



Série Aperfeiçoamento de Magistrados 2



Controle de Constitucionalidade: Fundamentos Teóricos e Jurisprudenciais segundo Magistrados do Rio de Janeiro





Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Série Aperfeiçoamento de Magistrados 2

Controle de Constitucionalidade: Fundamentos Teóricos e Jurisprudenciais segundo Magistrados do Rio de Janeiro

**CURSO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
RIO DE JANEIRO, 20, 23, 27 E 30 DE MAIO E 3 DE JUNHO DE 2011**

Rio de Janeiro
EMERJ
2011

© 2011 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Trabalhos de magistrados participantes do Curso de Controle de Constitucionalidade, realizado em 20, 23, 27 e 30 de maio e 3 de junho de 2011, como parte do Programa de Atualização de Magistrados e Inserção Social da EMERJ, em cumprimento a exigência da ENFAM.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Geórgia Kit-sos (editoração eletrônica e capa); **Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silvaes. **Revisão Metodológica:** Professora Dra. Maria Tere-sinha Pereira e Silva

CURSO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE,
2011, Rio de Janeiro.

Controle de constitucionalidade: fundamentos teóricos e juris-prudenciais segundo magistrados do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro:
EMERJ, 2011.

244 p. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 2)

ISBN 978-85-99559-04-8

1. Controle da constitucionalidade. I. EMERJ. II. Série. III. Título.

CDD 341.2

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta obra, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
Av. Erasmo Braga, nº 115/4º andar - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20020-903
Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365
www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da **EMERJ**

◆ DIRETORA-GERAL

Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

◆ CONSELHO CONSULTIVO

Des^a. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Des. Milton Fernandes de Souza

Des. Jessé Torres Pereira Júnior

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Des. Ricardo Couto de Castro

Des. Elton Martinez Carvalho Leme

◆ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Des. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

◆ COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des^a. Elisabete Filizzola Assunção

Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes

Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas

Des. Claudio Brandão de Oliveira

Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto

Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

◆ COORDENADOR DE ESTÁGIO DA EMERJ

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos

◆ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

◆ ASSESSORA DA DIRETORA-GERAL

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha

Sumário

Apresentação	9
Controle de Constitucionalidade das Leis ou Atos Normativos Municipais no Direito Brasileiro	
<i>Adriana Valentim Andrade do Nascimento</i>	10
Controle de Constitucionalidade	
<i>Alessandra da Rocha Lima Roidis</i>	18
Controle de Constitucionalidade	
<i>Alessandra Ferreira Mattos Aleixo</i>	24
Usucapião Especial Urbano e Lei Municipal	
<i>Andréia Magalhães Araújo</i>	29
O Judiciário como guardião da Constituição da República, interpretada em sua máxima efetividade: O Controle de Constitucionalidade	
<i>Antonio Augusto Gonçalves Balieiro Diniz</i>	36
Inconstitucionalidade do Artigo 1º., da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Na parte em que modificou o Artigo 313, Inciso I, do Código de Processo Penal - Possibilidade de Controle Judicial pela Via Incidental.	
<i>Aylton Cardoso Vasconcelos</i>	42
Controle de Constitucionalidade - Princípios Norteadores	
<i>Camila Novaes Lopes</i>	53

Reserva de Plenário - Inconstitucionalidade dos Artigos 1.572 e 1.573 do CC/2002 <i>Carlos Sérgio dos Santos Saraiva</i>	59
Controle Difuso de Constitucionalidade e o Juiz <i>Celso Silva Filho</i>	67
Anencefalia - ADPF 54 - Decisão Liminar e sua Repercussão nos Casos Concretos <i>Daniel da Silva Fonseca</i>	75
Controle Incidental de Constitucionalidade <i>Danielle Rapoport</i>	80
Cadastros de Passagem e Constituição <i>Fábio Costa Soares</i>	85
Controle da Constitucionalidade <i>Fabio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro</i>	96
Controle de Constitucionalidade <i>Flávia Fernandes de Melo</i>	104
A Supremacia da Constituição - Controle Abstrato da Constitucionalidade das Leis e dos Atos - Simplificação do Sistema Misto Brasileiro como Decorrente da Evolução dos Meios de Controle <i>Flávio Marcelo de Azevedo Horta Fernandes</i>	111
Controle de Constitucionalidade e os Desafios da Prática Jurisdicional <i>Guilherme Pedrosa Lopes</i>	121

