julgados pela 5ª Turma em 17/03/2011).

Demais disso, sobreleva destacar que há julgado da 6ª Turma do STJ que afastou a aplicação da causa de aumento quando verificada a ausência de munição na arma utilizada pelo agente, dando primazia à potencialidade lesiva do artefato, também caracterizando o acolhimento da teoria objetiva (HC 177.133/SP, julgado em 03/02/2011).

Do exposto, verifica-se que no âmbito do STF o atual entendimento prevalecente é que não apreendida e periciada a arma de fogo, mas atestado seu uso pelo acusado na empreitada criminosa por outros meios de prova, incidirá a causa de aumento prevista no art. 157, §2º inciso I do CP, notadamente quando as testemunhas afirmarem ter o réu efetuado disparos, posição majoritária também no Superior Tribunal de Justiça.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora sedimentado o tema no âmbito do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, tem-se que doutrinariamente a questão está longe de ser pacificada. Duras críticas foram lançadas contra a decisão do Plenário do STF, que fora acompanhada pela 3ª Seção do STJ.

Nesse sentido, há quem considere errônea a adoção da teoria subjetiva pelo STF, em virtude de considerarem que somente a arma eficaz e apta a produzir disparos é que poderá lesionar o bem jurídico tutelado pela majorante em estudo. Pela clareza das palavras, transcrevo-as[18]:

> Entendemos correta a posição majoritária, segundo a qual se deve recorrer ao critério objetivo para

[18] WOLFF, Tatiana Konrath. *Emprego de arma no crime de roubo***.** Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17081>. Acesso em: 17 abril 2011.

> aplicar a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I do CP. Isto porque se impõe a observância do princípio da ofensividade, princípio constitucional implícito e derivado da dignidade da pessoa humana, comumente resumido na máxima *nullum crimen sine iniuria*. Ou seja, não haverá relevância penal em comportamentos que não ponham em risco ou lesionem bens jurídicos penais.

Há quem combata o entendimento do STF argumentando ainda que a incidência da majorante inserta no art. 157, §2º inciso I do CP na hipótese de a arma não ter potencialidade lesiva poderia ainda configurar *bis in idem*, pois a grave ameaça já integra o tipo do roubo simples (art. 157, caput, CP)[19]:

> [...]Contudo, entendemos que a mesma assertiva não pode ser dispensada simultaneamente ao bem jurídico protegido pela causa especial de aumento de pena, haja vista a incidência de dupla valoração para o mesmo fato. Sendo assim, aumentar a pena nos moldes do artigo 157, § 2º, inciso I do Código Penal sob o pretexto da maior intimidação no ânimo de resistência da vítima, viola o princípio do *non bis in idem*, porquanto a grave ameaça já é elemento típico do roubo simples.

Com a devida vênia, ousamos discordar dos entendimentos acima colacionados. Não se pode olvidar que a grave ameaça que integra o tipo básico do delito de roubo "é aquela capaz de infundir temor à vítima, permitindo que seja subjugada pelo agente que, assim, subtrai-lhe os bens"[20]. Discorrendo sobre a ameaça, Rogério Greco[21] nos ensina que:

> No crime de roubo, embora a promessa do mal deva ser grave, ele, o mal, deve ser iminente, capaz de permitir a subtração naquele exato instante pelo

---

[19] SANCHES, Henrique Gonçalves. O *uso de arma de fogo no crime de roubo sempre ensejará a causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal?* Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11479>. Acesso em: 15 abril 2011.

[20] GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 410.

[21] Op. Cit., p. 410.

> agente, em virtude do temor que infunde na pessoa da vítima. A ameaça deve ser verossímil, vale dizer, o mal proposto pelo agente, para fins de subtração dos bens da vítima, deve ser crível, razoável, capaz de infundir temor. Dizer à vítima para entregar seus bens, pois, caso contrário, rogará aos céus que lhe caia um raio na cabeça, não se configura ameaça, mas uma encenação ridícula.

Com efeito, não se pode cogitar equivalência entre o roubo perpetrado com uma arma de fogo com a hipótese de roubo consumado mediante a ameaça de mal injusto e grave prometido apenas verbalmente contra a pessoa da vítima, sem o uso de nenhum artefato. Quando utilizada a arma de fogo, deve o agente ser apenado de forma mais rigorosa, diante da maior reprovabilidade de sua conduta (há um *plus* a ensejar reprimenda estatal mais dura), motivo pelo qual não há *bis in idem*. O legislador, ao incluir a majorante, visou apenar com maior rigor o agente que praticou o delito nas hipóteses descritas nas causas de aumento, afastando-se da conduta básica do tipo do roubo simples.

Quanto à alegada inexistência de ofensa a bens jurídicos, destaque-se que não se pode olvidar a natureza complexa do crime de roubo, também dito pluriofensivo, uma vez que objetiva tutelar múltiplos bens jurídicos, tais como posse, propriedade, integridade física e liberdade individual da vítima. Como negar que há violação a tais bens jurídicos, no caso de um indivíduo, empunhando arma de fogo em direção a outrem e desferindo-lhe coronhadas, vir a subtrair bem deste último? Em que pese não estar a arma municiada ou apta a produzir disparos, não se pode negar que na hipótese acima narrada, vindo o agente a consumar a infração após utilizar a arma de fogo, deverá incidir a causa de aumento, notadamente porque na mente da vítima, indefesa e reduzida à impossibilidade de reação por conta do uso do artefato, não cabia cogitar se a arma possuía ou não potencialidade ofensiva.

É dizer: no momento de sua rendição, em que tomada de assalto pelo agente, a vítima certamente tornou-se menos reativa em função da arma que possuía contra si, o que lhe subtraiu a capacidade de resistir e facilitou ao réu atingir seu intento delituoso, circunstância que não pode ser ignorada pelo magistrado quando da fixação da pena merecida pelo réu.

Quanto à necessidade de perícia, temos que, ademais, o sistema de provas vigente no direito processual penal brasileiro mitiga a imprescindibilidade de

realização de exame pericial. É certo que, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal (CPP) o exame de corpo de delito será indispensável, se a infração deixar vestígios. No entanto, o mesmo CPP, temperando a exigência, prevê no art. 167 que, em não sendo possível a realização do exame, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

Trazendo tais noções para o caso ora em estudo, tem-se que, desaparecendo a arma de fogo utilizada pelo agente a inviabilizar a realização de perícia, poderá o juiz reputar provado o uso do artefato se extrair tal circunstância da prova testemunhal.

Ressalte-se, por fim, que exigir a perícia em casos que tais, implicaria estimular os delinquentes a desaparecer com a arma de fogo a fim de evitar o exame pericial e afastar a majoração de sua pena, o que não se pode permitir.

Nesse diapasão, o Min. Ricardo Lewandowski, no HC 96099/RS já citado linhas atrás concluiu que:

> Constitui dever da autoridade judicial não apenas zelar para que os direitos fundamentais do acusado sejam estritamente respeitados, mas também velar para que a norma penal seja aplicada com vistas à prevenção do crime e cerceamento da delinquência. Nesse sentido, observa Guilherme de Souza Nucci, a política criminal – da qual o magistrado também é um executor – exige uma "postura crítica permanente do sistema penal, tanto no campo das normas em abstrato quanto no contexto da aplicação das leis aos casos concretos, implicando, em suma, na postura do Estado no combate à criminalidade". Exigir uma perícia para atestar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada no delito de roubo, ainda que cogitável no âmbito das especulações acadêmicas, teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com elas, de modo que a qualificadora (sic) do art. 157,§2º, I, do Código Penal dificilmente possa ser aplicada, a não ser nas raras situações em que restem presos em flagrante, empunhando o artefato ofensivo. Significaria, em suma, beneficiá-los com a própria torpeza, hermenêutica essa que não se coaduna com a boa aplicação do Direito.

Com fulcro nos argumentos alhures expostos, é de se concluir que andou bem a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, diante da necessidade de maior reprimenda estatal ao agente que efetivamente utilizou arma de fogo na consumação do delito de roubo na rendição da vítima, ainda que somente atestado o uso do artefato por testemunhas, dispensando a realização de exame pericial, para fins de incidência da causa de aumento prevista no art. 157, §2º inciso I do Código Penal na terceira fase da aplicação da pena do acusado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: Parte Especial. V. 3. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). V. 2. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CELIDONIO, Guilherme. *Da análise da aplicação da causa de aumento de pena do roubo(art. 157, §2º, I) quando a arma do crime não é apreendida*. Disponível em:< http://jus.uol.com.br/revista/texto/7472/da-analise-da-aplicacao-da-causa-de-aumento-de-pena-do-roubo-art-157-2o-i-quando-a-arma-do-crime-nao-e-apreendida>. Acesso em: 17 abril 2011.

FARIA, Fernando César. *A não incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso I, § 2°do art. 157do Código Penal ante a ausência de apreensão e perícia da arma de fogo*. Disponível em: < http://www.anajus.org/home/index.php?option=com_content&view=article&id=523%3A22072009-a-nao-incidencia-da-causa-de-aumento-de-pena-prevista-no-inciso-i-s-2d-do-art-157-&catid=23%3Aartigos&Itemid=35>. Acesso em: 18 abril 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Roubo: aumento de pena. Uso de arma de fogo. Desnecessidade da perícia*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 17 abril 2011.

_____. *Roubo com arma de fogo: prova da potencial lesividade*. Disponível em: < http://www.blogdolfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/roubo-com-arma-de-fogo-prova-da-potencial-lesividade/. Acesso em: 17 abril 2011.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 4ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

MASSON, Cleber Rogerio. *Direito penal esquematizado*: parte especial. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. V. 2. Parte Especial(arts. 121 a 361). 2ª ed. Revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SANCHES, Henrique Gonçalves. O *uso de arma de fogo no crime de roubo sempre ensejará a causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2°, inciso I, do Código Penal?* Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11479>. Acesso em: 15 abril 2011.

WOLFF, Tatiana Konrath. *Emprego de arma no crime de roubo*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17081>. Acesso em: 17 abril 2011.

SÚMULA 381 DO STJ VS CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Guilherme Resende Christiano, Técnico Judiciário do TJSE. Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (2010.2)

RESUMO: Com a evolução das relações negociais, aquele clássico modelo de contrato igualitário, que oportunizava às partes meios de discutirem o teor das cláusulas contratuais praticamente se extinguiu, abrindo espaço para a implementação de contratos de adesão, os contratos de massa, que por sua vez deram margem à exploração do consumidor por parte dos fornecedores, agora que estes tornaram-se a parte forte da relação negocial, e por isso impõem aos vulneráveis consumidores cláusulas abusivas, que os deixam em desvantagem exagerada. Neste contexto, nasceram as legislações que buscaram proteger os consumidores dos abusos cometidos, dentre as quais destaca-se o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, uma das legislações consumeristas mais avançadas do mundo. O CDC criou no Brasil uma ordem pública de proteção ao consumidor, norteada por princípios próprios, configurando-se em um verdadeiro microssistema jurídico. Infelizmente, a conotação protetiva do CDC, seus princípios, sua razão de ser, foram relegados a segundo plano com a edição da Súmula 381 do STJ, que impede que o julgador conheça de ofício a abusividade de cláusulas em contratos bancários, em frontal desacordo com as normas e princípios insculpidos pela legislação consumerista brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusulas abusivas; nulidade absoluta; contratos de consumo; reconhecimento de ofício.

ABSTRACT: With the evolution of business relationships that classic egalitarian model contract, which offers resources to the parties to discuss the content of contractual almost became extinct, making room for the implementation of subscription contracts, contracts of mass, which in turn gave scope for exploitation of consumers by providers, now that they have become part of the strong trading relationship, and therefore vulnerable consumers impose unfair terms that leave them at an unreasonable disadvantage. In this context, emerged the laws that sought to protect consumers from abuses, among which detaca to the Code of Consumer Protection in Brazil, one of the laws consumerist world's most advanced.

The CDC has created a public policy in Brazil's consumer protection, guided by its own principles, becoming a true microsystem. Unfortunately, the protective connotation of the CDC, its principles, its rationale, were relegated to the background with the issue of precedent from the Supreme Court 381, which prevents the judge to recognize abusividde clauses in contracts with banks, in disagreement with frontal norms and principles sculptured by Brazilian consumerist legislation.

KEYWORDS: Unfair; absolute nullity; consumer contracts; recognition of trade.

INTRODUÇÃO

A defesa e proteção ao consumidor é matéria que a todos diz interesse, tendo em mira o simples fato de estar diretamente ligada ao cotidiano de cada ser humano, já que na sociedade atual, fortemente capitalista, qualquer pessoa necessita, a todo momento, de produtos e serviços. Todos nós, em maior ou menor grau, somos consumidores em cada instante de nossas vidas.

Não obstante a origem do direito do consumidor remeter à antiguidade, de certa maneira podemos afirmar que sua positivação e valorização como ramo autônomo do direito é fenômeno recente em todo o mundo. Isso se dá devido ao fato de que se antes, via de regra, fornecedores e consumidores, de uma maneira geral, estavam em pé de igualdade no momento da contratação, em situação de relativo equilíbrio de poder de barganha, até porque geralmente se conheciam, hoje em dia o fornecedor assume posição superior na relação de consumo, ditando as regras do jogo.

Isto ocorre porque o homem do século XXI vive em função de um novo modelo de sociedade: a sociedade de consumo. Prova disso é a crescente adoção, pelos fornecedores, do chamado contrato de adesão, em que as cláusulas contratuais estão previamente estabelecidas pela parte mais forte da relação de consumo, não havendo margem para discussão: ou o consumidor aceita as imposições contratuais, ou as rejeita e não contrata, restanto sem o produto ou serviço que buscava obter, e que por muitas vezes mostra-se essencial.

Inegável que a sociedade de consumo em massa (*mass consumption society* ou *Konsumgesellschaft*) trouxe avanços e benefícios para seus atores. Entretanto, em certos casos, conforme já visto, a posição do consumidor

piorou ao invés de melhorar. Nesta esteira, diante desta mudança radical em curto espaço de tempo, o direito não pôde ficar alheio à nova situação estabelecida na sociedade, que havia tornado o consumidor parte completamente vulnerável na relação de consumo. De tal sorte, tornou-se necessária a intervenção do Estado a fim de reequilibrar a relação de consumo, ora reforçando a posição do consumidor, ora limitando certas práticas pelos fornecedores de produtos ou serviços. Assim nasceu o Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

A elaboração do Código de Defesa do Consumidor encontra sua fonte inspiradora na Carta da República de 1988, que dispõe no inciso XXXII do art. 5º que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Verifica-se ainda que o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou que "o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor". Da análise de tais dispositivos, é de se perceber a importância com que o legislador constituinte originário tratou o consumidor, atento às modificações à época já em curso nas relações de consumo em todo o mundo.

O CDC surgiu, como visto, em um período marcado pela massificação das relações consumeristas, contendo conceitos próprios, princípios e direitos, sendo, em verdade, um verdadeiro microssistema jurídico.

Logo em seu artigo inaugural, nota-se que o código possui em seu bojo normas de ordem pública e de interesse social, vejamos:

> Art. 1º. O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, **de ordem pública e interesse social,** nos termos dos arts. 5º, inciso XXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 148 de suas Disposições Transitórias.

Ademais, é de bom alvitre aqui colacionar o teor do caput do art. 51 do código, a saber:

> Art. 51. São **nulas de pleno direito**, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)

Na sequência, o CDC enumera, nos incisos do art. 51 (16 no total), rol exemplificativo de cláusulas contratuais consideradas abusivas.

Da análise dos dispositivos colacionados, bem como do microssistema introduzido em nosso ordenamento jurídico através do Código de Defesa do Consumidor, resta-nos cristalinamente claro que implantou-se no Brasil, ao lado da ordem pública social e da ordem pública econômica, uma ordem **pública** de proteção dos consumidores. As regras de direito privado não mais atendem às necessidades da sociedade atual de consumo em massa, principalmente no que tange à teoria das nulidades e à proteção contra cláusulas abusivas. É exatamente esse o fundamento que autorizou a criação do CDC, o que inegavelmente, ao arrepio das normas constitucionais consumeristas e das disposições protetivas constantes no CDC, tem sido esquecido pelo Superior Tribunal de Justiça, em especial quando da edição da Súmula 381 deste Tribunal.

É que dita súmula enuncia que "nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas". A redação do enunciado retro, como se verá ao longo deste artigo, sofre de ausência de rigor técnico, bem como vai de encontro a todo o sistema protetivo criado pelo Código de Defesa do Consumidor, ofendendo princípios básicos do microssistema jurídico consumerista, como o de que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, além de o fato de que as disposições encontradas no código são de ordem pública e interesse social. Ademais, a súmula ora criticada foi além da orientação constante nos julgados que deram origem à mesma. Saliente-se, ainda, que o posicionamento adotado pelo STJ através deste verbete é praticamente isolado, extremamente minoritário, não encontrando amparo na doutrina e jurisprudência dominantes.

Desta forma, o objetivo deste artigo é demonstrar que a Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça caracteriza um retrocesso, tornando letra morta e vazia diversos dispositivos e princípios presentes no CDC, além de, em última análise, ofender a própria Constituição Federal, tendo em vista que a defesa do consumidor é princípio da ordem econômica (art. 170 da CF), motivo pelo qual deve ser cancelada ou ter sua aplicabilidade mitigada, tendo em vista não estarmos diante de súmula com efeitos vinculantes.

Trazemos à baila as críticas tecidas pela doutrina ao teor da redação da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça, e argumentos que sustentam a necessidade de seu cancelamento.

DIREITO DO CONSUMIDOR

1- HISTÓRICO

Com frequência, costumamos dizer que o direito do consumidor é matéria/ramo do direito recente em todo o mundo, tendo surgido há poucas décadas diante da transformação da sociedade tradicional em uma sociedade de consumo em massa. De fato, tal assertiva é em parte verdadeira. O direito do consumidor ganhou força, notoriedade e assumiu posição de destaque com o surgimento da sociedade capitalista de consumo, pois com o advento da prática de contratação em massa, torna-se impossível para o fornecedor negociar com cada cliente/consumidor individualmente, com eles discutir uma a uma cada cláusula do contrato.

Imaginemos se uma empresa como a VIVO/SA, com milhões de clientes em todo o Brasil, tivesse que discutir cada cláusula do contrato de telefonia móvel com cada um de seus clientes. Tal situação tornaria inviável e humanamente impossível que os negócios se realizassem, pois não haveria tempo nem força humana capaz de suprir tamanha demanda. Exatamente por isso passou-se a adotar o contrato de adesão, que apesar de prático e extremamente útil, deu azo para a inclusão de cláusulas abusivas em seu bojo, tendo em vista que seria impossível ao consumidor discuti-las.

Com a adoção do contrato de adesão, e com o consequente "surgimento" das cláusulas abusivas, pois as empresas notaram que os consumidores, desesperados e necessitando do produto/serviço não teriam outra escolha senão contratar, mesmo sabendo que estavam sofrendo abusividades, é que iniciou-se a implementação de estatutos consumeristas nos ordenamentos jurídicos de diversos países ao redor do globo.

Ocorre que há quem afirme que já no antigo Código de Hammurabi, ainda que indiretamente, haviam regras que visavam a proteção ao consumidor. Conforme bem lembra FILOMENO (2007, p. 02), a Lei 233 do mencionado Código rezava que o arquiteto que viesse a construir uma casa cujas paredes se revelassem deficientes teria a obrigação de reconstruí-las ou consolidá-las às suas próprias expensas. Seguindo o princípio clássico do "olho por olho, dente por dente", preconizava ainda o Código de Hammurabi que o empreiteiro da obra, além de ser obrigado a reparar os danos causados ao empreitador, no caso de morte do chefe da família decorrente de desabamento, sofria a punição de morte; caso o desabamento

tivesse vitimado o filho do chefe da família, seu filho teria a vida ceifada. Da mesma forma, continua mencionado autor, o cirurgião que operasse alguém "com bisturi de bronze" e lhe causasse a morte por imperícia, estaria obrigado a pagar indenização cabal e pena capital. Além disso, de acordo com a Lei 235 do mesmo código, "o construtor de barcos estava obrigado a refazê-lo em caso de defeito estrutural, dentro do prazo de até um ano", demonstrando Hammurabi, já àquela época (2.000 anos antes de Cristo, frise-se), plena noção dos chamados vícios redibitórios.

FILOMENO (2007, p. 03) ensina que na Grécia, conforme lição extraída da Constituição de Atenas, de Aristóteles (1995:103-247), também havia preocupação latente com a defesa do consumidor. Dizia Aristóteles:

> são também designados por sorteio os fiscais de mercado, cinco para o Pireu e cinco para a cidade; as leis atribuem-lhes os encargos atinentes às mercadorias em geral, a fim de que os produtos vendidos não contenham misturas nem sejam adulterados; são também designados por sorteio os fiscais das medidas, cinco para a cidade e cinco para o Pireu; ficam a seu encargo as medidas e os pesos em geral, a fim de que os vendedores utilizem os corretos; havia também os guardiães do trigo; eles se encarregam, em primeiro lugar, de que o trigo em grão colocado no mercado seja vendido honestamente; depois, de que os moleiros vendam a farinha por um preço correspondente ao da cevada, e de que os padeiros vendam os pães por um preço correspondente ao do trigo e com o seu peso na medida por eles prescrita; são também designados por sorteio dez inspetores do comércio, aos quais se atribuem os encargos mercantis, devendo eles obrigar os comerciantes a trazerem para a cidade dois terços do trigo transportados para comercialização(...) o juro de uma dracma incidente sobre o capital de uma mina implicava uma taxa de 1% ao mês ou 12% ao ano".