Princípio Constitucional da Dignidade Humana, da História do Controle de Constitucionalidade e do Controle Incidental <i>Jaime Dias Pinheiro Filho</i>	128
Norma Constitucional: Texto, Norma e Valor. Constitucionalismo Clássico e Neoconstitucionalismo <i>Karenina David Campos de Souza e Silva</i>	134
Controle Difuso de Constitucionalidade <i>Larissa Pinheiro Schueller</i>	140
Controle de Constitucionalidade: Casos Concretos - Questões Incidentais em Via de Defesa <i>Leila Santos Lopes</i>	145
Inconstitucionalidade como Questão Prejudicial no Controle Difuso Incidental da Constitucionalidade em Mandado de Segurança e Esfera Criminal <i>Ludmilla Vanessa Lins da Silva</i>	157
O Fenômeno e as Formas de Controle de Constitucionalidade das Leis <i>Marcelo Menaged</i>	168
Norma Constitucional. Texto, Norma e Valor. Constitucionalismo Clássico e Neoconstitucionalismo <i>Peterson Barroso Simão</i>	184
Interpretação e Hermenêutica Constitucional <i>Priscila Abreu David</i>	190

A Abstratificação do Controle Difuso e a Relativização da Coisa Julgada pela Inconstitucionalidade Reconhecida Posteriormente <i>Suzana Vogas Tavares Cypriano</i>	194
O Controle de Constitucionalidade Concentrado e a Decisão sobre a União Homoafetiva <i>Sylvia Therezinha Hausen de Arêa Leão</i>	202
Interpretação Evolutiva. A Mutação Constitucional. Súmulas Impeditivas de Recursos (Art. 52, X). <i>Vania Mara Nascimento Gonçalves</i>	209
Anexo 1: Programa do evento	233
Anexo 2: Parecer da Enfam	236

Apresentação

A Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, em sintonia com o que dispõe a Resolução nº 01 de 6 de junho de 2011 da ENFAM, estabeleceu seu Programa Estadual de Capacitação de Magistrados, para cujo desenvolvimento promove cursos regulares sobre complexos temas contemporâneos, que constituem desafios ao cotidiano da magistratura e demanda reflexão e conhecimento profundo.

É nesse contexto que se insere o Seminário sobre Controle de Constitucionalidade, realizado em junho do corrente ano, em que eminentes pensadores do Direito Constitucional realizaram palestras e lideraram debates sobre questões teóricas e práticas alusivas ao tema.

Essa atividade acadêmica não seria possível sem a competência e o desvelo com que o Des. Nagib Slaibi Filho se dedicou à elaboração da rede programática, à escolha dos palestrantes e à coordenação do evento, pelo que muito agradeço-lhe.

Como resultado e para os fins previstos nos incisos II e VIII A do art. 93 da CR, os participantes do referido seminário elaboraram trabalhos sobre os temas tratados, os quais estão reunidos na presente publicação.

Ao socializar a produção de nossos magistrados, pretende-se não apenas veicular as conclusões a que chegaram, mas também estimular o debate sobre assuntos de interesse da comunidade jurídica e da população em geral, interessadas na efetividade da Carta Magna de nosso país.

Desembargadora Leila Mariano
Diretora-Geral da EMERJ

Controle de Constitucionalidade das Leis ou Atos Normativos Municipais no Direito Brasileiro

Adriana Valentim Andrade do Nascimento

Juíza de Direito da 1ª Vara de Cachoeiras de Macacu

O tema em tela é de extrema importância para o exercício da magistratura, especialmente para aqueles magistrados do interior que se deparam com diversas questões constitucionais, que incidem na aplicação de leis municipais.

No contexto de um Estado Federal, como é o Brasil, os municípios são pessoas jurídicas de direito público interno com autonomia; ou seja, dentro da competência estabelecida pela Constituição Federal, têm capacidade de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração. De igual forma, os municípios possuem suas constituições, que são as suas Leis Orgânicas, elaboradas pelas câmaras municipais, observados os limites previstos pela Constituição Federal, com destaque aos preceitos contidos no art. 29 da Magna Carta e ainda do que estabelece a respectiva Constituição Estadual.

Quanto à competência dos municípios para legislar, a Constituição de 1988 adotou, como critério determinante, o interesse local, expressão que deve ser entendida com todo cuidado ligado de forma direta e imediata à sociedade municipal e cujo atendimento não pode ficar na dependência de autoridades distantes do grupo, que não vivenciam os problemas locais.

Nesse passo, doutrina e jurisprudência se posicionaram no sentido de que compete ao município, por exemplo, regular o horário de comércio

local, como dispõe o verbete nº 419 do STF, assim como regular o tráfego nas vias municipais no se que relaciona com o estacionamento, locais de parada, sinalização e outros assuntos de interesse local.

Do já citado art. 29 da Constituição Federal, exsurge evidente a relação de hierarquia entre a Constituição Federal e a Constituição do Estado-Membro e a lei municipal, salvo em relação àquelas matérias de competência exclusiva do município, conferidas pela Constituição Federal, como as questões de interesse local.

Visando a preservar essa hierarquia, impõe-se o controle da constitucionalidade das leis ou atos normativos municipais. Quando a lei municipal afronta a Constituição Federal, o controle de constitucionalidade atua pelo método difuso, através de recurso extraordinário, atendendo ao disposto no art. 102, III da CF, que assim dispõe:

“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.
d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

Pelo mesmo método difuso, próprio da via de defesa ou de exceção, ocorre o controle da constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, em confronto com a Constituição do Estado-Membro, quando as decisões dos órgãos judiciais inferiores são apreciadas apenas pelo Tribunal de Justiça dos Estados. Nessa esteira, a Súmula 280 do STF dispõe que não cabe Recurso Extraordinário, por ofensa ao direito local.

Com relação ao método concentrado, próprio da ação direta, a Constituição Federal determina, em seu art. 125, §2º que “cabe aos Esta-

dos 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”.

Esse mecanismo de defesa da Constituição do Estado-Membro representa o exercício da autonomia estadual conferida pela Constituição Federal e nos limites por ela impostos.

No entanto, a Constituição de 1988 silenciou quanto à declaração de inconstitucionalidade por via de ação direta, quando se verifica conflito entre lei ou ato normativo municipal e a Constituição Federal, admitindo o controle de constitucionalidade de lei municipal frente à Constituição Federal somente por via de exceção ou defesa.

Na hipótese de conflito normativo entre lei municipal e preceito da Constituição Estadual que esteja a repetir o disposto na Constituição Federal, cabe distinguir as normas de reprodução obrigatória, que decorrem do caráter compulsório da norma constitucional superior, das normas de imitação, que consistem na adesão voluntária do constituinte estadual a determinada disposição constitucional superior.

A questão que surge é saber se essas normas de reprodução obrigatória nas Constituições Estaduais dão margem a controle concentrado, em face de dois parâmetros diversos (o da Constituição Federal e o da Constituição Estadual) ou se só permitem esse controle com referência ao parâmetro da Constituição Federal.

Tomando-se como referência o entendimento segundo o qual o controle concentrado no âmbito estadual somente ocorreria em caso de conflito com normas da Constituição Estadual, sem qualquer ligação com a Constituição Federal, estaria esvaziado o preceito do art. 125, §2º da CF, diante da grande limitação de casos de cabimento da representação por inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça.

Veja-se que, quando a Lei Fundamental do Estado Brasileiro previu, no art. 35, IV, e § 2º do art. 125, a representação de inconstitucionalidade interventiva e a ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, não fez referência a qualquer distinção entre as normas nela contidas, no que diz respeito à obrigatoriedade ou não de sua reprodução.

O constituinte federal também silenciou quanto à possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade por omissão no âmbito estadual, ao dispor em seu art. 103, §2º: “§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Porém, o Estado pode conferir competência ao seu Tribunal de Justiça, para julgar e processar ação de inconstitucionalidade por omissão, nos mesmos termos previstos na Constituição Federal, observado o princípio da simetria.

É importante destacar como mecanismo de controle abstrato da constitucionalidade de leis municipais, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, §1º da CF e regulamentada pela Lei nº 9882/99.

Ao analisar vários casos concretos, o juiz de 1º grau exerce o controle difuso de constitucionalidade, afastando a aplicação da norma considerada constitucional de forma incidental, prejudicialmente ao exame do mérito. Essa decisão tem eficácia *inter partes* e *ex tunc*.

No exercício jurisdicional na 1ª Vara Cível da Comarca de Itaboraí, da qual sou titular desde o final de 2006, tive a oportunidade de exercer o controle difuso da constitucionalidade de leis municipais em alguns casos.

Um dos mais recentes dizia respeito à contribuição de assistência à saúde instituída pelo Município através da Lei nº 1590/99, que foi por mim declarada inconstitucional *incidenter tantum*, nos autos do processo nº005846-12.2009.8.19.0023.