Também na Europa medieval, principalmente na França e Espanha, previam-se penas vexatórias para os adulteradores de substâncias alimentícias, sobretudo manteiga e vinho.

O jornalista Biaggio Talento nos relata que documentos da época colonial guardados no Arquivo Histórico de Salvador demonstram que era preocupação das autoridades coloniais a punição aos infratores de normas protetivas ao consumidor. Haviam normas que obrigavam os vendeiros a "fixarem escritos da almoçataria na porta para que o povo os lessem". Era o direito à informação sendo aplicado no período colonial. Aos infratores, era imposta multa. Era prevista também a pena de multa para os que vendessem mercadorias acima do valor das tabelas fixadas.

Avançando no tempo, FILOMENO (2007, p. 04) cita nos movimentos dos frigoríficos de Chicago o despertar do movimento consumerista já com a plena consciência dos interesses a serem defendidos e a definição de estratégias para defendê-los. Tais movimentos trabalhistas/consumeristas acabaram por dar origem ao "Consumer's League", em 1891, que posteriormente evoluíram para o que hoje é a poderosa e temida "Consumer's Union" dos Estados Unidos da América. Referida unidade visa a conscientização dos consumidores e a promoção de ações judiciais, chegando a adquirir quase todos os produtos que são lançados no mercado norte americano para testá-los e informar aos consumidores de todo o país se tal produto funciona, é seguro, obedece as normas determinadas, entre outras relevantes tarefas.

Neste sentido, aparentemente espelhados na Consumer's Union norte-americana, tanto o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) como o Instituto Nacional de Metrologia (INMETRO) têm direcionado parte de suas atividades para pesquisas em matéria de garrafas térmicas, chuveiros elétricos, botijões de gás, leites, contraceptivos de látex, etc, com ênfase para a qualidade dos produtos e segurança dos mesmos.

Retornando ao histórico do movimento consumerista, a Resolução nº 39/248 da ONU, de 1985, traçou uma política geral de proteção aos consumidores, reconhecendo que o consumidor enfrenta desequilíbrio face a capacidade econômica, nível de educação e poder de barganha. A ONU impõe, ainda, aos Estados filiados, a obrigação de formularem uma política de proteção ao consumidor. Através das recomendações e conclusões do seminário regional latino-americano e do Caribe sobre proteção do consumidor, realizado em 1987 em Montevidéu, as diretrizes da resolução da ONU foram adaptadas para a realidade da região latino-americana.

Desta forma, verifica-se que a preocupação com a defesa do consumidor é universal, motivo pelo qual não poderia a Constituição Cidadã de 1988 quedar-se alheia à matéria de tamanho relevo.

2- DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

Conforme adredemente estudado, a procupação com a figura do consumidor atravessou milênios, tendo a constituição redemocratizadora, acompanhando a tendência mundial, contribuído para o fortalecimento deste ramo do direito.

Já foi visto, quando do introito, que a elaboração do Código de Defesa do Consumidor encontra sua fonte inspiradora na Carta da República de 1988, que dispõe no inciso XXXII do art. 5º que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Verifica-se ainda que o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou que "o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor". Resta evidente a importância com que o legislador constituinte originário tratou o consumidor, e de maneira bastante acertada.

O art. 170 da Carta Magna, quando afirma que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social" aduz em seu inciso V que deve-se observar, entre outros, o princípio basilar da defesa do consumidor.

Conforme se avista da leitura dos dispositivos supra, vê-se que a Lei Maior da República visa nada menos que a **defesa** do consumidor. A Constituição prevê e ordena a criação de um **código** que **defenda, proteja** os consumidores. O direito do consumidor no Brasil é protetivo. O legislador constituinte originário, sensível à abismal diferença existente já em 1988 entre fornecedores e consumidores, estabeleceu no país uma **ordem pública de proteção** aos consumidores. Nosso código não é apenas uma "Lei das Relações de Consumo". Além de regulá-las, ele visa explicitamente proteger a figura do consumidor, em homenagem ao princípio constitucional da isonomia, tratando desigualmente os desiguais, a fim de buscar-se a igualdade.

Comentando acerca do caráter protetivo do CDC, João Batista de Almeida leciona:

> O CDC constitui um microssistema na medida em que possui normas que regulam todos os aspectos da proteção do consumidor, coordenadas entre si, permitindo uma visão de conjunto das relações de consumo, sem se deixar contaminar por regras de

> outros ramos do direito. Assim, preferiu o legislador tratar no CDC do aspecto civil das relações de consumo, sem deixar o seu disciplinamento para uma futura e incerta alteração do Código Civil. Da mesma forma, em relação aos aspectos penal, administrativo e jurisdicional.
> [...]
> O microssistema codificado, por força de seu caráter interdisciplinar, outorgou tutelas específicas ao consumidor nos campos civil (arts. 8º a 54), administrativo (arts. 55 a 60, 105 e 106), penal (arts. 61 a 80) e jurisdicional (arts. 81 a 104) (ALMEIDA, 2009, p. 76).

Neste mesmo sentido, doutrina Celso Marcelo de Oliveira:

> Partilhamos da posição do insigne e emérito professor Sérgio Cavalieri Filho que concebe o CDC como uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável em toda e qualquer área do direito onde ocorrer uma relação de consumo, justamente em razão da dimensão coletiva que assume, **vez que composto por normas de ordem pública e de interesse social**. A Lei n. 8.078/90, que materializa princípios contidos dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5º, XXXII, CR/88) e os da ordem econômica e social (art. 170, V, CR/88).
> [...]
> **Suas normas, como dito, são de ordem pública e de interesse social versando, assim, sobre direitos indisponíveis, a ensejar a sua observância de ofício.** Recaem sobre um tema que se considera direito e garantia fundamental do cidadão. **(grifo nosso) (OLIVEIRA, 2009, p. 76)**

Assim, gozando de *status* constitucional, apesar de desrespeitado o prazo fixado no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (cento e vinte dias, conforme art. 48), em 11 de setembro de 1990 foi promulgado o CDC, que entrou em vigência em 13 de março de 1991, inspirado em legislações estrangeiras, como não poderia deixar de ser. Entretanto, conforme bem informa Ada Pellegrini Grinover (1997, p. 10), os autores do anteprojeto do

CDC, contudo, "tomaram a precaução de evitar, a todo custo, a transcrição pura e simples de textos alienígenas". Aduzem os autores da mencionada obra que a ideia de que o Brasil e seu mercado de consumo tem peculiaridades e problemas próprios acompanhou todo o trabalho da elaboração. Como resultado desta preocupação, assinalam que "inúmeros são os dispositivos do Código que, de tão adaptados a nossa realidade, mostram-se arredios a qualquer tentativa de comparação com esta ou aquela lei estrangeira. Mas aqui e ali, é possível identificar-se a influência de outros ordenamentos."

Discorrendo sobre a chamada instrumentalidade do Código de Defesa do Consumidor, Celso Marcelo de Oliveira aduz:

> Certo é que a tarefa do legislador infraconstitucional está em apenas criar mecanismos para a defesa do consumidor, posto que a defesa do consumidor já está assegurada pelo constituinte originário como verdadeiro direito subjetivo oponível ao particular e ao Poder Público, mormente em face da norma enunciada no artigo 5º, parágrafo 1º do Estatuto Máximo, in verbis: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata. (OLIVEIRA, 2003, p. 21)

Assim, podemos dizer, nasceu a Lei consumerista brasileira, considerada à época uma das mais avançadas do mundo, contendo em seu bojo normas de ordem pública e de interesse social, portanto inderrogáveis por vontade das partes, e que fulmina de nulidade absoluta as cláusulas consideradas abusivas, dentre inúmeros outros instrumentos utilizados pelo código para evitar a exploração do mais fraco pelo mais forte, impedindo abusos decorrentes do intenso desequilíbrio existente entre fornecedores e consumidores.

3- CONTRATOS DE ADESÃO

Os contratos paritários ocupam hoje ínfima parcela do direito privado. A realidade é a dos contratos de massa, onde a negociação não encontra guarida.

Diante desta nova realidade, em que as empresas contratam com um número ilimitado de consumidores, não mais há espaço para discussão de cláusulas. Aproveitando-se da superioridade no âmbito negocial, e para tornar possível oferecer seus produtos e serviços para todos os interessados

em obtê-los, os fornecedores passaram a utilizar-se de um novo tipo de contrato, entrando em cena a figura do contrato de adesão.

Silvio Venosa o conceitua como:

> [...] o típico contrato que se apresenta com todas as suas cláusulas predispostas por uma das partes. A outra parte, o aderente, somente tem a alternativa de aceitar ou repelir o contrato. Esta modalidade não resiste a uma explicação dentro dos princípios tradicionais de direito contratual. O consentimento manifesta-se, então, por simples adesão às cláusulas que foram apresentadas pelo outro contratante. Há condições gerais nos contratos impostas ao público interessado em geral. (VENOSA, 2009, p.375)

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 54, busca conceituar esta modalidade de contrato, e o faz nos seguintes termos:

> Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Cláudia Lima Marques elenca as principais características deste tipo de contrato, a saber:

> 1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte. (MARQUES, 2002, p. 54)

É de se ver que tal modalidade de contrato, por ser elaborado unitateralmente pela parte mais forte da relação de consumo, traz inúmeros riscos para a coletividade. Atento aos perigos dos contratos de adesão, o Estado criou mecanismos para coibir abusos por parte dos fornecedores.

O Código Civil, por exemplo, dispõe no art. 424 que "nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente resultante da natureza do negócio". O art. 423, por sua vez, preconiza que "quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente".

O Código de Defesa do Consumidor foi mais longe, e no art. 54 tratou deste tipo de contrato. Vejamos a íntegra do artigo:

> Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.
>
> §1º – A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.
>
> §2º – Nos contratos de adesão admite-se a cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no §2º do art. anterior.
>
> §3º – Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.
>
> §4º – As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.
>
> §5º – Vetado – Cópia do formulário-padrão será remetida ao Ministério Público que, mediante inquérito civil, poderá efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais dos contratos de adesão.

Da leitura do artigo e de seus parágrafos, vê-se a preocupação do legislador com a figura do contrato de adesão. O CDC nos presenteia com diversos preceitos, como a obrigação imposta aos fornecedores de destacar as cláusulas

limitativas de direito do consumidor; redigir de maneira clara e ostensiva os contratos, de modo que o consumidor possa tomar conhecimento do conteúdo do contrato pela simples leitura do mesmo, etc.

No que tange ao §5º do art. 54, foi o mesmo vetado pelo presidente da República, à época. Entretanto, conforme aduz Nelson Nery Junior, apenas ficou sem efeito a obrigatoriedade de os fornecedores estipulantes remeterem ao Ministério Público cópia do formulário-padrão utilizado por eles no contrato de adesão, podendo o *Parquet* realizar o controle efetivo das cláusulas dos contratos de adesão mediante a instauração de inquérito civil.

4- CLÁUSULAS ABUSIVAS E SISTEMA DE NULIDADES DO CDC

Com a adoção de contratos de adesão pelos fornecedores de produtos e serviços, diante da característica mais marcante deste tipo de pacto, que é a formulação unilateral de suas cláusulas pela parte mais forte da relação de consumo, torna-se fácil a inclusão de cláusulas abusivas, que são impostas nos contratos com o objetivo de prejudicar a parte mais fraca e beneficiar a parte mais forte.

Ronaldo Alves de Andrade (2006, p. 317) as define como "a cláusula aposta no contrato de consumo – de adesão ou singular – pelo fornecedor, de forma que este fique em extremada vantagem e o consumidor e em extremada desvantagem, desequilibrando a relação contratual".

Eduardo Gabriel Saad (1998) conceitua tais cláusulas como aquelas que oneram sobremaneira o consumidor, provocando o desequilíbrio que, de ordinário, deve haver entre as partes.

O Código de Defesa do Consumidor preconiza, em seu artigo 51:

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
> I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

> XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
>
> XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.
>
> § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:
>
> I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
>
> II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
>
> III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.
>
> § 2° A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.
>
> § 3° (Vetado).
>
> § 4° É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Nelson Nery Junior comenta sobre o critério usado pelo CDC para enumeração das cláusulas consideradas abusivas. Vejamos:

> O critério do Código de Defesa do Consumidor para a enumeração das cláusulas abusivas em seu

> art. 51 foi informado pela experiência recolhida tanto da jurisprudência brasileira dos últimos anos, especialmente quanto aos contratos de adesão, quanto dos casos mais frequentes que passaram pelos órgãos de proteção ao consumidor, notadamente pelos PROCONs e pelo Ministério Público. O direito estrangeiro teve influência ímpar na adoção dessas cláusulas, com particular relevo para o direito alemão. (NERY JR, 2001, p. 465)

O rol acima elencado é meramente exemplificativo, como se verifica no caput do artigo 51, que utilizou a expressão "entre outras". O CDC introduziu em abundância normas de tipo aberto, inovando na forma de editar leis em nosso país, deixando um pouco de lado o exagerado positivismo, em que a lei deve prever todas as hipóteses possíveis para cada caso. O papel do Judiciário, nos casos de tipos abertos, torna-se primordial, criando efetivamente o direito para o caso concreto.

Diante do fato de a doutrina majoritária entender ser o rol exemplificativo, ainda que determinada cláusula não se subsuma às hipóteses citadas o dispositivo colacionado, ela pode ser considerada abusiva caso coloque o consumidor em desvantagem injustificada e exagerada.

A doutrina consumerista majoritária entende que a expressão nulas de pleno direito deve ser interpretada como sinônimo de nulidade absoluta, não só em razão do art. 166, VII do CC, mas em consideração do caráter de proteção instituído no art. 1º do CDC, que preconiza que as normas são de ordem pública e de interesse social.

Ora, se a cláusula abusiva, em nosso sistema, é nula de pleno direito, sendo fulminada de nulidade absoluta, a mesma não é apta a gerar efeitos, devendo ser declarada inválida a qualquer tempo e grau de jurisdição, independente de pedido formulado neste sentido.

O Código de Defesa do Consumidor afastou-se da regra tradicional das invalidades. No Código Civil de 2002, por exemplo, a invalidade ocorre na forma de nulidade e de anulabilidade, havendo as nulidades absolutas e as nulidades relativas.

A nulidade relativa (anulabilidade) deve ser apontada pela parte prejudicada. Os negócios jurídicos anuláveis ofendem preceitos meramente privados, sendo facultado à parte prejudicada pugnar pela anulação do

ato ou conformar-se com seus efeitos, não atacando-o ou simplesmente confirmando-o de forma expressa.

De outra banda, a nulidade absoluta ofende preceitos de ordem pública. Um ato nulo jamais poderá ser confirmado pelas partes, tendo em vista que não podem as mesmas irem de encontro a interesses públicos que estão sendo lesados. Um ato nulo também não convalesce pelo decurso do tempo.

O CDC, ao contrário do Código Civil, não adotou tal sistema (nulidade x anulabilidade). Vejamos o que diz Nelson Nery Junior:

> O sistema de nulidades não é único no Direito brasileiro, que no âmbito civil, que no comercial, processual civil e administrativo. Podemos dizer que, modernamente as invalidades reclamam tratamento microssistêmico, a fim de serem atendidas as peculiaridades de cada um dos microssistemas jurídicos per se. Esse é o precisamente o caso do Código de Defesa do Consumidor. [...] não há lugar para falar-se, no sistema do CDC, em nulidade absoluta e nulidade relativa de cláusulas contratuais abusivas. No regime jurídico do CDC, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito porque contrariam a ordem pública de proteção ao consumidor. Isso quer dizer que as nulidades podem ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo o juiz ou tribunal pronunciá-las ex officio, porque normas de ordem pública insuscetíveis de preclusão. (NERY JR, 2001, p. 467)

Não existe, no CDC, nulidade relativa de cláusulas abusivas. Tais cláusulas são nulas de pleno direito, portanto, fulminadas de nulidade absoluta. Inexistindo nulidade relativa, torna-se impossível a validação de cláusulas abusivas, pois estas já nasceram nulas.

As normas do CDC, como já foi visto, são de ordem pública e de interesse social, conforme art. 1º do Estatuto Consumerista. Daí decorre, ainda, a imprescritibilidade do requerimento de declaração da nulidade de cláusulas abusivas. Além disso, a defesa do consumidor é matéria constitucional, pois a Carta Magna estampa em seu art. 5º, XXXII o princípio fundamental da defesa do consumidor. Os direitos fundamentais previstos na Constituição

não são meros discursos a serem seguidos. Têm, ao contrário, força de norma, passível de ser executada e exigível. É o que se denomina de força normativa de Constituição.

Justamente diante deste caráter protetivo de que goza o CDC no Brasil, amparado pela CF, o consumidor deve ser tutelado, devendo ser possível o reconhecimento da abusividade de cláusulas mesmo sem pedido expresso neste sentido.

A esmagadora maioria da doutrina (senão unânime) é uníssona em afirmar que as cláusulas abusivas podem ser perfeitamente reconhecidas de ofício pelos magistrados. Vejamos o posicionamento dos mais renomados autores consumeristas de nosso país. Aduz Eduardo Gabriel Saad (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 3ª edição, Editora São Paulo, 1998, pagina 410):

> (...) a nulidade de pleno direito, a que se refere o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, é a nulidade do nosso Código Civil. Como tal, pode ser decretada de ofício pelo juiz e alegada em ação ou defesa por qualquer interessado, sendo a sanção jurídica prevista para a violação do preceito estabelecido em lei de ordem pública e interesse social (art. 1º). Nulidade de pleno direito ou nulidade absoluta (art. 145 do Código Civil) quando proclamada a pedido do interessado, do Ministério Público ou de ofício pelo magistrado, priva o ato negocial de qualquer efeito jurídico, já que vulnera princípios de ordem pública. Está o juiz impedido de suprir cláusula nula de pleno direito mesmo que os próprios interessados o solicitem. Essa vedação decorre da circunstância de estar em jogo princípio de ordem pública, imune a qualquer ato volitivo dos interessados.

Leandro de Medeiros Garcia posiciona-se da seguinte maneira:

> Por se tratar de norma de ordem pública, o Poder Judiciário declarará a nulidade absoluta das cláusulas abusivas de ofício, ou a pedido dos consumidores, das entidades que os representem ou do Ministério Público. (GARCIA, 2010, p. 309)

Nelson Nery Junior, um dos autores do anteprojeto do CDC, afirma que:

> Atendendo aos reclamos da doutrina, o CDC enunciou hipóteses de cláusulas abusivas em elenco exemplificativo. (...) Sempre que verificar a existência de desequilíbrio na posição das partes no contrato de consumo, o juiz poderá reconhecer e declarar abusiva determinada cláusula, atendidos os princípios da boa-fé e da compatibilidade com o sistema de proteção do consumidor. (...) Como a cláusula abusiva é nula de pleno direito (CDC, art. 51), deve ser reconhecida essa nulidade de ofício pelo juiz, independentemente de requerimento da parte ou interessado." (NERY JR, 2001, p. 466)

Ronaldo Alves de Andrade, nesta mesma linha, aponta:

> Quanto aos casos relacionados exemplificativamente no dispositivo citado (art. 51 do CDC), cremos ser possível a aplicação da teoria da nulidade – de pleno direito ou absoluta – em sua integralidade, como ditado pela maior parte da doutrina, ou seja, a nulidade é absoluta e pode efetivamente ser reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, tendo o juiz o dever de pronunciá-las de ofício. (ANDRADE, 2006, p.323)

Por sua vez, Luiz Otávio Rodrigues leciona:

> (...) A nulidade da cláusula abusiva deve ser reconhecida judicialmente, por meio de ação direita (ou reconvenção) e exceção substancial alegada em defesa (contestação), ou, ainda, por ato *ex officio* do juiz.
>
> (...) A sentença que reconhece a nulidade não é declaratória, mas constitutiva negativa. Quanto à subsistência da relação jurídica de consumo contaminada por cláusula abusiva, o efeito da sentença judicial que reconhece a nulidade da claúsula

> abusiva é *ex tunc*, pois desde a conclusão do negócio jurídico de consumo já preexistia essa situação de invalidade, de sorte que o magistrado somente faz reconhecer essa circunstância fática anterior à propositura da ação. (RODRIGUES, 2006. 138)

Segundo Celso Marcelo de Oliveira:

> Partilhamos da posição do insigne e emérito professor Sérgio Cavalieri Filho que concebe o CDC como uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável em toda e qualquer área do direito onde ocorrer uma relação de consumo, justamente em razão da dimensão coletiva que assume, **vez que composto por normas de ordem pública e de interesse social**. A Lei n. 8.078/90, que materializa princípios contidos dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5º, XXXII, CR/88) e os da ordem econômica e social (art. 170, V, CR/88).
> [...]
> **Suas normas, como dito, são de ordem pública e de interesse social versando, assim, sobre direitos indisponíveis, a ensejar a sua observância de ofício. Recaem sobre um tema que se considera direito e garantia fundamental do cidadão. (grifo nosso) (OLIVEIRA, 2003, p.19)**

Cláudia Lima Marques sustenta que:

> O Poder Judiciário declarará a nulidade absoluta destas cláusulas, a pedido do consumidor, de suas entidades de proteção, do Ministério Público e mesmo, incidentalmente, *ex officio*. A vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores, como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo. Formado o vínculo contratual de consumo, o novo direito dos contratos opta por proteger não só a vontade das partes, mas também os

> legítimos interesses e expectativas dos consumidores (MARQUES, 2006, p.561)

Por fim, nesta mesma linha de raciocínio, leciona o ilustre professor Sérgio Cavalieri Filho:

> Caberá ao juiz, no caso concreto, constatar a abusividade da cláusula, razão pela qual a declaração de nulidade dependerá sempre da apreciação judicial, mediante provocação do consumidor (por ação direta ou em defesa), ou ainda por ato *ex officio* do juízo. As normas do CDC, como reiteradamente enfatizado, são de ordem pública e interesse social, o que autoriza declaração de ofício da abusividade de qualquer cláusulas que se aplique ao conflito submetido à apreciação judicial. (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 163)

Há, inclusive, precedentes no próprio STJ neste sentido, conforme se vê da seguinte ementa:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SFH. CONTRATO DE MÚTUO. TABELA PRICE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ART. 6º, "E", DA LEI Nº 4.380/64. LIMITAÇÃO DOS JUROS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA. ARTS. 1º E 51 DO CDC. 1. A matéria relativa à suposta negativa de vigência ao art. 5º da Medida Provisória 2.179-36 e contrariedade do art. 4º do Decreto 22.626/33 não foi prequestionada, o que impede o conhecimento do recurso nesse aspecto. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. 2. O art. 6º, "e", da Lei nº 4.380/64 não estabeleceu taxa máxima de juros para o Sistema Financeiro de Habitação, mas, apenas, uma condição para que fosse aplicado o art. 5° do mesmo diploma legal. Precedentes. **3. Não haverá julgamento extra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício**

> **sobre matérias de ordem pública, entre as quais se incluem as cláusulas contratuais consideradas abusivas (arts. 1º e 51 do CDC). Precedente. 4. Recurso especial provido em parte."**
> (STJ - Recurso Especial 1013562/SC - 2ª Turma - Rel. CASTRO MEIRA; J: 07/10/2008)

É de se ver, da análise dos posicionamentos doutrinários colacionados, que é pacífico ser possível que o magistrado declare de ofício a abusividade de cláusulas abusivas em contratos de consumo.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula de número 381, firmando entendimento completamente contrário à doutrina, à jurisprudência, à legislação, à Constituição Federal da República e a posicionamento do STF, assunto que será abordado a seguir, na parte deste artigo.

CRÍTICAS À SÚMULA 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Eis sua redação: "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas."

Os feitos que serviram de base para o enunciado são os seguintes: ERESP 702524-RS; RESP 54114-RS; ERESP 64590-RS; AGRG NO RESP 824847-RS; RESP 1064594-RS; RESP 1042803-RS; AGRG NO RESP 782895-SC; RESP 1007561-RS; AGRG NOS ERESP 80142-RS, merecendo especial destaque o Resp 541.153/RS.

Dita súmula preconiza, como se infere da simples leitura de sua redação, que em um tipo específico de contrato de consumo, qual seja, o contrato bancário, o julgador não poderá reconhecer, de ofício, as cláusulas abusivas.

Já foi visto, no decorrer da presente pesquisa, que a doutrina e a jurisprudência nacionais são pacíficas em aceitar que o magistrado reconheça, de ofício, a abusividade de cláusulas contratuais em matéria consumerista, sem ressalvas, diante do fato de o Código de Defesa do Consumidor ser matéria de ordem pública e de interesse social.

A doutrina tece fortes críticas ao referido verbete sumular, e com total razão, diante do absurdo que é o seu teor.

A priori, verifica-se que dita súmula vai de encontro ao decidido pelo

Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Insconstitucionalidade nº 2591, no sentido de que as instituições financeiras estão alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Verifica-se que não há qualquer justificativa plausível para que o Superior Tribunal de Justiça afaste a atuação oficiosa dos magistrados apenas nos contratos bancários, justamente os que, em regra, mais possuem em seu bojo cláusulas abusivas. Não existe razão para que se crie tal tipo de exceção em favor dos bancos, que notadamente são os que mais ofendem os direitos dos consumidores. A Súmula 381 é tão absurda que será possível que um mesmo juiz de direito declare de ofício a abusividade de uma "venda casada" em um contrato de telefonia móvel, por exemplo, e não possa fazê-lo com relação a uma cláusula abusiva presente em um contrato bancário.

Além disso, a súmula sob análise é duramente criticada tendo em vista que nos julgamentos que o Superior Tribunal de Justiça informa serem os precedentes que deram origem ao verbete, estavam em discussão questões específicas acerca de taxas de juros remuneratórios a serem aplicados. Talvez a intenção do Tribunal fosse a de impossibilitar o reconhecimento de ofício da abusividade de cláusulas que estabeleçam a taxa de juros a ser aplicada nos pactos bancários. É o que se infere da análise do Resp. 541.153/RS. Vejamos a seguinte passagem:

> No que tange aos juros remuneratórios, é de se acolher a irresignação, já que o entendimento do STJ é no sentido de que, embora certa a incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos bancários, a abusividade da pactuação dos juros remuneratórios deve ser cabalmente demonstrada em cada caso, com a comprovação do desequilíbrio contratual ou de lucros excessivos, sendo insuficiente o só fato de a estipulação ultrapassar 12% ao ano ou de haver estabilidade inflacionária no período.

Verifica-se que o Ministro Cesar Asfor Rocha, nesta breve passagem, aduz claramente que a abusividade de pactuação dos juros remuneratórios deve ser cabalmente demonstrada em cada caso, não sendo suficiente que a estipulação ultrapasse 12% ao ano.

Infere-se, portanto, que talvez o objetivo do STJ fosse, conforme já dito, impossibilitar que os juízes e tribunais reconhecessem de ofício a abusividade

dos juros pactuados nos contratos bancários, tendo em vista que não obstante serem estipulados acima de 12% ao ano, tal fato por si só não significa que são abusivos, devendo a parte contratante demonstrar que ocorre, no caso concreto, onerosidade excessiva.

Desta feita, é de se ver que a Súmula 381 foi redigida de maneira extremamente aberta, abrangendo toda e qualquer cláusula presente em contratos de natureza bancária, sem qualquer justificativa plausível, o que se mostra absurdo, pois da forma que o verbete está redigido, o consumidor está sendo prejudicado e as instituições financeiras sendo protegidas, invertendo-se a lógica do sistema de proteção do consumidor hipossificiente e vulnerável.

Ademais, evidentemente que o enunciado sumular vai de encontro às disposições constantes do Código de Defesa do Consumidor. O CDC, já foi visto, norma de ordem pública e interesse social, fulmina de nulidade absoluta as cláusulas abusivas, ensejando o reconhecimento de ofício de tais abusividades pelos magistrados. Como se não bastasse, a súmula inverte a lógica protetiva do CDC, deixando o consumidor injustificadamente desprotegido, e protege logo as instituições financeiras, que são recordistas em ofensas aos direitos básicos do consumidor em nosso país.

Em uma análise mais profunda, podemos afirmar, ainda, que a Súmula 381 do STJ padece de vício de inconstitucionalidade. É que o Código de Defesa do Consumidor encontra sua fonte inspiradora na Carta da República de 1988, que dispõe no inciso XXXII do art. 5º que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". A Constituição da República consagra, ainda, a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica (art. 170). Ora, se a defesa do consumidor é princípio constitucional, a súmula do STJ, ao deixar de defender a figura do consumidor para privilegiar os bancos, que são famosos pela desobediência ao CDC, ofende claramente a *Lex Matter,* sendo portanto inconstitucional.

Sobre este posicionamento adotado pelo STJ, externado na Súmula 381, interessante trazer à baila as severas críticas feitas ela, Ministra do próprio Tribunal Nancy Andrighi, em palestra proferida no *III Ciclo de Palestras sobre Jurisprudência do STJ* no âmbito do direito público e privado, realizado no auditório Antônio Carlos Amorim – Palácio da Justiça – Rio de Janeiro, em 02 de dezembro de 2005:

> vedar o conhecimento de ofício, pelas instâncias originárias, de nulidades que são reputadas pelo Código de Defesa do Consumidor como absolutas,

> notadamente quando se trata de matéria pacificada na jurisprudência pelo STJ, órgão uniformizador da jurisprudência, é privilegiar demasiadamente os aspectos formais do processo em detrimento do direito material. (ANDRIGHI, 2005)

E continua:

> há incoerências do entendimento pacificado de o Tribunal de Justiça não poder conhecer de ofício as nulidades quando não provocado especificamente pela parte, por causa de outra interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça ao Código de Defesa do Consumidor, quanto à questão relativa à incompetência relativa suscitada em razão das cláusulas de eleição de foro inseridas nos contratos de adesão. Como regra geral, a cláusulas de eleição de foro cuida de incompetência relativa e o juiz só pode pronunciá-la se provocado pela parte interessada, tudo nos termos do art. 112 e 113 do Códifo de Processo Civil e sedimentada na Súmula 33 do STJ. Todavia a jurisprudência do STJ uniformizou-se no sentido de que, cuidando de contrato que regula relação de consumo, deve-se mitigar a regra do CPC e reconhecer de ofício a incompetência especialmente quando a cláusula vem formulada em sede de contrato de adesão. Esse entendimento está fundamentado justamente no fato de que as cláusulas abusivas são reputadas nulas de pleno direito pelo CDC. Por isso cabe a indagação: Se o STJ, em reiterados precedentes, considerou possível o reconhecimento, de ofício, da nulidade da cláusulas de eleição de foro com base na sua abusividade, porque assumir postura diversa com relação a todas as demais cláusulas abusivas que possam estar inseridas no contrato? Não há razão para adotar posicionamentos diametralmente opostos diante de questões de tal forma similares.

A súmula sob estudo é um retrocesso. O consumidor é vulnerável, sendo necessário permitir que o magistrado intervenha de ofício na relação a fim

de assegurar o equilíbrio contratual. O argumento de que o magistrado deve ser imparcial, e que portanto não poderia sair em defesa do consumidor em um processo sob sua presidência não merece guarida. As normas do Código de Defesa do Consumidor são de interesse social, ou seja, não interessam apenas às partes, mas possuem relevância para a coletividade. A partir do momento em que o fornecedor comete um abuso e não é sancionado, posteriormente outros consumidores estarão sofrendo dos mesmos abusos. Esse é justamente o fundamento de criação do CDC: o reconhecimento de que os fornecedores cometem abusos, e que o consumidor é vulnerável, devendo ser protegido pelo Estado, que deverá adotar uma conduta pró-ativa a fim de reequilibrar as relações de consumo. A vontade do legislador ao editar o CDC foi de proteger o consumidor, possibilitando a atuação de ofício do magistrado, para que reconheça a abusividade de cláusulas que são nulas de pleno direito.

A garantia constitucional da proteção e defesa do consumidor é cláusula pétrea. Significa que é impossível de ser suprimida pelo legislador, inclusive através de emendas constitucionais. José Ernesto Furtado de Oliveira (2002, p. 147) doutrina que o CDC, por ser legislação "complementar" à Constituição, criou direitos que já pertencem ao patrimônio jurídico de todos os consumidores, afirmando que nenhuma lei que venha alterar para pior tal situação jurídica ou restringir tais direitos já consagrados será recepcionada por nosso ordenamento jurídico, e muito menos com ele viverá.

Ora, se sequer leis ou até mesmo emendas à Constituição têm o condão de suprimir ou restringir a garantia constitucional de defesa do consumidor, parece-nos evidente que súmulas do Superior Tribunal de Justiça também não o têm, motivo pelo qual deve o verbete de número 381 deste Tribunal ser imediatamente cancelado por ir de encontro à doutrina majoritária, à jurisprudência nacional e do próprio Tribunal, além de sofrer de vício de ilegalidade e de inconstitucionalidade.

CONCLUSÃO

Conforme estudado, a preocupação com a figura do consumidor atravessou séculos, tendo seu início há 4 mil anos, no Código de Hammurabi, onde já era possível identificar, ainda que de maneira singela, a tutela do consumidor.

Com a evolução da sociedade, que passou a ser excessivamente

consumista e imediatista, surgiu a figura do contrato de adesão, que deu azo para inclusão, em seu bojo, de cláusulas abusivas, que colocam o consumidor em excessiva desvantagem. Diante deste cenário, o Estado passou a intervir, e legislações visando a proteção da figura do consumidor começaram a ser editadas ao redor do mundo.

No Brasil, foi a própria Carta Magna que reconheceu a necessidade de tutelar-se o consumidor, e preconizou como direito fundamental e como princípio da atividade econômica a defesa do consumidor, além de ter determinado que o legislador ordinário editasse um Código de Defesa do Consumidor.

Obedecendo ao comando constitucional, entrou em vigor em 1991 o CDC, uma das legislações consumeristas mais avançadas do mundo. Instaurava-se, assim, uma ordem pública de proteção aos consumidores. O CDC entrou no ordenamento jurídico brasileiro de forma horizontal, sendo em verdade um microssistema, dotado de normas e princípios próprios. O CDC é matéria de ordem pública e de interesse social, estando suas disposições acima da vontade das partes. É o Estado intervindo nas relações privadas, reduzindo a abrangência do superado princípio da autonomia da vontade.

Além disso, o CDC fulmina de nulidade absoluta as cláusulas abusivas em contratos de consumo, divergindo da técnica adotada pelo Código Civil, que separou as invalidades em anulabilidades (nulidades relativas) e nulidades (nulidades absolutas). O CDC conhece apenas as nulidades absolutas, e portanto, sendo as cláusulas abusivas nulas de pleno direito, sua abusividade pode e deve ser conhecida de ofício pelo magistrado. Assim se posiciona a maioria absoluta da doutrina brasileira, bem como este foi o entendimento adotado pela jurisprudência majoritária durante anos.

Infelizmente, o Superior Tribunal de Justiça, ao arrepio da lei, ofendendo o CDC, a doutrina, a jurisprudência, e pela via indireta, a Constituição Federal, editou a Súmula 381, vedando ao magistrado conhecer de ofício a abusividade de cláusulas em contratos bancários. Com isso, ofendeu decisão da Suprema Corte, que estabeleceu ser o CDC aplicável às instituições financeiras. O STJ beneficiou, com o verbete 381, o tipo de fornecedor que mais desrespeita os direitos dos consumidores, devendo tal entendimento ser urgentemente revisto, com o consequente cancelamento da tão criticada súmula, a fim de que o Código Consumerista possa realizar plenamente seu intento de reequilibrar as relações de consumo no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor.* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Curso de direito do consumidor.* São Paulo: Manole, 2006

ANDRIGHI, Nancy. *Em palestra proferida no III Ciclo de Palestras sobre Jurisrudência do STJ no âmbito do direito público e privado*, realizado no auditório Antônio Carlos Amorim – Palácio da Justiça – Rio de Janeiro, em 02 de dezembro de 2005.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BEVILÁQUA apud NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor.* São Paulo: RT, 2001.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor.* São Paulo: Editora Atlas, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 7ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Neto *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor.* São Paulo: RT, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor.* 4ª ed. São Paulo: RT, 2002. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. [*et al.*]. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JR, Nelson et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 7ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor.* São Paulo: RT, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.* São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, José Furtado de. *Reformatio in pejus do CDC: impossibilidade em face das garantias constitucionais de proteção.* Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Contratos e serviços bancários e a normatização de defesa do consumidor.* Campinas: LZN, 2003.

Ricardo Maurício Freire Soares. *A nova interpretação do código de defesa do consumidor.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
RODRIGUES *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor.* São Paulo: RT, 2001.
RODRIGUES, Otávio Luiz Júnior. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
ROPPO, Enzo *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor.* São Paulo: RT, 2001.
SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao código de defesa do consumidor: Lei 8.078, de 11.9.90.* 3ª ed. São Paulo: Ltr, 1998.
SILVA, Luis Renato Ferreida da. *O princípio da igualdade e o código de defesa do consumidor.* Revista de Direito do Consumidor São Paulo: Revista dos Tribunais, v.8, 1993.
TALENTO, Biaggio. O Estado de São Paulo, 24-09-2000, p. A-20.
VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil, teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

"LEI SECA": ASPECTOS POLÊMICOS QUANTO AO USO DO BAFÔMETRO NA SEARA PENAL

Marcelo Cardoso Andrade. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera/LFG e servidor do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

RESUMO: O presente ensaio destina-se a fazer uma análise acerca de alguns aspectos polêmicos na seara penal e processual penal advindos com a vigência da Lei nº 11.705/08, conhecida popularmente como "Lei seca", quanto ao uso do etilômetro ou "bafômetro" nos testes de alcoolemia para aferir a tipicidade do crime de trânsito previsto no art. 306 do CTB, a fim de averiguar a existência de justa causa para a persecução penal em situações concretas.

PALAVRAS-CHAVE: "Lei seca"; Crime de trânsito; "bafômetro"; alcoolemia; tipicidade; justa causa.

ABSTRACT: This test is intended to make an analysis about some controversial aspects of the criminal and criminal procedure coming harvest with the enactment of Law No. 11.705/08, popularly known as "Dry law" regarding the use of alcohol meter, known as "Breathalyzer" in alcohol tests to assess the typicality of traffic crime under art. CTB 306 in order to assess whether there is cause for criminal prosecution in concrete situations.

KEYWORDS: "Dry law"; Crime transit; "Breathalyzer"; alcohol tests; typicality; justcause.

SUMÁRIO: Introdução; Mutação legislativa do art. 306 do CTB; Requisitos de validade do teste de alcoolemia(bafômetro); Consequências processuais penais da realização de teste de alcoolemia em desconformidade com a legislação vigente; Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.705/08, conhecida popularmente como "Lei seca", trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um conjunto de novas regras alterando

substancialmente o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97). Dentre estas inovações, destacamos a alteração do art. 306 do CTB, que dispõe sobre o crime de embriaguez na condução de veículo automotor em via pública, tendo-se em vista a repercussão do novo enunciado no meio jurídico e social.

Sabe-se que os acidentes de trânsito são um dos grandes responsáveis pelo elevado índice de óbitos no Brasil e no Mundo, tendo muitas vezes como causa a embriaguez dos condutores. Em virtude disto, o Direito penal passou a criminalizar a conduta que anteriormente era tipificada como contravenção penal de direção perigosa, visando salvaguardar a segurança viária.

A antiga redação do art. 306 do CTB exigia que o agente(condutor) expusesse a dano potencial a incolumidade de outrem, não bastando a simples embriaguez para caracterizar o crime, devendo estar demonstrado que sua conduta gerasse risco, o que provocou grande debate na doutrina se a lei previa crime de perigo concreto ou abstrato.

Diferentemente dos crimes de resultado, os crimes de perigo se consumam com a mera exposição do bem jurídico tutelado pela norma penal a uma situação de risco, dividindo-se em concreto, quando se exige a demonstração de que um sujeito determinado ou determinável está efetivamente sujeito a uma situação de risco, e abstrato, quando sua demonstração é prescindível, já que a lei o presume *iuris et de iure*.

Contudo, a nova redação do dispositivo eliminou a antiga celeuma doutrinária, uma vez que a constatação da concentração alcoólica passou a ser elementar do tipo incriminador, presumindo a lei a potencialidade lesiva da conduta como crime de perigo abstrato. Entrementes, é necessário destacar que andou mal o legislador ao limitar os meios de prova passíveis de comprovar o crime de trânsito, pois ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo. Assim, caso não seja realizada a constatação do grau de embriaguez por exame de sangue ou teste de alcoolemia, o fato passa a ser atípico.

Analisemos topicamente as implicações desta mutação legislativa.

1. MUTAÇÃO LEGISLATIVA DO ART. 306 DO CTB

Sacha Calmon Navarro[1] elucida que mutações legais são alterações no

[1] NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. *Segurança jurídica e mutações legais*. Disponível em:<www.sachacalmon.com.br/biblioteca/artigos>. Acesso em: 02.03.2011.

sistema jurídico que podem ocorrer no plano legislativo e jurisprudencial. Segundo o autor, a mutação legislativa inova a ordem jurídica, enquanto a mutação jurisprudencial, embora não pareça, inova muito mais, pois confere às leis, ou melhor, às normas jurídicas, sentidos novos. E continua:

> Quando as mutações são muito frequentes, contraditórias, conflitantes ou desagregadas dos princípios e *standards* jurídicos prevalecentes, instaura-se no meio jurídico o denominado estado de insegurança jurídica, a incerteza sobre como se deve agir em face das normas de comportamento. Que as mutações sejam inevitáveis, ninguém duvida. O que se pretende, porém, é que não sejam tumultuárias e nada convincentes, pois precisam guardar respeito aos princípios diretores do sistema jurídico, ser razoáveis e dotadas de racionalidade (*ratio*).
> *Ex positis*, cabe agora apontar três exemplos práticos de mutações que se fazem necessárias para gáudio da segurança jurídica, cujo conceito se não confunde – como muitos querem – com a imutabilidade conservadora da ordem jurídica. É que o ativismo jurisprudencial, a mudar o Direito, sua compreensão, a partir de interesses momentâneos e casuísticos, sempre suscitou a resposta conservadora de que as mudanças devem ser raras e extremamente motivadas, cabendo mais ao legislador adaptar o Direito às novas necessidades emergentes do convívio social e dos relacionamentos complexos das sociedades politicamente organizadas, o que é igualmente equivocado. Haverá sempre uma tensão permanente entre a norma criada pelo legislador e a interpretação dada pelo juiz. O legislador é caótico. O juiz, o ordenador e facilitador do Direito.

Diante da pertinência dos comentários acima, mister uma análise da novel redação do art. 306 do CTB, que preceitua como crime de trânsito:

> Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool

> por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)
> Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
> Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008).

Inicialmente, vale destacar que o legislador passou a exigir como elemento objetivo descritivo do tipo a aferição da concentração de álcool por litro de sangue do condutor. Assim, para a caracterização do delito previsto na legislação extravagante relativamente à embriaguez alcoólica, é necessário comprovar a concentração de álcool por litro de sangue do condutor igual ou superior a 6 (seis) decigramas, do contrário tem-se como consequência a exclusão da tipicidade.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci destaca que:

> "...a modificação introduzida pela Lei 11.705/2008 foi lamentável. Eliminou-se do tipo incriminador a expressão "sob a influência de álcool", inserindo-se "estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas". Anteriormente, portanto, era suficiente dirigir influenciado pelo álcool, colocando em perigo a segurança viária. Hoje, torna indispensável comprovar que o agente conduzia o veículo com concentração alcoólica específica, vale dizer, seis decigramas por litro de sangue. Para que se possa demonstrar tal situação demanda-se prova técnica (exame de sangue ou utilização do denominado bafômetro). É mais que sabido não se poder exigir de qualquer pessoa a colaboração efetiva para produzir prova contra seus próprios interesses, ou seja, é inviável que o agente ceda amostra de sangue ou sopre o aparelho próprio para determinar a

> concentração de álcool por litro de sangue. Assim sendo, o tipo penal do art. 306 tornou praticamente impossível a punição de embriaguez ao volante" ("Leis Penais e Processuais Penais Comentadas", 4ª edição. São Paulo: RT, 2009, p. 1.154)".

No mesmo sentido já se manifestou a Sexta Turma do STJ[2]:

> HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA. AFERIÇÃO DA DOSAGEM QUE DEVE SER SUPERIOR A 6 (SEIS) DECIGRAMAS. NECESSIDADE. ELEMENTAR DO TIPO.
> *1. Antes da edição da Lei nº 11.705/08 bastava, para a configuração do delito de embriaguez ao volante, que o agente, sob a influência de álcool, expusesse a dano potencial a incolumidade de outrem.*
> *2.* ***Entretanto, com o advento da referida Lei, inseriu-se a quantidade mínima exigível e excluiu-se a necessidade de exposição de dano potencial, delimitando-se o meio de prova admissível, ou seja, a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue o que não se pode presumir. A dosagem etílica, portanto, passou a integrar o tipo penal que exige seja comprovadamente superior a 6 (seis) decigramas.***
> *3.* ***Essa comprovação, conforme o Decreto nº 6.488 de 19.6.08 pode ser feita por duas maneiras: exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), este último também conhecido como bafômetro.***
> *4.* ***Cometeu-se um equívoco na edição da Lei. Isso não pode, por certo, ensejar do magistrado a correção das falhas estruturais com o objetivo de conferir-lhe efetividade. O Direito Penal rege-se, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade.***

[2] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC nº 166.377/SP. Min. Rel. OG Fernandes. DJ: 01.07.2010. Disponível em:<www.stj.jus.br>. Acesso em: 02.03.2011.

> *5. Assim, para comprovar a embriaguez, objetivamente delimitada pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é indispensável a prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no exame de sangue.*
> *6. Ordem concedida.*
> (STJ. HC 166.377/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2010, DJe 01/07/2010).**[grifamos]**

Segundo Nucci[3], tipo penal "é a descrição abstrata de uma conduta, tratando-se de uma conceituação puramente funcional, que permite concretizar o princípio da reserva legal(não há crime sem lei anterior que o defina)". Ao esmiuçar seus elementos constitutivos, subdivide-os em *objetivos*, "que são todos aqueles que não dizem respeito à vontade do agente, embora por ela devam estar envolvidos", que por sua vez podem ser *descritivos*, componentes do tipo passíveis de reconhecimento por juízos de realidade, captáveis pela verificação sensorial, e *normativos*, componentes do tipo desvendáveis por juízos de valoração; e *subjetivos*, estes relacionados à vontade e intenção do agente.

Ao tecer comentários acerca da classificação do tipo, destaca que o *tipo fechado* é constituído somente de elementos descritivos, que não dependem de trabalho de complementação do intérprete para que sejam compreendidos. Ressalta ainda que quanto mais fechado o tipo, ou seja, quanto mais restrita a sua compreensão, maior a garantia que dele decorre para as liberdades civis.

Dessa forma, percebe-se que a primeira parte do art. 306 do CTB caracteriza um tipo fechado, não dando margem a interpretações. Consequentemente, não sendo realizado o teste de alcoolemia, não mais se pode imputar a prática do delito de trânsito com base em outros meios de prova oriundos de constatações organolépticas, como hálito etílico, condução perigosa ou até mesmo a confissão do sujeito ativo.

Ressalte-se que o parágrafo único desse artigo destaca que o Poder Executivo estipulará a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia, o que fez através do art. 2º do Decreto nº 6.488/08[4], de forma que a aferição

---

[3] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 182-185.

[4] BRASIL. Decreto nº 6.488 de 19 de junho de 2008. Publicado no D.O.U em: 20.06.2008. Disponível em:<www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02.03.2011.

poderá ser constatada através de *exame de sangue*, tendo como limite a concentração de seis decigramas por litro de sangue, ou através do *etilômetro*, tendo como limite três décimos de miligrama por litro de ar expelido.

Com efeito, o referido crime de trânsito caracteriza norma penal em branco heterogênea, uma vez que os complementos provêm de fonte diversa daquela que editou a norma incriminadora. Sobre o tema, Rogério Grecco[5] elucida que "normas penais em branco ou primariamente remetidas são aquelas em que há uma necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário", podendo a norma complementar ser uma lei, decreto, portaria etc. Caso o complemento não seja da mesma hierarquia normativa do tipo incriminador, a norma complementar será heterogênea, caso contrário, homogênea.

Em que pese os fortes argumentos aduzindo a inconstitucionalidade desses tipos incompletos, uma vez que estaria sendo violado o princípio da legalidade penal(art. 5º, XXXIX da CF/88), o autor ressalta que tem prevalecido o entendimento doutrinário de que não há ofensa à legalidade, sobretudo diante da impossibilidade de regulamentação legislativa plena na conjuntura atual.

Tendo em vista que, segundo o art. 12, I do CTB, compete ao CONTRAN(Conselho Nacional de Trânsito) "estabelecer as normas regulamentares referidas neste Código e as diretrizes da Política Nacional de Trânsito", suas resoluções e demais atos normativos devem ser observados para a aplicação das penalidades administrativas e penais insertas no *codex*, uma vez que regulamentam diversos dispositivos previstos na lei.

Dessa forma, é necessário que os operadores do direito e os Tribunais busquem conferir dinamismo, efetividade e segurança jurídica às inovações legislativas a fim de evitar violações de direito, uma vez que cabe ao intérprete o papel de elucidar o conteúdo da norma jurídica e garantir uma efetiva prestação jurisdicional à sociedade.

Feitas essas considerações iniciais, analisemos alguns critérios que devem ser observados quando da averiguação do estado de embriaguez de um condutor em via pública.

2. REQUISITOS DE VALIDADE DO TESTE DE ALCOOLEMIA ATRAVÉS DO ETILÔMETRO(BAFÔMETRO)

Em um Estado Democrático de Direito, a garantia dos direitos

[5] GRECCO, Rogério. *Curso de direito penal*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, pp. 20-24.

fundamentais é a sua pedra angular e razão de existir. Nesse ínterim, o princípio da legalidade deve ser compreendido como regra de conduta imposta aos governantes e demais agentes públicos, evitando arbitrariedades e desrespeito aos direitos e garantias individuais e coletivos, dentre os quais destacamos o direito à liberdade (art. 5º, *caput*, da CF/88).

Assim, para o cerceamento do *status libertatis* de qualquer pessoa, é imperioso que sua conduta se amolde perfeitamente nos tipos taxativamente previstos na legislação penal, além de ser necessário respeitar o devido processo legal e coligir material probatório suficiente para embasar uma condenação, haja vista o dever imposto ao Estado de observar o *due process of law* e o princípio da presunção de não culpabilidade, previstos no art. 5º, LIV e LVII, da CF/88.

A Resolução nº 206/06 do CONTRAN[6], ainda vigente, dispõe sobre os requisitos necessários para se constatar o consumo de álcool, substância entorpecente, tóxica ou de efeito análogo no organismo humano, estabelecendo os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes, regulamentando o CTB nesse mister.

> ***Art. 6º. O medidor de alcoolemia- etilômetro- deve observar os seguintes requisitos:***
> *I – ter seu modelo aprovado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO, atendendo a legislação metrológica em vigor e aos requisitos estabelecidos nesta Resolução;*
> *II – ser aprovado na verificação metrológica inicial realizada pelo INMETRO ou órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade - RBMLQ;*
> *III - **ser aprovado na verificação periódica anual realizada pelo INMETRO ou RBMLQ;***
> *IV - ser aprovado em inspeção em serviço ou eventual, conforme determina a legislação metrológica vigente.*
> *Art. 7º. **As condições de utilização do medidor de alcoolemia – etilômetro- devem obedecer a esta resolução e à legislação metrológica em vigor**.*
> **[grifamos]**

[6] BRASIL. Resolução nº 206/06 do CONTRAN, publicada em: 10.11.2006. Disponível em:<www.denatran.gov.br>. Acesso em: 02.03.2011.

Segundo a Resolução supramencionada, é necessário que o etilômetro, conhecido como "bafômetro", seja submetido à verificação anual periódica, como determina o inciso III desta norma, com o escopo de garantir a validade e veracidade da prova produzida, obedecidos os padrões de metrologia vigentes.

Assim, a ausência de aferição anual do equipamento de fiscalização pelo INMETRO, ou por outro órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade(RBMLQ), torna inválida por nulidade absoluta a prova obtida, uma vez que ilícita, já que produzida em desconformidade com a legislação material complementar vigente (art. 5º, LVI da CF/88).

Entretanto, é necessário destacar que a aludida resolução, editada anteriormente à publicação da Lei nº 11.705/08, regulamenta especificamente a infração administrativa prevista no art. 165 do CTB. Contudo, se no âmbito administrativo a falta de avaliação do instrumento fiscalizador causa a nulidade absoluta do auto de infração, com maior razão deve-se aplicar a mesma *ratio decidendi* no âmbito penal, sobretudo diante dos princípios da verdade real e da presunção de não culpabilidade.

Destaque-se que a avaliação periódica desses equipamentos por especialistas é essencial para evitar erros e abusos no exercício do poder de polícia estatal, não podendo o cidadão ser punido com base em provas obtidas por mecanismos de duvidosa precisão.

Deve-se ter em mente que embora os milite em favor dos agentes policiais a presunção de legitimidade de seus atos, como decorrência lógica do princípio da legalidade administrativa, também é presumida a não culpabilidade do administrado(art. 5º, LVII da CF/88), resolvendo-se o conflito aparente de normas constitucionais em favor deste, diante do risco à liberdade de locomoção.

Corroborando nosso posicionamento, trazemos a lume um recente julgado oriundo do TJMG[7] no mesmo sentido:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - ETILÔMETRO - VERIFICAÇÃO PERIÓDICA ANUAL PELO INMETRO - PRAZO VENCIDO - ABSOLVIÇÃO

[7] BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0433.08.256060-1/001. Rel. Desª. Beatriz Pinheiro Caires. DJ: 28.09.2010. Disponível em:<www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 02.03.2011.

> - AUSÊNCIA DE PROVA TÉCNICA QUE NÃO PODE SER SUPRIDA PELA COMPROVAÇÃO INDIRETA. - ***A Resolução nº 206, de 20/10/2006, do CONTRAN, em seu artigo 6º, inciso III, prevê que o medidor de alcoolemia ou etilômetro deve ser aprovado na verificação periódica anual realizada pelo INMETRO ou RBMLQ. Vencido o prazo para a próxima certificação pelo INMETRO, no momento da utilização do conhecido 'BAFÔMETRO', não se mostra válida a respectiva prova da materialidade delitiva. - Com a nova redação do dispositivo legal, para que se configure o delito previsto no artigo 306 do CTB, não basta simplesmente a prova da embriaguez ao volante e da exposição de terceiros a dano potencial, passando-se a exigir, como figura elementar do tipo, que o condutor do veículo automotor transite em via pública com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas***. Inexistindo prova nesse sentido a absolvição do réu se impõe.(TJMG. APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0433.08.256060-1/001. RELATORA: EXMª. SRª. DESª. BEATRIZ PINHEIRO CAIRES. DJ: 28/09/2010). **[grifamos]**

Ainda que pareça muito lógico, insta-se pontuar que a verificação anual periódica compreende o período de 12(doze) meses, como destaca a Portaria nº 202/2010 do INMETRO[8], cabendo ao detentor do equipamento, o seu encaminhamento para nova inspeção antes de expirar o prazo de validade, sob pena de aplicação das penalidades previstas no art. 8º da Lei nº 9.933/99:

> *7.2.2 A verificação subsequente será realizada a cada 12 (doze) meses, cabendo ao detentor do etilômetro encaminhá-lo ao Órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade - Inmetro*.

Também é importante destacar que é obrigatória a presença do certificado

[8] Portaria nº 202/2010 do INMETRO. Disponível em:<www.inmetro.gov.br/legislação>. Acesso em: 02.03.2011.

de verificação no instrumento informando a data de validade da última inspeção, como previsto no art. 12 desta Portaria*: "9.8 Para os etilômetros aprovados, deve ser emitido Certificado de Verificação contendo a data de validade. O Certificado de Verificação deve acompanhar o etilômetro".*

Embora o julgado acima transcrito considere como válidos os testes realizados até a data da próxima certificação, caso esta estabeleça um período maior que doze meses da última inspeção, deverá ser considerada inválida por descumprir a legislação vigente, sendo a prova obtida também imprestável, pois não obedece aos padrões de segurança estabelecido pelos órgãos de controle.

Por esta razão é que destacamos o item 7.2.2 da Portaria nº 202/2010 do INMETRO, já que uma das interpretações possíveis acerca da expressão "verificação periódica anual" constante na Resolução nº 206/06 do CONTRAN seria a de uma avaliação por ano, conferindo ao órgão fiscalizador discricionariedade para estipular a data desta em cada ano. Entrementes, percebe-se que o ato administrativo aqui analisado é vinculado, uma vez que deve ser respeitado o lapso temporal acima consignado (12 meses).

Assim, verificando que entre a data da última averiguação do equipamento, pelo órgão de metrologia, e a de aferição transcorreu mais de um ano, a prova produzida pelo teste de alcoolemia é inválida, não servindo para comprovar cabalmente a concentração de álcool por litro de ar expelido pelo condutor, inexistindo, portanto, prova da materialidade delitiva, uma vez que a nova redação do art. 306 do CTB destaca a concentração alcoólica como elementar objetiva descritiva do tipo.

3. CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS PENAIS DA REALIZAÇÃO DO TESTE DE ALCOOLEMIA EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO VIGENTE

A Constituição Federal de 1988 veda, expressamente no art. 5º, LVI, as provas obtidas por meios ilícitos. Assim, embora nosso ordenamento jurídico contemple como regra geral a liberdade probatória, sobretudo diante do *princípio da verdade real,* esta liberdade não é absoluta, principalmente em um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, uma vez que a liberdade probatória plena poderia ensejar persecuções criminais ilimitadas em afronta aos direitos fundamentais inerentes aos indivíduos.

Segundo Paulo Rangel[9], "a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, consequentemente, punição do indivíduo a qualquer preço"

Embora as normas atinentes às provas na seara criminal possuam *natureza processual*, não se pode negar o seu conteúdo material diante do princípio do devido processo legal, que inibe a restrição da liberdade individual quando inobservados princípios e regras acerca do respeito ao contraditório, ampla defesa, juiz natural, licitude das provas, dentre outras.

Tem-se por ilícitas, as provas obtidas com violação do direito material ou princípios constitucionais penais. Nesse sentido já se manifestou o STF:

> E M E N T A: FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL - INADMISSIBILIDADE - ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) - SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE "CASA" - NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FISCALIZAÇÃO - PODERES - NECESSÁRIO

[9] RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 414.

RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTES E DE TERCEIROS. (...). ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - **A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A "Exclusionary Rule" consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum"**. Doutrina. Precedentes. - A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites

impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. - Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites - inultrapassáveis - que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros. A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - **A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.** - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite,

> contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. –(...) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 93050, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. DJ: 01.08.2008. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 02.03.2011) [**grifamos**].

Considerando que a precisa constatação da concentração alcoólica no sangue do sujeito ativo é elementar objetiva do tipo e que nenhum outro meio de prova poderá suprir-lhe a falta, com exceção do exame sanguíneo, não há como negar que a inobservância das normas legais ou infralegais que regulamentam o teste de alcoolemia acarreta a nulidade da prova produzida, uma vez que se afigura notoriamente ilícita, não servindo para embasar uma futura condenação.

Como mencionado alhures, o art. 306 do CTB ao se referir à concentração de álcool por litro de sangue, remete ao Poder Executivo, em seu parágrafo único, a competência para disciplinar a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia, sendo que estes devem respeitar os

padrões de qualidade e demais normas regulamentares estabelecidos pelo INMETRO, como previsto no art. 6º, III e art. 7º da Resolução nº 206/06 do CONTRAN, caracterizando norma penal em branco heterogênea, similarmente ao que ocorre com a lei de entorpecentes quando remete ao Executivo a competência para discriminar a relação de substâncias que são consideradas como "droga".

Assim, embora a norma de complemento seja destinada a aferir a licitude da prova produzida em teste de alcoolemia, possuindo natureza probatória, a restrição aos meios de prova admissíveis para constatação do delito, bem como a sua irrepetibilidade, repercute na própria caracterização do crime de trânsito, de modo que sem haver prova de que o condutor dirige com concentração de álcool por litro de sangue ou ar expelido igual ou superior aos limites estabelecidos, o fato passa a ser atípico. Consequentemente, a prova produzida em teste de alcoolemia possui eminente caráter material, podendo retroagir para beneficiar o réu, nos termos do art. 5º, XL, da CF/88, tendo-se em vista que a reforma legislativa promovida Lei nº 11.705/08 caracteriza *reformatio in mellius*.

Inclusive, este foi o posicionamento esposado recentemente pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, senão vejamos:

> EMENTA: PENAL - DELITO DE TRÂNSITO - ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - ABSOLVIÇÃO - POSSIBILIDADE - REFORMATIO IN MELLIUS - LEI 11.705/08 - AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE - RECURSO DESPROVIDO. - **A alteração ocorrida no artigo 306 do CTB após a edição da Lei 11.705/08 é benéfica ao apelante devendo desta forma retroagir nos termos do artigo 5º inciso XL da CR/88 e artigo 2º parágrafo único do Código Penal. - Com o advento da Lei 11.705/2008, alterando a redação do art. 306 do CTB, o crime de embriaguez ao volante somente se caracteriza quando restar comprovado através do teste de alcoolemia que o condutor do veículo estava com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 06 (seis) decigramas. Sem prova nesse sentido, não há como incriminá-lo por embriaguez ao volante.** (TJMG. APELAÇÃO CRIMINAL N°

1.0313.07.215953-3/001. RELATOR: EXMO. SR. DES. PEDRO VERGARA. DJ: 12/01/2010). **[grifamos]**

Em decorrência disto, pode-se suscitar o seguinte questionamento: *realizado o teste de alcoolemia, mas constatado que, mesmo sendo aferida concentração alcoólica acima do limite legal, transcorreu mais de um ano da última inspeção do equipamento, estar-se-á diante de um caso de rejeição de denúncia por ausência de justa causa para a persecução penal ou de atipicidade? Considerando esta situação hipotética, qual seria o recurso criminal cabível?*

A nosso sentir, este seria um caso de rejeição de denúncia por ausência de justa causa, tendo-se em vista que a atipicidade do delito *in casu* é superveniente, uma vez que decorre da imprestabilidade da prova produzida.

Note-se que o tipo exige como elementar objetivo-descritiva a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas por litro de sangue ou a três décimos de miligrama por litro de ar expelido, dependendo do método utilizado(exame de sangue ou teste de alcoolemia).

No caso proposto, foi aferida a concentração acima dos limites legais, não havendo motivos para se falar em atipicidade da conduta originariamente. Contudo, após se constatar que a prova obtida não obedeceu os padrões regulamentares exigidos, ficou evidenciada a sua invalidade, já que a prova é originariamente ilícita. Dessa forma, não há lastro probatório mínimo capaz de ensejar a *persecutio criminis*, o que evidencia ausência de justa causa para a deflagração da ação penal, nos termos do art. 395, III, do CPP, devendo a denúncia ser rejeitada.

Quanto ao recurso cabível, o entendimento da doutrina majoritária é de que nos casos rejeição ou não recebimento de denúncia, situações consideradas similares, seria manejável recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, I, do CPP.

Entretanto, perfilhamos do entendimento de que há diferença entre o não recebimento e a rejeição de denúncia, o que implica o cabimento do recurso em sentido estrito ou apelação, a depender do tipo de decisão atacada, como defendido por José Antônio Pagnella Boschi[10].

Ocorre que o recurso em sentido estrito visa combater decisões

[10] BOSCHI, José Antônio Pagnella. *Ação penal: denúncia, queixa e aditamento*. 3ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2002. p. 233.

interlocutórias terminativas, ou seja, que não adentram no mérito, fazendo apenas coisa julgada formal. Por sua vez, o recurso de apelação é cabível nas situações em que há decisão ou sentença de mérito, o que inviabiliza a repetição da demanda em virtude dos efeitos da coisa julgada material(art. 593, II, do CPP).

> Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)
> I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;
> II - **das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior**;(...)[grifamos]

Considerando que a denúncia foi rejeitada por justa causa para a persecução penal, por ausência de lastro probatório mínimo, está-se diante de uma sentença absolutória nos termos do art. 386, II, do CPP, caracterizando uma decisão de mérito, portanto.

Se a sentença absolutória desafia recurso de apelação, nos termos do art. 593, I do CPP, não vislumbramos motivos para reconhecer como cabível o recurso em sentido estrito, do contrário haverá afronta ao *princípio da unirrecorribilidade das decisões*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se que a mutação legislativa do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, promovida pela Lei nº 11.705/08, desperta uma série de temas polêmicos no âmbito penal e processual penal. Assim, é imperioso que os operadores do direito aprofundem a discussão sobre o tema a fim de evitar a violação de direitos fundamentais individuais e a impunidade daqueles que contribuem para o agravamento das estatísticas obituárias no Brasil decorrente de crimes de trânsito.

Ressalte-se que cabe ao Estado exercer efetivamente o poder-dever de polícia para que a fiscalização seja eficiente. Para tanto, deve agir intensificando as *blitzes*, adquirindo novos etilômetros em quantidade suficiente para o policiamento ostensivo, além de acompanhar com maior rigor a inspeção anual obrigatória destes equipamentos, evitando que a prova produzida seja desprovida da segurança necessária para incriminar

aqueles que menoscabam a Justiça, a segurança viária e o dever de cuidado com o próximo.

REFERÊNCIAS

BOSCHI, José Antônio Pagnella. *Ação penal: denúncia, queixa e aditamento*. 3ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2002.

GRECCO, Rogério. *Curso de direito penal*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. *Segurança jurídica e mutações legais*. Disponível em:<www.sachacalmon.com.br/biblioteca/artigos>. Acesso em: 02.03.2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____ *Leis penais e processuais penais comentadas.* 4ª ed. São Paulo: RT, 2009.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL COMETIDOS EM PERÍODO DE EXCEÇÃO: MEMÓRIA E VERDADE COMO FUNDAMENTOS PARA JUSTIÇA E REPARAÇÃO

Paola Tatiana Carmelo Arce, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Graduada em Licenciatura Plena pelo Programa Especial de Formação Pedagógica para Formadores da Educação Profissional pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, lotada na 9ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju-SE.

RESUMO: O artigo esboça uma retrospectiva histórica dos períodos de exceção vividos pelo Brasil e outros países latino-americanos. Em seguida, discorre acerca da relação existente entre Memória, Verdade e Direitos Humanos Fundamentais. Questiona os meios jurídicos que consagram a concretização ou não desses direitos, a exemplo da Lei de Anistia, e assinala a relevância que a formação de uma Comissão Nacional de Verdade no Brasil terá no processo de reconstituição da memória sobre a repressão ocorrida na Ditadura Militar, de 1964 a 1985, capaz de viabilizar o acesso a uma realidade velada pela história oficial, a consequente reparação a quem de direito e o devido juízo dos culpados.

PALAVRAS-CHAVE: Ditadura Militar; tortura; memória; verdade; direitos humanos; anistia.

ABSTRACT: This article tries to reconstruct the historical events of Brazilian State of Exception period and in other Latin American countries. After this, makes a link between Memory, Truth and Fundamental Human Rights. Likewise, focus the legal possibilities to guarantee theses rights, the Amnesty Law repercussion and emphasizes the importance of a National Trust Committee in Brazil on seeking the memory during the period from 1964 to 1985 and the access to the real facts that are not officially revealed. Further than this, it mentions the benefits of giving an answer to the victims and judge the guiltiness.

KEYWORDS: Military Government; torture; memory; truth; human rights; amnesty.

> *Nós o vemos, ó Prometeu; e uma nuvem de terror, cheia de lágrimas, caiu sobre nossos olhos quando contemplamos teu corpo a arder, preso a este penedo, por essas aviltantes cadeias de ferro. Tudo isso porque novos senhores dominam agora o Olimpo: Júpiter reina de fato por novas e iníquas leis, e procura destruir tudo o que era outrora digno de veneração. - Prometeu Acorrentado, Ésquilo (c 525AC - 456AC)*

INTRODUÇÃO

A tragédia grega de Ésquilo narra o episódio em que Prometeu, contrariando a vontade de Júpiter, a autoridade máxima do Olimpo, rouba o fogo dos deuses para dá-lo aos humanos. Em razão disso, Prometeu é acorrentado a um rochedo, exposto às intempéries da natureza, à dor e ao sofrimento perpétuos. A narrativa mitológica em comento evoca, imediatamente, a imagem da tortura perpetrada contra um sujeito hierarquicamente inferior, que age contrário a um sistema e às suas leis. Esse relato simbólico deixa claro que a história das atrocidades e dos excessos ao redor do mundo é antiga. Assim, a violência e a sua relação com o poder sempre estiveram presentes nas obras de diversos pensadores. Nesse respeito, Jean Marie Gagnebin, ao estabelecer nexos entre passado e presente, afirma que as narrativas de memória traumática e a literatura de testemunho se tornaram um gênero tristemente recorrente do século XX (GAGNEBIN, 2006, p.44).

De fato, o século XX foi um século de guerras, revoluções e traumas. Em sua segunda metade, a maioria dos países latino-americanos foi palco de violência. Isso se deu porque alguns países do Cone Sul, como o Brasil (1964), a Argentina (1966 e 1976), o Uruguai e o (1973), Chile (1973) e Paraguai (1954), em uma tendência antinacionalista, procuraram associar-se com seus antigos aliados externos de capital, tendo sempre as Forças Armadas no poder e utilizando-se da política norte-americana de contenção do comunismo.

Esses regimes surgiram de evidentes rupturas na ordem constitucional:

golpes de estado. Sob o pretexto de barrar a disseminação do comunismo, os governos ditatoriais suprimiram todas as instituições democráticas estabelecidas até então, criando mecanismos de legitimação de suas novas medidas. No Brasil isso se deu com a criação dos Atos Institucionais, que aboliam os direitos individuais, alicerces *par excellence* do constitucionalismo e da própria democracia, bem como com a criação da Doutrina de Segurança Nacional, que criava manobras para a consecução dos ideais ditatoriais e controlava toda a vida política do país.

Para o fortalecimento dos objetivos estatais procurava-se coibir qualquer antagonismo interno e, para isso, fora utilizada a violência de Estado como norma de conduta. Portanto, qualquer manifestação ideologicamente diferente da do Estado era considerada subversiva. Conforme assume Amado Luiz Cervo, em sua obra *História da Política Exterior do Brasil*, as Forças Armadas do Brasil, engendrando a noção de inimigo interno e, consequentemente, de guerra civil, passaram a desempenhar as funções policiais do Estado (CERVO, 2010, p.369). Assim, para dar cobertura jurídica à escalada repressiva, no reino do arbítrio, atos[1] como reclusão, tortura, execução sumária de militantes políticos e desaparecimento forçado de opositores ao regime foram institucionalizados pelo Estado e operacionalizados pelos seus órgãos de repressão.

No entanto, objetivo político algum poderia justificar tamanha violência. O saldo da repressão política exercida pelo regime atingia cifras muito elevadas. Calcula-se que no Brasil cerca de 50 mil pessoas teriam sido detidas somente nos primeiros meses da ditadura, ao passo que em torno de 10 mil cidadãos teriam vivido no exílio em algum momento do longo ciclo autoritário e cerca de 400 pessoas morreram. Esses dados são aproximados, pois nunca foram publicados oficialmente.

Na transição de regime político ditatorial-militar para um regime liberal-democrático, os governos militares, em muitos casos, foram os responsáveis pela neutralização das informações de seu governo que pudessem dar margem ao ajuizamento de futuras ações contra atos de violação aos Direitos Humanos.

O ocultamento dessas práticas e de suas provas acabou por negar caráter público à memória desses atos violentos, que restaram registrados em testemunhos, documentos históricos, dados e informações sigilosas ocultadas ou omitidas ao longo da história.

Como era de se esperar, esta proteção exacerbada pelos documentos que revelam o que se passou durante as ditaduras se faz presente em todos

os países (latinos, em especial, e em outros continentes) que sofreram regimes totalitários. Porém, a vontade de verdade, e de memória provocou a articulação de grupos de pessoas, que foram de alguma forma afetados por tais regimes, em prol da instituição de Comissões de Verdade. Estas comissões têm por objetivo publicizar fatos históricos omitidos, sendo uma mola propulsora do direito à verdade que nos é garantido pela Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU e por outros tratados internacionais.

O DIREITO À MEMORIA COMO REIVINDICAÇÃO E RESISTÊNCIA

Segundo Irene Cardoso[2], em seu trabalho *Memória de 68: terror e interdição do passado*, a longa transição política brasileira concorreu para a diluição dos procedimentos desumanos de detenção empregados pelo poder estatal, o que culminaria no esquecimento da memória coletiva do terror implantado pela ditadura.

Mais grave do que esquecer é não se tomar nenhuma medida para lembrar. Joachim J. Savelsberg[3], em seu artigo *Violações de direitos humanos, lei e memória coletiva,* afirma que enquanto alguns países perseguem estratégias judiciais com considerável intensidade como respostas às violações maciças aos direitos humanos, outros não apresentam nenhum tipo de reação, cultivando o que se poderia chamar de "estado de negação" (COHEN, 2001). A fim de estancar os horrores vividos, dá-se uma configuração à história de inexistência de todos esses fatos, o que pode gerar uma sensação de instabilidade no tecido social do país, ao nível de sua consciência coletiva: uma vez que provoca a cólera das vítimas e seus familiares e nega aos cidadãos brasileiros o conhecimento de sua própria história.

Não é possível que um indivíduo desfrute integralmente de sua cidadania sem que conheça o passado de seu país, sem que conheça os percalços vividos pelo Estado ao qual vinculou seus sentimentos de pertença. Conhecendo o passado de uma nação é possível compreender ou ao menos especular de que forma o país desembocou numa situação determinada, é possível identificar quais as causas que levam aos problemas sócio-políticos sofridos e dessa forma pensar em vias solucionadoras para tais.

O fato de termos acesso a uma versão de verdade dos acontecimentos históricos de nosso país, não significa que conhecemos a realidade vivida de modo integral, completo. É preciso encarar a história, não como um

discurso ingênuo, mas como um discurso imbuído dos interesses políticos, dos valores ideológicos de um grupo. A história não é um mero registro, mas são muitos os ruídos entre a realidade e sua escrita histórica. São muitas as sombras da sua negação.

A expressão *devoir de mémoire*, cunhada ao longo dos anos 1990, tem sido hoje lugar comum na França quando se discute Memória. Remete-nos à ideia de que memórias de sofrimento e opressão geram obrigações, por parte do Estado e da sociedade, em relação às comunidades portadoras dessas memórias. Percebe-se que, na transição, muitas sociedades vivem o dilema entre memória demais ou esquecimento demais. Isso é um fato. A noção do dever de memória[4] tem origem na busca pela ressignificação do discurso memorial do holocausto de milhares de judeus na França.

Para muitos, como Jean Baudrillard[5] explica, esquecer o extermínio é parte do próprio extermínio. Segundo Myrian Sepúlveda dos Santos[6], "somos tudo aquilo que lembramos; nós somos a memória que temos. A memória não é só pensamento, imaginação e construção social; ela é também uma determinada experiência de vida capaz de transformar outras experiências, a partir dos resíduos deixados anteriormente".

Em que pese o movimento de resgate da memória na maioria dos países do Cone Sul ter sido bem-sucedido, o Brasil ainda se encontra atrasado neste caminho. Essa inércia não se justifica porque no cenário internacional há muito se tem tratado da questão. A Declaração Universal dos Direitos do Homem exclui a antiga concepção dos Direitos Fundamentais como abstratos, metafísicos, puramente ideais, meros produtos da ilusão e otimismo ideológico. Tratando da positivação dos Direitos Humanos, o constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva[7] menciona que

> A Declaração Universal dos Direitos do Homem contém trinta artigos, precedidos de um preâmbulo com sete considerandos, em que reconhece solenemente: a dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz; o ideal democrático com fulcro no progresso econômico, social e cultural; o direito de resistência à opressão; finalmente a concepção comum desses direitos.

O Brasil, assim como alguns países da América Latina pós-Ditadura Militar, tem muito a se desenvolver ainda na utilização de métodos de

justiça transacional, ou justiça de transição. Reparações, processos, comissões podem colaborar muito para a reconstrução da memória individual e coletiva nacional. Um país que nega sua história, nega a sua memória e corrompe a dignidade das vítimas envolvidas.

O dever de memória e o direito de memória não são atividades baseadas na dicotomia viciada vítima/algoz, mas sim um esforço de compreender de forma lúcida o passado à luz do presente, para que não seja permitido que atrocidades semelhantes se repitam, e compreender o passado em sua complexidade:

> Justamente porque vai além dos papéis de juiz e de acusado, essa exigência iluminista visa separar, pelo menos conceitualmente, a questão da culpabilidade da questão da elaboração do passado. Como já o ressaltou Nietzsche (que Adorno leu muito bem), quando há um enclausuramento fatal no círculo vicioso da culpabilidade, da acusação a propósito do passado, não é mais possível nenhuma abertura em direção ao presente: o culpado continua preso na justificação, ou na denegação, e quer amenizar as culpas passadas; e o acusador, que sempre posso gabar-se de não ser o culpado, contenta-se em parecer honesto, já que denuncia a culpa do outro. Mas a questão candente, a única que deveria orientar o interrogatório ou a pesquisa, a saber, evitar que "algo semelhante" possa acontecer agora, no presente comum ao juiz e ao réu, não é nem sequer mencionada. (GAGNEBIN, 2006, p.102)

É importante compreender que a memória aqui não é evocada para promover o revanchismo, ou mesmo evocar nostalgicamente os sofrimentos do passado. Não nos é pertinente lembrar por lembrar. Como nos lembra Gagnebin (2006, p.105):

> Em oposição a essas figuras melancolias e narcísicas da memória, Nietzsche, Freud, Adorno e Ricouer, cada um no seu contexto específico, defendem um lembrar ativo: um trabalho de elaboração e de luto em relação ao passado, realizado por meio de um esforço

de compreensão e de esclarecimento – do passado e, também, do presente. Um trabalho que, certamente, lembra dos mortos, por piedade e fidelidade, mas também por amor e atenção aos vivos.

O DIREITO À VERDADE COMO BASE PARA O *JUS PUNIENDI*

O Direito à Verdade surge como consequência da grave violação a outros Direitos Fundamentais, como o direito à liberdade, à integridade física ou mesmo o direito à vida. O Direito à Verdade tem sido invocado para ajudar na compreensão dos conflitos, de suas causas subjacentes e das consequentes violações aos Direitos Humanos. A causa humanitária de interesse internacional ora analisada estimulou a criação de comissões investigadoras da verdade em vários países na América Latina, como a CONADEP, *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas,* na Argentina, a Comissão de Verdade e Reconciliação do Peru e a Comissão de Verdade e Conciliação no Chile.

No Brasil a publicação do informe "Brasil, nunca mais" deu início a discussões embrionárias acerca da necessidade de formação de uma Comissão Nacional de Verdade. Em tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 7.376/2010 propõe a instalação de uma Comissão da Verdade e Memória no Brasil, cujo objetivo é esclarecer casos de violação aos Direitos Humanos.

Além disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem decidido que toda pessoa tem o direito a conhecer a verdade sobre as circunstâncias e os fatos relativos à violência perpetrada durante períodos de repressão. Ela tem apontado reiteradas vezes em suas decisões a obrigação dos Estados de investigar os atos de violação aos direitos humanos nos períodos de regime totalitário, bem com o dever de identificar os responsáveis e de puni-los adequadamente, ainda que as investigações impliquem averiguar órgãos ou pessoas vinculadas ao aparelho estatal.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos[8] coloca claramente a questão do direito da sociedade à verdade. Para a Comissão, "toda sociedade tem o direito imprescritível de conhecer a verdade do ocorrido, assim como as razões e a circunstância em que os aberrantes delitos foram cometidos a fim de evitar que esses fatos voltem a ocorrer no futuro".

O ordenamento jurídico pátrio, apesar de não explicitamente, também salvaguarda o Direito à Verdade. A Constituição da República Federativa

do Brasil, em seu artigo 5º, incorporou ao rol dos Direitos Fundamentais o direito à informação. Primeiro no inciso IX, ao contemplar a liberdade de imprensa (direito de informar), depois no inciso XIV, ao assegurar o direito de buscar informação, e finalmente no inciso XXXIII, que garante ao cidadão e à coletividade o direito de serem informados, e obriga o Estado a informar.

A universalização do direito à verdade veio com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos da Assembleia Geral das Nações Unidas*. Diz a *Declaração* em seu art.19: "Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão. Esse direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras".[9] Implica tornar público e transparente algo obscuro ou secreto.

Tratando do direito à informação, Freitas Nobres[10] afirma que "a relatividade de conceitos sobre o direito à informação exige uma referência aos regimes políticos, mas, sempre, com a convicção de que este direito não é um direito pessoal, nem simplesmente um direito profissional, mas um direito coletivo."

A subtração de informações é forma de restringir o direito à memória e à verdade, direitos estes que reconhecem cidadania e dignidade aos indivíduos, principalmente no que tange à solução de crimes como os cometidos durante o período de autoritarismo. Os objetivos do Direito à Verdade conjugam-se também aos do direito penal internacional, que afirma que uma vez tendo sido expostas as informações, as sociedades podem prevenir novos crimes contra a humanidade; as vítimas e as famílias podem, em certa medida, reconciliarem-se; reduz-se a impunidade com a identificação dos infratores e é possível desvelar a história para que a memória de uma época conturbada seja atualizada.

A LEI DE ANISTIA E A SUA INSUFICIÊNCIA

A Lei de Anistia, promulgada em 1979, previa que a transição para a democracia não significava questionar o passado, deixando margem a uma interpretação de que o aparato repressivo não seria investigado nem julgado. O processo de anistia foi negociado, acordado. Estabeleceu-se a extinção da punibilidade como um direito adquirido, o que tem sido questionado ultimamente. Indenizações foram concedidas às vítimas e familiares de vítimas.

No entanto, a reparação constitui uma compensação, mas essa reparação não é suficiente. Para os familiares dos mortos e desaparecidos políticos, a Lei de Anistia marcava a perda definitiva de seus parentes, "ao conceder-lhes um atestado de paradeiro ignorado ou de morte presumida, eximindo a ditadura de suas responsabilidades e impedindo a elucidação dos crimes cometidos."[11] A Lei tornou inimputáveis todos aqueles que cometeram graves violações aos direitos humanos durante o período de Ditadura Militar.

Ao menos assim foi interpretado o texto de lei até ser questionado pela Ordem dos Advogados do Brasil, que ajuizou uma ADPF inédita na Suprema Corte Nacional, onde exige do STF decidir se os crimes comuns praticados por militares e policiais durante a ditadura estão cobertos pela Lei de Anistia. Em seu art. 1º[12], a Lei 6683/79, que concede Anistia e dá outras providências, reza que:

> É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, declarou que a Lei de Anistia é válida, entendendo que o artigo primeiro supramencionado implica anistiar também os crimes contra a humanidade. No entanto, a Lei de Anistia de 1979, *a contrário sensu* da decisão da Suprema Corte, está na verdade em desacordo com as obrigações de direito internacional do país e não pode, em hipótese alguma, ser usada para impedir a abertura de processos por graves violações dos direitos humanos. O Ministro Carlos Ayres Britto[13], em seu voto vencido, deixa claro esse entendimento no seu posicionamento:

> Reitero o juízo: após a interpretação dessa lei de anistia, não encontro clareza. E aqui, essa minha preocupação de clareza no propósito de anistiar

> é tanto mais necessária quanto se sabe que as pessoas de que estamos a falar – os estupradores, os assassinos, os torturadores – cometeram excessos no próprio interior de um regime de exceção. Não foram pessoas que se contentaram com a própria dureza do regime de exceção; foram além dos rigores do regime de exceção para a ele acrescentar horrores por conta própria. Pessoas que exacerbaram no cometimento de crimes no interior do próprio regime de exceção, por si mesmo autoritário, por si mesmo prepotente, por si mesmo duro, por si mesmo ignorante de direitos subjetivos.

A Lei de Anistia é, portanto, inadequada para o enfrentamento das sérias questões envolvidas no período de exceção vivido pelo Brasil. Um dos grandes argumentos para a manutenção da Lei de Anistia segue o raciocínio de que a eficácia da decisão da Corte se dá no campo da convencionalidade. Não revoga, não anula e não cassa a decisão do Supremo. Argumento retórico apenas, uma vez que o *ius cogens*, o direito que emana da ONU, é supraconstitucional, determinando a Corte Interamericana que os crimes contra a humanidade são imprescritíveis. No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual o Brasil faz parte por decisão soberana, são reiterados os pronunciamentos sobre a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados, quando se trata de graves violações dos direitos humanos. A Comissão Interamericana concluiu pela contrariedade dos processos de anistia com o Direito Internacional.

Um segundo argumento, o da prescritibilidade, é também um discurso vazio. O Tribunal de Nuremberg é um caso *sui generis* neste sentido, pois promoveu um julgamento de nazistas *ex post factum.* De fato, há crimes que são de jurisdição universal, que não ofendem a um só país e são atemporais. São bens tão preciosos os protegidos, que não podem ser tutelados por apenas um Estado. Até porque, na maioria das vezes, esse Estado não é capaz de abarcar a proteção necessária a esses bens ou mesmo não se encontra em condições de salvaguardá-los.

Quando se fala em crimes contra a humanidade, existe o risco de extermínio de ordens diversas, como o de etnias, minorias, valores sociais, culturais, espirituais, ideias políticas, filosóficas, etc. É por isso que tornar inimputáveis os repressores, ressarcir vítimas e eclipsar a memória do país são medidas inócuas, incapazes de promover a compensação moral adequada.

COMISSÃO NACIONAL DE VERDADE: UM MECANISMO DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

O interesse pelas verdades políticas durante os regimes ditatoriais emerge na tentativa de averiguar em quais condições as violações aos direitos humanos ocorreram. É um tema tão atual, que está na pauta de Direitos Humanos do Brasil e há um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional aguardando aprovação para a formação de uma comissão de verdade no Brasil. Percebe-se a dinâmica tentativa de desvelamento de documentos políticos oficiais aos quais não se tem acesso público, como deveria ser num Estado Democrático de Direito, em contrapartida ao esforço por parte de grupos que tentam dificultar o acesso a essas informações, protegendo-as a todo custo.

A Comissão de Verdade, segundo prevê o Projeto de Lei nº 7.376/2010, tem no seu escopo a intenção de obter acesso a informações de órgãos públicos, ainda que sigilosas, convocar testemunhas, realizar audiências públicas e solicitar perícias. O fato de a Comissão de Verdade não ter caráter jurisdicional não a torna menos importante, pois promoveria, junto ao Poder Judiciário, o esclarecimento dos casos de violação aos direitos humanos durante o período de repressão.

O segredo de Estado, elemento muitas vezes indispensável à segurança nacional e à garantia de paz nas relações internacionais, tem sido invocado para justificar a restrição a arquivos do Estado. Os arquivos omitidos ou ditos inexistentes encontram-se em poder de grupos que estiveram direta ou indiretamente envolvidos nos crimes cometidos durante a Ditadura de 64. No caso do Brasil, a morosidade no trâmite do processo legislativo se deve ao fato de grupos continuarem interessados em limitar o acesso a tais informações. A divulgação de um documento de polícia política que revele descrição pormenorizada de torturas infligidas a uma pessoa certamente envolverá aspectos relativos ao direito à intimidade e, portanto, ao direito privado. No entanto, constitui a denúncia de uma prática de tortura, nociva à sociedade, um direito também de interesse público. O direito à informação e à verdade, portanto, deve ser entendido como uma garantia de interesse social.

Compreender as dimensões da criação de uma Comissão de Verdade no Brasil é também entender o papel hoje desempenhado pela memória dos anos de ditadura e pela justiça. É verificar se é possível esquecer as violações aos direitos humanos. É identificar se uma inércia quanto a esses fatos pretéritos

pode gerar uma repercussão da violência nas cenas públicas e privadas brasileiras. É ainda verificar que contribuição a justiça pode engendrar para a compreensão e a reparação das atrocidades cometidas no passado. E, por fim, averiguar a possibilidade de imaginarmos uma democracia com a livre construção da memória política.

Quanto à relevância do movimento de estruturação das comissões de verdade em mais de quarenta países, Patricia Valdez[14] afirma que

> Estas comisiones [...] se crean en momentos históricos de recuperación del estado de derecho, con el advenimiento de un régimen democrático o al producirse intervenciones internacionales que tienen como misión apoyar procesos de paz y establecer premisas básicas para la convivencia. Su creación tiene El objetivo de investigar los hechos, conocer las causas que los motivaron y establecer responsabilidades de los diversos sectores involucrados."

Toda a articulação para a formação de uma Comissão Nacional de Verdade pode e deve criar terreno para verificação da proteção aos Direitos Humanos, reparando vítimas e familiares e responsabilizando a quem é de direito.

CONCLUSÃO

Superados os governos repressivos dos cinco países do Cone Sul, estão em andamento processos judiciais no Chile, na Argentina, no Uruguai e mesmo no Paraguai, que buscam responsabilizar altas autoridades e torturadores do período ditatorial naqueles países. O Brasil é o único país do Cone Sul que não trilhou procedimentos semelhantes para examinar as violações de Direitos Humanos ocorridas em seu período ditatorial, mesmo tendo oficializado, com a Lei nº 9.140/95, o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas mortes e pelos desaparecimentos denunciados.

Apurar a responsabilidade das violações aos Direitos Humanos durante o regime militar não é importante apenas do ponto de vista histórico e sociológico, mas representa consequências reais não só para as vítimas e seus familiares, como também para toda a sociedade brasileira. Alguns abusos comumente cometidos hoje em dia pelas autoridades brasileiras têm relação com o autoritarismo herdado da Ditadura Militar. A violência em

nosso país deita raízes nas graves violações aos direitos humanos cometidas durante as duas ditaduras do século 20. Podemos tomar como parâmetro a violência policial. Percebe-se, ainda hoje, que a sociedade brasileira continua convivendo com resquícios da Ditadura Militar.

James Cavallaro[15] entende que há consequências imediatas na não promoção da memória, na não apuração da verdade, não responsabilização dos crimes e consequente não reparação. Alguns abusos cometidos pelas autoridades brasileiras têm origem na ordem autoritária do período de Ditadura Militar. O *modus operandi* agressivo e violento da polícia brasileira também jaz nos resquícios desse período. Portanto, existe uma relação entre as violações cometidas no passado e as violações que continuam acontecendo ainda hoje no Brasil.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, em seu voto na ADPF nº 153, em um poema de sua autoria, se refere à importância do resgate da memória quando diz em seu texto *A propósito de Hitler*: "A humanidade não é o homem para se dar a virtude do perdão. A humanidade tem o dever de odiar os seus ofensores, odiar os seus ofensores, porque o perdão coletivo é falta de memória e de vergonha. Convite masoquístico à reincidência."

A justiça não é uma quimera ou uma utopia. Com a aprovação da lei que institui a formação de uma comissão investigativa da verdade, o Estado, em nome da consciência jurídica democrática, estaria assim cumprindo o papel de resgatar parte de uma história e memória, veladas, que já pertence aos cidadãos brasileiros. Não podem, em hipótese alguma, permanecer como verídicos os falsos comunicados da época que argumentavam fugas, atropelamentos e suicídios como causa do desaparecimento desses opositores políticos.

Até o momento não houve qualquer investigação oficial ou responsabilização direta pelas graves violações de direitos humanos da Ditadura Militar no Brasil. O tratamento dado a esses eventos e a toda a violência embutida neles afeta sobremaneira os registros posteriores concernentes à consolidação de uma democracia e à proteção aos direitos humanos. Não basta apenas investigar e processar, mas tornar público todos os dados. Para a elucidação das informações é necessário que haja acesso aos arquivos públicos, ou mesmo privados. É necessário ter acesso à história, à história que a gente não lera.

Notas

[1] Dados extraídos da obra *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*/Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos - - Brasília: Secretaria especial dos Direitos Humanos, 2007.

[2] CARDOSO, Irene de Arruma Ribeiro. *Memória de 68: terror e interdição do passado*. Disponível em: http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/pdf/vol02n2/MEMORIA.pdf

[3] SAVELSBERG, Joachim J. *Violações de direitos humanos, lei e memória coletiva*. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a01v19n2.pdf

[4] Ver, entre outros, Lalieu, Olivier. *L´invention du dévoir de mémoire. Vingtième siècle. Revue d´Histoire*. Nº 69, 2001, e Kattan, Emmanuel. *Penser le dévoir de mémoire*. Paris, PUF, 2002.

[5] BAUDRILLARD, Jean. *A transparência do mal: ensaio sobre os fenômenos extremos*. Campinas: Editora Papirus, 2003.

[6] SANTOS, Myriam Sepúlveda. *Memória coletiva e teoria social*. São Paulo: Annablume, 2003, p.26.

[7] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2002, p. 163.

[8] Comitê de DDHH da ONU. Caso 107/1981, Quinteros v. Uruguai.

[9] Declaração Universal dos Direitos Humanos, 2003.

[10] NOBRE, Freitas. *Comentários à lei de imprensa, lei da informação*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 40 e 41.

[11] TELES, Janaína (org.). *Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade?,* p.72. 2ª ed. São Paulo: Humanitas, 2001.

[12] Lei 5583/79. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm

[13] Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 153. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=acao+de+descumprimento+de+preceito+fundamental+153&base=baseAcordaos

[14] VALDEZ, Patricia. *Comisiones de la verdad: un instrumento de las transiciones hacia la democracia.* Disponível em: www.memoriaabierta.org.ar Acesso em: abril de 2011.

[15] Direito à verdade e à memória: *Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*/Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos - Brasília: Secretaria especial dos Direitos Humanos, 2007, p.186.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *A condição humana.* 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. *O Totalitarismo, In: Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2003.

BAUDRILLARD, Jean. *A transparência do mal: ensaio sobre os fenômenos extremos*. Campinas: Editora Papirus, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7ª ed. Brasília: Unb,

1996.
BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
_____. *Do estado liberal ao estado social* 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
CARDOSO, Irene. *Para uma crítica do presente***.** São Paulo: Editora 34, 2001.
CERVO, Amado Luiz. *História da política exterior do Brasil* - Amado Luiz Cervo, Clodoaldo Bueno. – 3ª Ed. 2ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade Brasília, 2010.
ESQUILO. *Prometeu acorrentado*. Versão para ebook, ebooksbrasil.com, 2005.
_____. *Memória de 68: terror e interdição do passado*. Tempo Social – Rev. Sociol. USP, São Paulo, v. 2, n. 2, 2. Sem. 1990.
FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão, dominação.* 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1997.
GAGNEBIN, Jeanne Marie. *Lembrar escrever esquecer*. São Paulo: Ed.34, 2006.
LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
LE GOFF, Jacques. *História e memória.* 3ª ed. São Paulo: UNICAMP, 1994.
Lei de Anistia – Lei 6683, de 28 de agosto de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm. Acesso em: 08 de abril de 2011.
MIGUEL, Reale. 1910. *Horizontes do direito e da história.* 3ª ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999.
MORAES, José Luis Bolzan de. *Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais*. In. A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
NOBRE, Freitas. *Comentários à lei de imprensa, lei da informação*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1978.
PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
_____. *O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988*.

3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
TELES, Janaína (org.). *Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade?* 2ª ed. São Paulo: Humanitas, 2001.

INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - QUANDO A INGENUIDADE DÁ LUGAR À DESCONFIANÇA

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo, Mestre em Direito Público pela UFBA - Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Fundação Faculdade de Direito vinculada ao Programa de Pós-Graduação da UFBA. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador - UCSAL. Professor de Direito Penal da Universidade Salvador – UNIFACS. Professor de Processo Penal da Universidade Católica do Salvador – UCSAL. Analista Previdenciário da Procuradoria Federal Especializada do INSS. Autor do livro *A importância dos atos de comunicação para o processo penal brasileiro*: o esboço de uma teoria geral e uma análise descritiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 215 p. Área de dedicação e pesquisa: Direito Penal, Direito Processual Penal, Hermenêutica Jurídica e Filosofia do Direito.

RESUMO: O presente texto desenvolve um olhar cético acerca da infração de menor potencial ofensivo e de sua relação com os Juizados Especiais Criminais. Com este objetivo o texto analisa a infração de menor potencial ofensivo a partir de uma concepção retórica. Feita tal análise, o texto procura estudar as relações entre os Juizados Especiais Criminais e as instâncias ilícitas de controle.

ABSTRACT: This paper develops a skeptical about the violation of lower offensive potential and its relation to the Special Criminal Courts. With this goal the paper analyzes the violation of lower offensive potential from a rhetorical conception. Made this analysis, the text attempts to study the relationship between the Special Criminal Courts and the instances of illegal control.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Infração de menor potencial ofensivo; 2. Juizados Especiais Criminais; 3. Retórica; 4. Legitimidade; 5. Instâncias ilícitas de controle.

KEYWORDS: 1. Violation of lower offensive potential, 2. Special Criminal Courts 3. Rhetoric 4.Legitimacy; 5. Instances of illegal control.

SUMÁRIO: 1. Infração de menor potencial ofensivo: jurisdição constitucional, estrutura do ordenamento e metodologia normativa; 2. Infração de menor potencial ofensivo: o problema de uma definição legal no contexto da sociedade contemporânea; 3. Alguns problemas do conceito de infração de menor potencial ofensivo; 4. Infração de menor potencial ofensivo: o problema da legitimidade; 5. Conclusão.

> *"Em algum remoto canto do universo, que se deságua fulgurantemente em inumeráveis sistemas solares, havia uma vez um astro, no qual animais astuciosos inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais audacioso e hipócrita da 'história universal': mas, no fim das contas, foi apenas um minuto. Após alguns respiros da natureza, o astro congelou-se, e os astuciosos animais tiveram de morrer".* NIETZSCHE. Friedrich Wielhm. **Sobre a verdade e a mentira.** Tradução: Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007, p. 25.

1. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, ESTRUTURA DO ORDENAMENTO E METODOLOGIA NORMATIVA

O leitor menos avisado, ao se deparar com o conceito de infração de menor potencial ofensivo, pode ser levado a equívoco. Isto porque ele é quase que imediatamente induzido a pensar que tal conceito deva ser definido, necessariamente, como o gênero composto pelas espécies contravenção penal e os delitos cuja pena máxima em abstrato não ultrapasse o limite de dois anos, cumulada ou não com multa.

Todavia, a precipitação é irmã do erro e madrasta da prudência. E com o legislador infraconstitucional não foi diferente. Já se sabe, não de agora, que a lei não deve definir conceitos, pois tal tarefa deve ficar a cabo da doutrina e da jurisprudência. Não porque este seja um dogma da hermenêutica clássica[1], mas, sim, porque se trata de um corolário da Jurisdição Constitucional, no

[1] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 90.

sentido que lhe empresta João Maurício Adeodato[2].

Afinal, definições não são estáticas, antes são mutantes e circulares[3], e isso é o próprio legislador constituinte que ensina ao consignar que cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. Ora, se o texto constitucional (CR, artigo 102) atribui ao Supremo o papel de intérprete legítimo da Constituição, força é convir que neste instante foi subvertida a tradicional hierarquia das fontes do Direito, pois o próprio texto constitucional estabeleceu a preferência da Jurisprudência em prejuízo da lei. É dizer, a Jurisprudência não apenas prefere à lei, como esta preferência resulta da própria lei[4].

A Jurisdição Constitucional, como definição que o é, também apresenta aspecto circular. Isto porque, de um lado, ela é o conjunto de interpretações, argumentações e decisões produzidas pelo Judiciário em questões relativas aos textos constitucionais. E, de outro, ela é o mosaico dos textos decisórios (sentenças ou acórdãos) e constitucionais, o qual acaba servindo de base para novas interpretações. Em outras palavras, se o texto da Constituição serve como ponto de apoio para interpretações jurídico-normativas, estas interpretações, quando concretizadas em forma de acórdão, por exemplo, irão influir sobre as novas interpretações que venham a ser feitas a partir do

---

[2] ADEODATO, João Maurício. *Retórica constitucional* – Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 139.

[3] "Do ponto de vista pragmático, é preciso considerar *validade* e *imperatividade* como conceitos diferentes, não redutíveis um ao outro, e o conceito de *ordenamento* como um sistema que admite não uma, mas várias hierarquias, o que elimina hipótese de um (única) norma fundamental e a corresponde concepção de unidade. A posição pragmática é de que uma norma pode ser válida e, não obstante isso, não ter império, isto é, força de obrigatoriedade, e vice-versa, ter império e não ser válida. Assim, uma norma tem imperatividade à medida que se lhe garante a possibilidade de impor um comportamento independentemente do concurso ou da colaboração do destinatário, portanto, a possibilidade de produzir efeitos imediatos, inclusive sem que a verificação de sua validade o impeça... Ademais, a posição pragmática é de que o sistema do ordenamento, não se reduzindo a uma (única) unidade hierárquica, não têm estrutura de pirâmide, mas estrutura circular de competências referidas mutuamente, dotada de coesão. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal recebe do *poder constituinte originário* sua competência para determinar em última instância o sentido normativo das normas constitucionais. Desse modo, seus acórdãos são válidos, com base em uma norma constitucional de competência, configurando uma subordinação do STF ao *poder constituinte originário*. No entanto, como o STF pode determinar o sentido de validade da própria norma que lhe dá aquela competência, de certo modo, a validade da norma constitucional de competência do STF também depende de seus acórdãos (norma), configurando uma subordinação do *poder constituinte originário* ao STF". Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, p. 189-190.

[4] ADEODATO, Op. citi, p. 149.

mesmo texto diante de um novo caso concreto.

Sendo assim, antes do operador do Direito se debruçar sobre o texto do artigo 98, inciso I, da Constituição, imperioso se faz que ele melhor compreenda a estrutura do ordenamento jurídico. Isto porque, enquanto conjunto de normas genéricas, a estrutura do ordenamento é piramidal, no sentido que lhe atribui Kelsen. Contudo, enquanto conjunto de normas casuísticas, esta mesma estrutura apresenta feição circular, vez que as normas são concretizações construídas pelo magistrado a partir do texto de lei, do caso concreto e dos valores determinantes em jogo[5]. Ora, se assim o é, as normas ao mesmo tempo em que determinam o sentido dos textos, o tomam como ponto de apoio para futuras concretizações. Em uma só palavra, normas pressupõem normas que, por sua vez, pressupõem outras normas, e todas se utilizam do texto[6].

Mas, por favor, não compreendam mal essas assertivas. Os textos (exemplo, o do artigo 98, inciso I da CR) não desempenham, dentro do

---

[5] "Mas o **sistema vai muito além dessas bases textuais,** é uma conclusão direta: o sentido e o alcance dos termos, a coerência argumentativa e os conflitos não estão ali nesse livro que se chama 'a Constituição' e, nem por isso, deixam de fazer parte do universo constitucional. Ao conjunto de interpretações, argumentações e decisões apreciadas pelo judiciário, em questões que envolvem os textos constitucionais, dá-se a denominação de jurisdição constitucional (*Verfassungsgerichtbarkeit*). Observe-se que jurisdição constitucional, por sua vez, é também composta de textos, decisórios, os quais vêm somar-se aos textos do livro constitucional e servir de partida para novas interpretações, argumentações e decisões". Cf. ADEODATO, Op. cit., p. 140. Em outra obra, o aludido autor afirma que "em lugar de fato, valor e norma, procura construir uma teoria do direito que uma evento real, idéia e expressão simbólica, ou, mais especificamente, estudar as interferências recíprocas entre o fato juridicamente relevante, a norma jurídica e as fontes do direito. As diferenças entre a norma (o significado ideal para controle de expectativas atuais sobre condutas futuras) e os símbolos linguísticos que a exprimem (os significantes revelados pelas fontes do direito) são particularmente importantes para a interpretação e a argumentação jurídicas. Essas três dimensões do conhecimento não podem ser reduzidas uma à outra. O valor não é considerado uma quarta dimensão por estar presente em todas as outras três, sempre", cf. ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica* **-** Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. XXIII.

[6] Importa esclarecer que, a rigor, não há um abismo entre a norma e o texto. Não porque esteja certa a premissa da Escola de Exegese, ao identificar as duas figuras, mas, sim, porque não existe um texto exclusivamente texto, já que todo texto traz embutido, em si, dados linguísticos e reais, bem como referências externas à própria expressão. Cf. ADEODATO, p. 146. Em outras palavras, se a linguagem é mais do que o texto, logo não há um precipício separando ele da norma, pois os dois elementos encontram-se inseridos no universo da linguagem. Tratam-se apenas de diferentes formas de representação, dado que a linguagem não é estática, antes é constituída por diversos e simultâneos jogos que se encontram em constante metamorfose. Para entender melhor o comportamento da linguagem, indispensável se faz a leitura de WITTGENSTEIN, Ludwig. Tratado Lógico-Filosófico. Investigações Filosóficas. Tradução e prefácio de M. S. Lourenço. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, *passim.*

ordenamento jurídico, o papel de ponto de partida para o processo de concretização da norma jurídica. Textos funcionam como ponto de apoio, e não como ponto de partida[7]. E assim o é, pois a abertura normativa do sistema jurídico[8] se dá por meio do caso concreto. Logo, é o caso o ponto de partida da concretização da norma, e não o texto. De outra forma, retira-se a temporalidade do direito[9], vez que o texto é a tentativa de objetivação de um consenso através da linguagem, o qual termina por suspender a temporalidade da constituição da norma.

Esta circunstância remete, então, a outra conclusão, qual seja, a metodologia normativa não é dedutivo-subjuntiva, antes se mostra indutivo-casuística. Ou seja, a concretização da norma parte do caso em busca de um texto, sendo, nesse ponto, indutivo-casuística. Todavia, ao escolher um dado texto a partir de opções valorativas, logo a seguir justifica-se a mencionada escolha segundo outros textos, tornando-se aqui dedutivo-silogística[10]. E, depois de feita e justificada a escolha, retorna-se ao caso objeto do processo e, neste instante, a escolha é testada pela pretensão e resistência das partes, as quais são exercitadas por meio dos recursos cabíveis, voltando a ser aqui, novamente, indutivo-casuística[11]. Em suma, a metodologia de concretização

---

[7] Nesse ponto, diverge-se da lição de João Maurício Adeodato, o qual compreende o texto como um ponto de partida para concretização da norma jurídica. Cf. ADEODATO, Op. cit., p. 139.

[8] Quando se faz uso aqui da noção de abertura normativa do sistema jurídico, não se tem por finalidade qualquer aproximação com a proposta elaborada por Claus-Wilhelm Canaris, até porque não se adota aqui a definição por ele oferecida ao conceito de "sistema jurídico". Consulte-se CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Tradução e introdução: Antônio Menezes Cordeiro. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 103-125.

[9] Op. cit., p. 148.

[10] Para maior esclarecimento quanto ao método dedutivo, veja-se: Descartes, René. *Discurso do método*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, *passim.*

[11] O teste a que é submetida a escolha do texto de lei e a sua justificação aproxima-se, em grande medida, do método proposto por Karl Popper, o da refutabilidade da hipótese cognitiva. Todavia, o refutável é, antes de tudo, uma derivação indutiva, pois só se verifica a resistência da hipótese a partir da experiência da análise. Caso contrário, admitir-se-ia que a refutabilidade é uma hipótese inverificável. Nesse passo, Karl Popper, lecionando sobre o conhecimento e a ignorância, assevera que "se é possível dizer que a ciência, ou o conhecimento, 'começa' por algo, (...) o conhecimento não começa de percepções ou observações ou de coleção de fatos ou números, porém, começa, mais propriamente, de problemas. Poder-se-ia dizer: não há nenhum conhecimento sem problemas; mas, também, não há nenhum problema sem conhecimento. Mas isto significa que o conhecimento começa da tensão entre conhecimento e ignorância. (...) não há nenhum problema sem conhecimento; (...) não há nenhum problema sem ignorância. (...) cada problema surge da descoberta de que algo não está em ordem com nosso suposto conhecimento; descoberta de uma contradição interna entre nosso suposto conhecimento e os fatos...". Consulte-se: Popper, Karl. *Lógica das ciências sociais***.** Trad. Estevão

da norma é indutivo-dedutivo-indutiva.

Como se percebe dentro do ambiente de uma metodologia indutivo-dedutivo-indutiva, o caso ganha grande importância no processo de concretização da norma e, por consequência, a própria definição daquilo que se venha a entender por infração de menor potencial ofensivo. Se a partir de uma metodologia dedutivo-subjuntiva o texto do artigo 61 da Lei nº 9.099/95 é o protagonista da aplicação da norma, no cenário metodológico indutivo-casuístico, o caso se torna o ator principal no processo de construção da norma. Por conseguinte, torna-se fundamental dedicar um olhar atento ao caso e, a partir da sua importância, desconfiar que ele possa interferir significativamente, por exemplo, na fixação da competência dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95, artigo 77, parágrafo 2º)[12]. Afinal, o texto "sequer fixa os limites da interpretação, servindo, quando muito, para justificar posteriormente uma decisão já tomada como base em normas ocultas pelos próprios procedimentos decisórios"[13].

É certo que o caso exerce um papel relevante na constituição da norma jurídica e, portanto, na reconstrução do conceito de infração de menor potencial ofensivo. Todavia, o caso não é o toque de Midas[14] da dogmática jurídica contemporânea, vez que ele não reflete o conflito real, mas, sim, um relato artificialmente selecionado pelo sistema jurídico. E esta seletividade é dúplice, pois tanto decorre do caráter metafórico da linguagem, com os abismos gnosiológicos e axiológicos que lhe constitui, quanto da operacionalidade do sistema. Disto resulta que o conflito resolvido pelo sistema jurídico é sempre um conflito artificial, dado que é impossível alcançar o conflito real, quiçá resolvê-lo. Logo, o sistema jurídico é um sistema de administração de conflitos artificiais ou, quando muito, de

---

de Rezende Martins, apoio Cláudio Muniz, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. p. 14-15.

[12] "Ora, eis aqui uma indagação a exigir pronta resposta: que espécie de juiz natural é esse que tem sua competência condicionada à citação pessoal do acusado ou à menor complexidade da produção probatória, conforme o disposto no art. 66 e no art. 77, § 2º, ambos da Lei nº 9.099/95? E, agora, condicionado também à inexistência de conexão e continência com crimes mais graves? O que realmente importa são a presença do acusado e a facilidade da prova para a definição da competência de jurisdição? Se a resposta for afirmativa, tudo quanto se disse, aqui e acolá, sobre o princípio ou garantia do juiz natural terá virado pó.", cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal.* 13 ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 719.

[13] ADEODATO, *Op. cit,* p. 143.

[14] COMMELIN, P. *Mitologia grega e romana.* Tradução: Eduardo Brandão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 349-350.

controle deles. Até porque nada permite concluir que o sistema jurídico, mesmo que tivesse em tese capacidade de resolver o conflito real, estaria imbuído em fazê-lo. Os conflitos, em última análise, justificam a existência do Estado e do seu aparato de controle[15].

E são eles, os conflitos, que ajudam a traçar a diferença entre a Jurisdição Constitucional e a concretização da norma constitucional. A Jurisdição Constitucional é a gama de concretizações normativas realizadas pelo Poder Judiciário a partir dos conflitos levados ao seu conhecimento. A concretização da norma constitucional, por seu turno, não constitui, necessariamente, um corpo harmônico e sistemático de concretizações normativas, nem é fruto da atuação do Poder Judiciário, antes resulta da interpretação que cada cidadão confere ao texto constitucional diante dos conflitos da vida cotidiana. É dizer, se a sociedade é uma arena de conflitos, a concretização da norma constitucional é aquilo que Peter Häberle denomina como "Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição"[16].

Admitindo-se que tais premissas são verossímeis, necessário se faz concluir que, à medida que os anos passam, a Constituição terá tanto mais normas quanto mais concretizações forem feitas pelo Poder Judiciário e pelos cidadãos. "Daí por que se tem 'mais Constituição' hoje do que em 1988, em um sentido bem literal"[17]. Por conseguinte, forçoso é inferir que o texto constitucional do artigo 98, inciso I, da CR, ao estabelecer o conceito de infração de menor potencial ofensivo, não tem o seu significado delimitado pelo esboço de definição dado pelo malfadado artigo 61 da Lei

---

[15] Apesar de não se adotar aqui a concepção de Marx quanto ao papel exercido pelo Estado na sociedade capitalista. Não se recusa por completo as suas considerações acerca do tema. Cf. MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos.* Tradução: Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, *passim.* Convém transcrever as palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior sobre o assunto: "O poder disciplinar confere à soberania (do Estado) um sentido mais abstrato, simultaneamente, mais racionalizável e duradouro. Antes, ela *emergia* do apossamento de terra e da riqueza. Agora, ela *constitui* a possibilidade de apossamento. O Estado serve ao desenvolvimento do capitalismo e à acumulação contínua e eficiente da riqueza". Cf. FERRAZ JUNIOR, Op. cit., p. 179-180.

[16] "Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição". Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 15.

[17] ADEODATO, *Op. cit,* p. 147.

nº 9.099/95 (recentemente alterado pela Lei nº 11.313/06). Este esboço de definição antes agrava o conflito real, na medida em que aumenta, uma vez mais, o abismo que o separa do conflito artificialmente selecionado pelo sistema jurídico. Em síntese, o mencionado dispositivo antes se mostra um arremedo de definição.

2. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO: O PROBLEMA DE UMA DEFINIÇÃO LEGAL NO CONTEXTO DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Este arremedo é tanto mais evidente quanto mais a sociedade se torna complexa e diferenciada. Complexa, porque a sociedade contemporânea, no dizer de Niklas Luhmann, é um sistema social constituído por muitos subsistemas que se intercomunicam entre si mediante acoplamentos estruturais. E diferenciada, porque os subsistemas sociais, a exemplo da economia e do direito, constituem e preservam as suas autonomias por meios de aberturas e fechamentos normativos levados a cabo através de códigos de linguagem. Códigos como o do ter ou não-ter ou, ainda, como o do lícito e ilícito[18]. Quanto mais complexa a sociedade, maior será a dificuldade de consenso sobre a conotação e a denotação dos textos legais[19]. Daí porque a norma se torna um consenso casuístico e provisório construído por meio da força do melhor argumento.

É neste contexto intelectual que a definição de infração de menor potencial ofensivo precisa ser repensada. Sendo mais claro, o que se deve repensar não é apenas a definição em si, mas a circunstância dela se encontrar lançada em texto de lei. Uma dogmática jurídica contemporânea deve, antes

---

[18] "Cada aumento de complexidade dum sistema pode ser designado como diferenciação em geral, mediante a criação dum subsistema. Existe uma diferenciação funcional quando os sistemas não são comparados como unidades semelhantes, mas se referem a funções específicas e estão então ligados uns aos outros. As vantagens do aumento de rendimento da diferenciação funcional são evidentes. Que elas tenham de ser resgatadas mediante determinadas dificuldades e problemas de consequências, sempre se viu, mas era compreendido de forma muito diferente, por exemplo, como necessidade de coordenação em cada distribuição de tarefas, como contexto de elevação da diferenciação e integração, diferenciação e autarquia dos sistemas parciais, especificação ou generalização, ou então como discrepância inevitável entre estrutura e função, que aumenta no caso duma diferenciação mais marcada". Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento.* Tradução: Maria da Conceição Côrte- Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 195.

[19] AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Desconstruindo a ordem pública e reconstruindo a prisão preventiva, in *Revista Jurídica***,** ano 58, nº 394. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p.119-122.

de tudo, ser um sistema inacabado, uma estrada sem linha de chegada. Eis o caráter retórico necessário à dogmática jurídica contemporânea. Um caráter que deve ser compreendido em suas três dimensões, ou seja, enquanto método, metodologia e metódica, no sentido que ensina Ottmar Ballweg[20]. Somente repensando a dogmática jurídica, o seu uso e as definições por ela oferecidas, a exemplo da que é dada à infração de menor potencial ofensivo, é que será possível controlar a complexidade crescente da teia social.

Sendo assim, a dogmática jurídica contemporânea deve ser antes de tudo uma dogmática comprometida com o caso, vez que a crescente complexidade social acentua a distinção entre o texto de lei e a norma. Uma distinção que sinaliza para necessidade de se refletir sobre a definição legal de infração de menor potencial ofensivo. Seja porque a definição que é dada a tal grupo de infrações se encontra engessada, vez que está lançada em texto de lei, seja porque, e principalmente, ela parece menosprezar a importância do caso. Afinal, se até a Escola de Exegese reconhece que há textos que reclamam interpretação, basta interpretar a *contrario sensu* o famoso brocardo latino *in claris cessat interpretatio*[21], forçoso é admitir a infelicidade do legislador ao definir por meio da lei o conceito de infração de menor potencial ofensivo.

Refletir sobre a definição legal de infração de menor potencial ofensivo, conferindo maior importância ao caso, é admitir, uma vez mais, o caráter retórico da dogmática jurídica. E aqui cabe uma importante advertência, não se deve conferir qualquer conotação pejorativa ao emprego do vocábulo retórico ao caráter que a dogmática jurídica deve apresentar diante da complexidade da sociedade atual. É certo que a retórica, no sentido que Platão atribui a tal palavra[22], apresenta um significado negativo, pois ela logo é identificada com a ideia de ornamento da linguagem e com a arte de enganar o outro. Todavia, esta não é a única definição que se pode atribuir a este signo. Basta tomar contato com a obra de Aristóteles, para se perceber que a retórica pode ser compreendida de forma positiva e construtiva, "como a contrapartida da dialética"[23]. E é a partir deste viés que se compreende

---

[20] BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. Tradução: João Maurício Adeodato. *Revista Brasileira de Filosofia*, nº 163, fasc. 39. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1991, p. 175-184.

[21] Só é possível afirmar a clareza do texto de lei e, com isso, afastar a sua interpretação, se aquele que aplica a lei, antes a interpretar, pois a clareza do texto pressupõe interpretação. Sendo assim, "não é a falta de clareza (linguístico-hermêutico-exegética) das leis que justifica a interpretação, é a problemático-concreta realização normativa do direito que a não pode nunca dispensar". Cf. NEVES, Antônio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 14-28.

[22] PLATÃO. *A República.* Tradução: Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 21-23.

[23] ARISTÓTELES. *Retórica.* Tradução: Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007, p.19.

aqui a "retórica como uma **espécie** de filosofia, mais do que uma 'escola', dada sua amplitude, longevidade e abrangência"[24].

Quando se percebe a retórica como uma espécie de filosofia, logo, se compreende que ela é constituída por três dimensões, são elas: a retórica material, a retórica prática e a retórica analítica. A retórica material é a maneira pela qual os seres humanos efetivamente se comunicam (a arte e a técnica da comunicação), as relações humanas enquanto comunicação. Nesse sentido, a retórica material corresponde ao método, que são as maneiras pelas quais efetivamente ocorre a comunicação no ambiente. E, quando se afirma que a "realidade" é retórica, assevera-se, também, que a linguagem controla as relações humanas por meio de promessas. As promessas podem, ou não, serem cumpridas, mas o controle dos comportamentos é imediato. Logo, as normas jurídicas são promessas caracterizadas pelo abismo cronológico entre a expectativa presente e o futuro inexistente[25].

Por sua vez, a retórica prática ou estratégica é uma meta-retórica, uma retórica sobre a retórica material. Ela observa como funciona a retórica material e verifica que fórmulas dão certo. Desta forma, a retórica prática constitui uma pragmática finalística e normativa da comunicação. E, nesse sentido, a retórica prática é uma metodologia (teoria sobre os métodos) da retórica material, dentro da qual se encontram inseridas a tópica, a teoria da argumentação e as figuras de linguagem. Em outras palavras, a retórica prática é a estratégia para modificar casos (relatos da retórica material) e erigi-los em objetos (conceitos instituídos pela linguagem de controle e tomados como se fossem verdades). Por conseguinte, a infração de menor potencial ofensivo é um conceito produzido pela retórica prática a partir da modificação e recorte do caso.

A retórica analítica[26], por fim, é a metódica que analisa a relação entre as

---

[24] ADEODATO, *Op. cit,* p. 16.

[25] ADEODATO, João Maurício. As retóricas na história das idéias jurídicas no Brasil – originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico. *Revista da ESMAPE***,** Recife, v. 14, nº 29, p. 243-278, jan./jun. 2009.

[26] "A retórica analítica diferencia-se das retóricas práticas e material por não estar submetida aos constrangimentos destas, quais sejam: a obrigatoriedade de estabelecer normas, a obrigatoriedade de decidir, a obrigatoriedade de fundamentar e a obrigatoriedade de interpretar. Isto significa apenas que a retórica analítica se submete a constrangimentos inteiramente diferentes, desde que lhe baste a exigência de averiguabilidade de seus resultados: a limitação e enunciados formais; a consideração permanente de que tais enunciados podem vir a se tornar empíricos; a necessidade de sua complementação através de outros princípios analíticos; a possibilidade de controle das proposições e sua compatibilidade com outras teorias analíticas; o caráter parcial das análises e de seus resultados, assim como a possibilidade de reprodução, acumulação e generalização dos mesmos". Cf. BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. Tradução: João Maurício Adeodato. *Revista brasileira de filosofia*, nº 163, fasc. 39. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1991, p. 175-184.

retóricas, material e prática. É a dimensão desestruturante da retórica que procura ter uma visão descritiva e abstrair-se de preferências axiológicas, uma tentativa de neutralidade. Nesse sentido, a retórica analítica amplia a semiótica e busca conferir igual importância ao signo, ao significado e aos utentes dentro do sistema linguístico. É dizer, a retórica analítica procura conferir igual relevância ao texto de lei, à norma, que é sempre concreta, e aos sujeitos envolvidos no processo de construção normativa. Desta forma, a retórica analítica acaba por demonstrar o equívoco de reduzir metonimicamente a retórica à retórica prática.

Se a retórica não se reduz à retórica prática e a sociedade contemporânea se caracteriza pela sua complexidade, então, faz-se necessário concluir que toda norma jurídica é concreta e que é possível compreender a retórica como uma espécie de filosofia. Ora, se a retórica é uma espécie de filosofia, não há qualquer demérito em compreender a dogmática jurídica a partir de um viés retórico e, desta forma, reconstruir o conceito de infração de menor potencial ofensivo. Pelo contrário, é exatamente o caráter retórico da dogmática jurídica que permitirá controlar a complexidade da sociedade atual. Até porque, a rigor, desconsiderar o caso no processo de concretização da norma, como parece ter ocorrido com a definição legal de infração de menor potencial ofensivo, é admitir que a decisão judicial que recebe a denúncia ou a queixa-crime, por exemplo, é carente de fundamentação[27].

Como se percebe, então, o conceito delineado pelo texto do artigo 61 da Lei nº 9.099/95 apresenta alguns problemas. Problemas que remetem a uma possível incompatibilidade entre o conceito de infração de menor potencial ofensivo e a própria noção de Juizados Especiais Criminais. Problemas que precisam ser analisados detalhadamente para que, a seguir, seja possível avaliar se, de fato, eles são, ou não, problemas.

3. ALGUNS PROBLEMAS DO CONCEITO DE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

A esta altura da exposição, desconfia-se que uma indagação insiste em incomodar o leitor: por que a definição, em si, de infração de menor potencial ofensivo reclama uma reflexão tão cautelosa? Por muitas razões. A primeira delas é a incompatibilidade existente entre a definição legal de infração de menor potencial ofensivo e a própria instituição dos Juizados Especiais Criminais. Ora, se os juizados foram instituídos com o escopo

[27] ADEODATO, *Op. cit,* p. 154.

de proporcionar celeridade ao julgamento da chamada infração de menor potencial ofensivo, não é possível chegar à outra conclusão que não seja a da infelicidade da definição dada pelo artigo 61 da Lei nº 9.099/95. Como é possível conferir celeridade ao procedimento e ao julgamento de um processo, se o conceito de infração de menor potencial ofensivo pressupõe a figura da contravenção penal?

E qual é a incompatibilidade entre a contravenção penal e os motivos político-criminais que orientaram a instituição dos Juizados Especiais Criminais? A primeira é a circunstância de a contravenção penal ser apurada mediante ação penal de iniciativa pública incondicionada (Decreto-lei nº 3.688/41, artigo 7º). Ora, se é o Ministério Público que terá que oferecer a ação penal e deverá fazê-lo necessariamente, caso a transação penal (Lei nº 9.099/95, artigo 76) reste frustrada, fica fácil concluir que os Juizados Especiais Criminais já surgem em meio a uma imensa gama de ações penais a apreciar. Isto porque às contravenções penais não são aplicáveis institutos processuais, como, por exemplo, o da desistência do processo, ou o do perdão do ofendido. Por conseguinte, faz-se indispensável formular aqui outra pergunta: como é possível compatibilizar a velocidade de julgamento do processo com a exponencial quantidade de ações penais oferecidas?

Mas não é só isso. A própria noção de contravenção penal é incompatível com os motivos político-criminais que justificaram a criação dos juizados. Como harmonizar constitucionalmente uma definição formulada no ambiente ditatorial de 1941, com uma instituição gestada no cenário constitucional de 1988? Como conciliar uma definição ofensiva aos princípios penais da subsidiariedade, lesividade e bagatela[28], com uma instituição que tem como uma de suas finalidades a "despenalização" das infrações praticadas? Como conformar uma espécie de infração penal destinada a vigiar os pequenos deslizes formais na conduta de qualquer cidadão, com um instituto que pretende implementar um procedimento sumaríssimo informal?

Não fosse tudo isso suficiente, outra circunstância que revela a incompatibilidade entre a definição dada pelo artigo 61 da Lei nº 9.099/95 e o instituto dos Juizados Especiais Criminais, é a própria figura do delito cuja pena máxima em abstrato não ultrapasse o limite de dois anos, cumulada ou não com multa. Ora, como é possível definir, aprioristicamente, a maior

[28] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa "efetivação" constitucional)". *In*: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347-438.

ou menor, complexidade de um caso, partindo-se, exclusivamente, de um critério quantitativo baseado no limite máximo da pena em abstrato? A quantidade da pena máxima em abstrato é capaz de definir a maior ou menor complexidade de um caso? A definição legal de infração de menor potencial ofensivo com espeque na quantidade de pena máxima em abstrato parece pressupor um tipo de situação padrão, desprezando, assim, a individualidade de cada caso.

Torna-se perceptível, então, que não é possível delimitar o conceito de infração de menor potencial ofensivo com base apenas no critério da quantidade de pena máxima em abstrato. Nem é possível concluir que a competência dos Juizados Especiais Criminais seja estabelecida a partir deste conceito. E, tanto não é possível chegar a tais conclusões, que a própria Lei nº 9.099/95 reconhece esta impossibilidade, em seu artigo 77, parágrafo segundo. É dizer, se o delito, cuja pena não ultrapassa o limite de dois anos, apresentar complexidade, consoante as circunstância do caso concreto, não restará alternativa ao Ministério Público que não seja a de requerer ao magistrado o encaminhamento das peças existentes ao juízo que entender ser o competente.

E, aí, uma pergunta se impõe: qual a utilidade prática em definir a infração de menor potencial ofensivo como o delito cuja pena máxima em abstrato não ultrapassa o limite de dois anos, se esta definição não é garantia de fixação da competência dos Juizados Especiais Criminais? Para que definir algo segundo uma determinada forma, se ela é falível? Eis o que é a definição legal de infração de menor potencial ofensivo, um ato de precipitação. E, como se sabe, a precipitação é o primeiro sintoma do desespero. O desespero que assalta o Estado Moderno e que impulsiona as legislações de emergência[29], o desespero pela manutenção de sua legitimidade e do seu aparato de controle.

4. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO: O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE

Foi dito anteriormente que a noção de infração de menor potencial ofensivo é incompatível com a própria instituição dos Juizados Especiais Criminais. Também foi dito que a definição legal de infração de menor potencial ofensivo precisa ser repensada a partir da valorização do caso e da

[29] "Desse fino equilíbrio surge o estado de paz, para o qual não contribui em muita coisa a (in)cultura e a (in)disciplina da emergência, mormente quando deixa no ar a falsa impressão que os mecanismos por ela preconizados são inerentes ao estado de direito". Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.13.

distinção entre texto de lei e norma. Afirmou-se, ainda, que, no contexto de uma sociedade complexa e diferenciada como atual, é preciso compreender a dogmática jurídica a partir de um viés retórico, o qual não pode ser reduzido apenas a uma retórica prática. E, por fim, foi dito, também, que a definição legal de infração de menor potencial ofensivo apresenta alguns problemas, os quais foram rapidamente abordados. Diante disso, uma pergunta se impõe: qual a finalidade do legislador constituinte ao se valer do conceito de infração de menor potencial ofensivo no artigo 98, inciso I, da CR e, ao mesmo tempo, correlacioná-lo a ideia de Juizados Especiais Criminais?

Sugere-se, aqui, uma resposta: tentar resgatar a legitimidade do Poder Judiciário perante a sociedade contemporânea. Isto mesmo, se o Poder Judiciário é a última tábua de salvação da dogmática jurídica[30], em meio ao espetáculo da diluição da tripartição de poderes, os Juizados Especiais se constituem em uma das mais recentes estratégias de sobrevivência do moribundo Estado Moderno. Esse Estado que, no século XIX, buscou se legitimar por meio do Poder Legislativo – e, para isso, basta observar a França que sucedeu à Revolução Francesa e o seu minucioso Código Civil de 1804 (Código de Napoleão) -, e que hoje, no século XXI, procura justificar a sua existência, utilidade e legitimidade a partir do Poder Judiciário. Mas, no momento em que a legitimidade deixa de ser sinônimo de legalidade, surge para o Estado e o seu Poder Judiciário um novo desafio, o desafio de reconstruir o seu discurso de justificação. O desafio de sobreviver!

E este desafio não é fácil, vez que o que se assiste hoje é exatamente a crise do Poder Judiciário. Se é certo afirmar que nunca antes o Poder Judiciário foi tão valorizado, não é menos certo admitir que ele nunca se viu tão questionado. Todo bônus traz consigo os seus ônus, e com o Judiciário não é diferente. A luz que põe em evidência a estrela da companhia teatral do Estado Moderno é a mesma que lhe expõe às vaias da plateia[31]. Ora, não

---

[30] OLIVEIRA, Ana Carla Farias de; NASCIMENTO, Guadalupe Feitosa Alexandrino Ferreira do Nascimento. *Dogmática jurídica na produção acadêmica nacional*: estado da arte. No prelo, *passim*.

[31] Se se admitir que a plateia, em questão, é o povo, surge, então, uma das mais importantes questões da ciência política, relativa à democracia: quem é o povo? Essa é a questão que atormenta Friedrich Müller. Nesse sentido, consulte-se MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Tradução: Peter Naumann. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo: Max Limonad, 2003, *passim.* E, ainda com espeque na lição de Friedrich Müller, convém indagar: quem é o povo do qual a Constituição fala? Quem pertence ao povo, se a população não quer (ou não pode) participar? Como adverte Adeodato, a "unidade do povo, assim como a unidade entre Estado e Constituição, não parecem algo óbvio, sobretudo se o povo não pode ou não quer 'participar'. A grande questão passa a ser justamente 'quem' pertence ao povo, quem é o povo, essa é a questão fundamental da democracia. Mais crucial ainda se torna esse problema com a participação cada vez menor dos cidadãos nas eleições das democracias centrais, quando até o Estado social e democrático de direito encontra dificuldade em despertar fidelidade e compromisso em cidadãos que não se consideram beneficiários dele", cf. ADEODATO, Op. cit., p. 153.

é o Poder Judiciário que é acusado de lento? Não é o Poder Judiciário que é questionado pelas suas decisões variáveis e imprevisíveis? Não é o Poder Judiciário que é achincalhado pela circunstância de que os acusados não são devidamente punidos? Não é Poder Judiciário que é criticado pelos seus altos salários e pela estrutura altamente dispendiosa aos cofres públicos? Enfim, não é o Poder Judiciário que, muitas vezes, acaba por agravar o conflito que deveria, em tese, solucionar?[32]

E é em meio a este cenário que os Juizados Especiais Criminais surgem como a estratégia do Estado na disputa pela legitimidade. Uma disputa travada, aparentemente, com as instâncias ilícitas de controle. É dizer, os Juizados surgem como a mais nova arma do Estado na guerra pela manutenção do monopólio do poder de punir. Uma guerra que caracteriza a sociedade contemporânea e que traz alguma preocupação ao Estado Moderno, na medida em que este, no âmbito criminal, nunca antes se viu tão incomodado pela concorrência das instâncias ilícitas de controle social, a exemplo das organizações criminosas. E, neste contexto, melhor se compreende institutos como o da infração de menor potencial ofensivo.

Institutos que funcionam como chaves de acesso a uma nova tecnologia de preservação do monopólio do poder de punir do Estado. Uma tecnologia que compreende, por exemplo, a transação penal[33], a qual é vendida como uma ferramenta ágil que propicia a rápida resolução do conflito, mas que, na verdade, não passa de uma mercadoria em meio a um jogo de barganha[34], na luta pela manutenção do poder de punir. Em outras palavras, o Estado dá a impressão de que cede uma parte do seu poder de punir à vítima, por exemplo, e em troca garante a sua sobrevivência, isto é, a legitimidade do

---

[32] "Compreende-se porque as instituições penais de privação de liberdade (e sócio-educativas, no caso dos adolescentes) terminam por agravar a sensação de desvinculação social em relação ao mundo 'legítimo' e, assim, reforçam a referência do 'mundo do crime' nas trajetórias. (...) Este circuito monotemático, que fortalece a identidade do 'criminoso', aparece justamente quando o Estado passa a mediar suas relações sociais". Cf. FELTRAN, Gabriel de Santis. O legítimo em disputa: as fronteiras do mundo do crime nas periferias de São Paulo. Dilemas: *Revista de estudos de conflito e controle social*, v. 1, 2008, p. 116.

[33] Para uma crítica contundente à transação penal, faz-se necessário estudar a obra de Geraldo Prado. O autor critica a transação penal a partir dos seguintes pilares, são eles: a inquisitorialidade da transação penal, a desigualdade entre os sujeitos envolvidos, o desrespeito à autonomia da vontade do suposto autor do fato aparentemente delituoso e a privação do devido processo legal por meio das técnicas de sumarização. Sobre o assunto consulte-se PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal***.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 173-220.

[34] O jogo de barganha é um dos ramos da teoria dos jogos de maior interesse prático, se não for o maior. Cf. BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos Jogos.* 2ª edição. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010, *passim.*

seu monopólio.

Sendo assim, convém formular a seguinte pergunta: o Estado está vencendo esta guerra? Ao que tudo indica não, seja porque os juizados não apresentam a celeridade e a efetividade que deles se espera, seja porque não parecem ter ajudado em nada a conter o crescente e preocupante número de infrações penais que não chegam ao conhecimento do Estado. Aliás, o que se desconfia é que os juizados acabaram por agravar o problema das cifras ocultas, vez que a sua instituição e a definição de infração de menor potencial ofensivo, ao que parece, terminaram servindo de incentivo para o aumento desta situação.

E o pior é que, se essa premissa estiver certa, os juizados que foram instituídos com a finalidade de aproximar o Estado da população, parecem está ampliando, ainda mais, o fosso que os separa. Um fosso danoso ao controle dos conflitos criminais, na medida em que esses deveriam, em tese, serem resolvidos pelo Estado por meio do caminho necessário[35] do processo penal. O que, por sua vez, compromete a credibilidade de qualquer política de segurança pública e propicia uma desconfiança ainda maior quanto ao aparato do Estado, em especial no que se refere à polícia. Qual é o embasamento racional e estratégico de uma política de segurança pública fundada em dados sem qualquer correspondência com a realidade social?

5. CONCLUSÃO

E a guerra que é travada pelo Estado é, de fato, contra as instâncias ilícitas de controle social? O que parece é que, em verdade, não há uma guerra entre o Estado e as instâncias ilícitas de controle. O que parece é que os Juizados Especiais Criminais não substituem estas instâncias, nem estas representam uma forma de poder paralelo, como relata Gabriel de Santis Feltran, referindo-se ao Primeiro Comando da Capital (PCC)[36]. Estes dois organismos de controle social, os juizados e as instâncias ilícitas, antes parecem concorrer entre si e, ao mesmo tempo, completar-se um ao outro,

---

[35] Sobre o princípio da necessidade no processo penal, consulte-se LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.23-26.

[36] O Primeiro Comando da Capital conhecido tanto pela sigla PCC como pela alcunha de "Partido", é uma das organizações criminosas mais importantes do Estado de São Paulo. As fronteiras do mundo do crime nas periferias de São Paulo e, por consequência, a atuação do PCC, é o tema da linha de pesquisa de Gabriel Feltran. Nesse sentido, consulte-se: FELTRAN, Op. cit., p. 93.

como etapas de uma escala de resolução de conflitos. Concorrem porque coexistem em um mesmo espaço de conflito, e complementam-se porque ambos se aproveitam um do outro.

É certo que a resolução levada a efeito pelas instâncias ilícitas de controle não são reconhecidas pelo direito, nem tampouco funcionam como mecanismos de mediação. Todavia, não é menos certo que elas acabam por filtrar alguns dos muitos conflitos que chegariam aos juizados e que acabariam por abarrotar ainda mais as prateleiras do Poder Judiciário. Sendo assim, é inegável que, se o Estado não incentiva a existência de tais instâncias ilícitas de controle, ele também se aproveita, e muito, da existência delas.

E com os juizados especiais criminais isso não é diferente. Afinal, a infração penal de menor potencial ofensivo ao mesmo tempo em que amplia os domínios do poder punitivo do Estado, símbolo de uma política criminal fundada na teoria das janelas quebradas[37], convive e se aproveita das instâncias ilícitas de controle. Nesse sentido, a concepção retórica em torno da dogmática jurídica guarda grande afinidade com a concorrência travada entre o Estado (representado pelos juizados especiais criminais) e essas instâncias ilícitas.

Isto porque a concepção retórica acerca da dogmática jurídica tem como um de seus objetivos, exatamente, enfrentar o problema da legitimidade que caracteriza a sociedade complexa atual[38]. E, por sua vez, o problema da legitimidade é, em última análise, o problema da disputa estabelecida entre o Estado e o "mundo do crime" em torno do que é socialmente legítimo[39]. Definir o que é socialmente legítimo é, antes de tudo, um risco ao qual o

---

[37] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das janelas quebradas : e se a pedra vem de dentro? *in Revista de estudos criminais.* v. 3, fasc. 11. Porto Alegre: Notadez/ITEC, 2003, p. 23-29.

[38] ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica* - Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 189.

[39] A expressão mundo do crime é aqui empregada como sinônimo das instâncias ilícitas de controle. O uso dessa expressão é feito aqui em referência ao sentido que Gabriel Feltran atribui a tal locução. Segundo ele, mundo do crime é "o conjunto de códigos e sociabilidades estabelecidas, prioritariamente no âmbito local, em torno dos negócios ilícitos do narcotráfico, dos roubos e furtos". Cf. FELTRAN, Op. cit., p. 93. Mais adiante, referindo-se à disputa pela legitimidade, Feltran arremata, afirmando que "a política não se resume à disputa de poder em terrenos institucionais, mas pressupõe um conflito anterior, travado no tecido social, constitutivo da definição dos critérios pelos quais os grupos sociais podem ser considerados legítimos. É nessa perspectiva que a disputa pela legitimidade que emerge das fronteiras do 'mundo do crime', nas periferias de São Paulo, sugere significados políticos bastante mais amplos", cf. FELTRAN, Op. cit., p. 123.

Estado e o seu monopólio do poder de punir se encontram sujeitos, vez que esta definição passa pelo questionamento do monopólio estatal sobre o poder de punir. E é em meio a esse risco que a concepção retórica acerca da dogmática jurídica se torna uma importante aliada do Estado nesta batalha.

Um excelente exemplo da contribuição que uma concepção retórica acerca da dogmática jurídica oferece, é a análise cética que ela tem capacidade de fazer acerca dos juizados e do conceito de infração de menor potencial ofensivo. Uma análise que pode ser empreendida sobre a própria produção da sentença por meio do procedimento sumaríssimo. Afinal, como sustentar o discurso da busca pela verdade, seja lá ela qual for[40], diante de um procedimento sumaríssimo, uma estrutura inquisitorial e uma instrução demasiadamente restringida[41]? Resta claro que a sentença não é um ato de certeza, mas, sim, de confiança[42]. Ora, quando se percebe que é a confiança que legitima a norma jurídica que resulta da sentença, logo se conclui que decidir não é encontrar a verdade, e, sim, persuadir quem se encontra sujeito à decisão.

O juiz não é um padre que diz a verdade, porque foi tocado por Deus, antes se mostra um político que busca convencer o seu eleitorado, as partes. Eis, então, o ponto fundamental no que toca à legitimidade e a disputa em torno dela na sociedade contemporânea. Legítimo não é o que se encontra definido em lei, mas, sim, aquilo que tem a capacidade de despertar a confiança dos sujeitos envolvidos no conflito, do qual a infração de menor potencial ofensivo é um exemplo. Por conseguinte, o ponto fundamental da dogmática jurídica contemporânea é conseguir, na produção da norma jurídica, despertar a confiança nos sujeitos, estejam eles envolvidos, ou não, no conflito levado a juízo. É dizer, o problema fundamental do Estado na

---

[40] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao "Verdade, Dúvida e Certeza" de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. *In: Anuário ibero-americano de direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

[41] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa "efetivação" constitucional)". *In*: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347-438.

[42] "A retórica se fundamenta na confiança. Esta frase parece revelar ingenuidade ou intenções demagógicas. Na Alemanha pode-se dizer: retórica causa desconfiança. Também no passado o apoio a este ressentimento foi declaradamente um dever do filósofo. Os alemães nunca demonstraram um talento especial para com a 'gaia ciência' e a retórica é justamente uma das disciplinas desta". Cf. BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. Tradução: João Maurício Adeodato. *Revista brasileira de filosofia*, nº 163, fasc. 39. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1991, p. 175-184.

atualidade é, ao mesmo tempo, despertar a confiança da sociedade e fragilizar a confiança que as instâncias ilícitas de controle provocam, por exemplo, na periferia de São Paulo[43]. Afinal, na disputa pela legitimidade, a confiança é a mais importante de todas as armas.

Mas é preciso noticiar um risco inerente à concepção retórica na tentativa de reconstruir a legitimidade do Estado. Quando a infração de menor potencial ofensivo se compromete com o caso, corre-se o risco de que o caso, aquilo que singulariza a norma, que busca consolidar a confiança abalada, torne-se um novo rótulo de consumo. Se é certo que o caso torna a norma única e diferente, e isso auxilia o Estado na disputa pela legitimidade, não é menos certo de que esta mesma diferença parece ter sido elevada à última moda pela sociedade do consumo. A sociedade de consumo, esta forma sútil de violência[44] produzida pela razão moderna ocidental capitalista. E, quando se percebe isso, logo se constata que a razão moderna capitalista, em sua constante transformação, se adapta e se apodera das novas ferramentas que procuram denunciá-la. Neste momento, então, tudo começa de novo,

---

[43] "A depender do problema enfrentado, um jovem de Sapopemba pode, por exemplo, propor uma ação trabalhista ou exigir justiça em 'tribunais' do PCC; pode integrar os atendimentos de uma entidade social ou pedir auxílio ao traficante". Cf. FELTRAN, Op. cit., p. 123.

[44] Convém pôr em relevo, com espeque na lição de Jean Baudrillard, que a violência empreendida pela sociedade de consumo, desempenha as seguintes funções e apresenta os seguintes aspectos: (a) a grande massa "pacificada" é quotidianamente alimentada pela violência consumida e pela violência alusiva a toda substância apocalíptica do "mass media", como forma de dar vazão à agressividade e ao instinto destrutivo inerente ao ser humano (além do fascínio – poder e prazer – exercido pela morte); (b) a violência como estratégia para despertar uma obsessão por segurança e bem-estar e provocar uma febre de consumo bélico; (c) a violência "espetacularizada" e o conformismo da vida quotidiana como realidades abstratas que se alimentam de mitos e signos; (d) a violência ministrada em "doses homeopáticas" pela mídia como forma de realçar a *fragilidade real* da vida pacificada, vez que é o espectro da fragilidade que assedia a civilização da abundância, à medida que evidencia o equilíbrio precário que firma a ordem de contradições que constitui a sociedade contemporânea; (e) a violência inexplicada como uma imposição de revisão das idéias de abundância e das taxas de crescimento da economia, em face das contradições fundamentais da abundância; (f) a violência que desperta como conseqüências, dentre outras, a destrutividade das instituições e a depressividade contagiosa da população, passando por condutas coletivas de fuga (como, por exemplo, o aumento do consumo de drogas ilícitas ou não); (g) a violência que resulta da *pulsão* desencadeada pelo consumo, o condicionamento do espectador diante do apelo do espetáculo, como estratégia de manipulação do desejo; (h) a violência que conduz à reabsorção das angústias através da proliferação das terapias, dos tranqüilizantes, ou seja, a sociedade de abundância, produtora de satisfação sem finalidade, esgota os recursos a produzir o antídoto para a angústia derivada da satisfação. Consulte-se: Baudrillard, Jean. *A sociedade de consumo.* Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007. p. 184-191.

em um processo de eterno retorno[45].

O eterno retorno no qual a razão aprisiona os mortais, a exemplo do castigo imposto por Hades a Sísifo[46]. Afinal, quando Zeus venceu seu pai, Cronos, que havia colocado ordem no Caos original do universo[47], a razão se tornou a nova ferramenta de controle dos mortais. E, nesse instante, quando Zeus se tornou o deus dos deuses, o senhor do Olimpo, inaugurou-se uma nova forma de tirania, a tirania da razão. A razão, essa sofisticada forma de violência, a mais perfeita das formas de poder, aquela que controla sem ser percebida. Eis o que é a infração de menor potencial ofensivo, mais um dos artefatos da razão moderna.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Retórica constitucional* – Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.

- *Ética e retórica* - Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

- As retóricas na história das idéias jurídicas no Brasil – originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico. *Revista da Esmape*, Recife, v. 14, nº 29, p. 243-278, jan./jun. 2009.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução: Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007.

---

45 "*Causa e efeito.* Costumamos empregar a palavra 'explicação', quando a palavra correta seria 'descrição', para designar aquilo que nos distingue dos estágios anteriores de conhecimento e de ciência. Sabemos descrever melhor do que nossos predecessores; explicamos tão pouco como eles. Descobrimos sucessões múltiplas onde o homem e o sábio ingênuos das civilizações precedentes viam apenas duas coisas, 'causa' e 'efeito', como se dizia; aperfeiçoamos a imagem do devir, mas não fomos além dessa imagem. Em cada caso, a série de 'causas' se apresenta mais completa; deduzimos que é preciso que esta ou aquela coisa tenha sido precedida para que se lhe suceda outra; mas isso não nos leva a compreender nada. (...) Só operamos com coisas que não existem: linhas, superfícies, corpos, atómos, tempos divisíveis; como havia de existir sequer possibilidade de explicar quando começamos por fazer de qualquer coisa uma imagem, a nossa imagem! (...) Causa e efeito: trata-se de uma dualidade que certamente nunca existirá; assistimos, na verdade, a uma *continuidade* de que isolamos algumas partes; do mesmo modo que nunca percebemos mais do que pontos isolados em um movimento, isto é, não o vemos, mas o inferimos". Cf. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A gaia ciência.* Tradução: Heloisa Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005, p. 105.

46 COMMELIN, Op. cit., p. 200.

47 COMMELIN, Op. cit., p. 11.

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Desconstruindo a ordem pública e reconstruindo a prisão preventiva, in *Revista jurídica,* ano 58, nº 394. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p.119-122.
BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. Tradução: João Maurício Adeodato. *Revista brasileira de filosofia,* nº 163, fasc. 39. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1991, p. 175-184.
BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo.* Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007.
BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos Jogos.* 2ª edição. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010.
CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Tradução e introdução: Antônio Menezes Cordeiro. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
COMMELIN, P. *Mitologia grega e romana.* Tradução: Eduardo Brandão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa "efetivação" constitucional)". *In*: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347-438.
- Glosas ao "Verdade, Dúvida e Certeza" de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. *In: Anuário ibero-americano de direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das janelas quebradas : e se a pedra vem de dentro? *in Revista de estudos criminais.* v. 3, fasc. 11. Porto Alegre: Notadez/ITEC, 2003, p. 23-29.
DESCARTES, René. *Discurso do método.* Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
FELTRAN, Gabriel de Santis. O legítimo em disputa: as fronteiras do mundo do crime nas periferias de São Paulo. Dilemas: *Revista de estudos de conflito e controle social*, v. 1, p. 93-126, 2008.
FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.
HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto

Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento.* Tradução: Maria da Conceição Côrte- Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos.* Tradução: Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.
MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* Rio de Janeiro: Forense, 1991.
MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Tradução: Peter Naumann. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo: Max Limonad, 2003.
NEVES, Antônio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A gaia ciência.* Tradução: Heloisa Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.
- *Sobre a verdade e a mentira.* Tradução: Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007.
OLIVEIRA, Ana Carla Farias de; NASCIMENTO, Guadalupe Feitosa Alexandrino Ferreira do Nascimento. *Dogmática jurídica na produção acadêmica nacional*: estado da arte. No prelo, *passim*.
OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal.* 13 ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
PLATÃO. *A república.* Tradução: Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.
POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais.* Trad. Estevão de Rezende Martins, apoio Cláudio Muniz, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.
PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas.* Tradução e prefácio de M. S. Lourenço. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.