Passo a transcrever trecho da sentença:

“É O RELATÓRIO

PASSO A DECIDIR

A questão a ser decidida é meramente de direito, não necessitando de outras provas, além das já existentes nos autos. Com relação à preliminar, essa já foi analisada e afastada na decisão de fl. 84, que restou irrecorrida.

No mérito, a instituição de contribuição de assistência à saúde pelo

município não encontra guarida constitucional, pois o art. 149, parágrafo 1º da CF prevê a competência do município para a instituição de contribuição para o custeio do regime previdenciário, inexistindo competência, entretanto, para impor contribuição para o custeio do serviço de saúde destinado ao servidor, cuja adesão a eventual fundo de saúde instituído por ente público municipal deverá ser sempre facultativo.

Nesse sentido, a jurisprudência do nosso E. TJ/RJ:

“AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RITO ORDINÁRIO. DESCONTO COMPULSÓRIO PARA O FUNDO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE BARRA MANSAFUNDAMP. PEDIDO DE CANCELAMENTO E CONDENAÇÃO EM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL A DETERMINAR O CANCELAMENTO DO DESCONTO E INDEFERIR O PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. O OBJETO DO RECURSO JÁ FOI JULGADO EM ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NESSA CORTE. O ARTIGO 149, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AUTORIZA APENAS AOS ESTADOS E MUNICÍPIOS A INSTITUIÇÃO DE COBRANÇA PARA FINS DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL. A CONTRIBUIÇÃO INSTITUÍDA PELA LEI 2737/94, OBJETO DO PRESENTE RECURSO, NÃO SE ENQUADRA NESSA EXCEÇÃO, POSTO QUE VISA O CUSTEIO DO PRÓPRIO SERVIÇO DE SAÚDE. ADEMAIS, O ARTIGO 5º, XVII E XX, DA CRFB VEDA A OBRIGATORIEDADE DE ASSOCIAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO 0005080-41.2008.8.19.0007 (2009.001.19995) - APELACAO DES. GABRIEL ZEFIRO - Julgamento: 25/08/2009 - OITAVA CAMARA CIVEL”

Assim, pode-se concluir que o art. 2º da Lei Municipal nº

1590/99 é inconstitucional, violando o *caput* e parágrafo 1º do art. 149 e inciso XX do art. 5º da Constituição Federal. Quanto à devolução dos valores cobrados indevidamente, acolho tal pedido, observando-se quanto às contribuições descontadas anteriormente ao ajuizamento da ação, a prescrição quinquenal, mas desde que o servidor não tenha utilizado o serviço de saúde, sob pena de enriquecimento sem causa, já que o serviço estava à sua disposição.

Do exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Municipal nº 1590/99 e confirmando-se a tutela antecipada, para que o Réu se abstenha de efetuar qualquer desconto nos vencimentos a título de contribuição à assistência de saúde. Condeno, ainda, o Réu a devolver ao Autor as parcelas indevidamente descontadas a esse título, observada a prescrição quinquenal e comprovada a não utilização do serviço nesse período, que deverão ser corrigidas monetariamente desde a data de cada desconto e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação.

Condeno, ainda, o réu no pagamento de honorários advocatícios no patamar de R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

Deixo, entretanto, de condenar o sucumbente nas custas judiciais, ante a isenção legal.”

Por outro lado, em alguns casos concretos, ao proferir sentença, reconheci a constitucionalidade da norma municipal, como na hipótese da Lei Municipal nº 1783/2002, que prevê a cobrança da Contribuição de Iluminação Pública. Transcrevo, a seguir, trecho da sentença:

“É O RELATÓRIO
PASSO A DECIDIR

A questão a ser decidida é meramente de direito, não neces-

sitando de outras provas além das já existentes nos autos. No mérito, não merece procedência a pretensão autoral, pois a Lei Municipal nº 1783/2002, em consonância com os ditames previstos nas Constituições Estadual e Federal, prevê a cobrança da Contribuição de Iluminação Pública, tendo como fato gerador a utilização efetiva ou potencial dos serviços de iluminação de vias e logradouros públicos situados no Município de Itaboraí.

Já foi reconhecida a constitucionalidade da referida contribuição, de modo incidental, pelo Órgão Especial do nosso E. TJ, como bem lembrou o membro do MP em seu parecer final (Argüição de Inconstitucionalidade nº 6/2006), visto que a lei municipal que instituiu o tributo foi editada em estrita consonância com as exigências contidas no art. 149-A e de seu parágrafo único da Constituição Federal. Assim, a cobrança do tributo é constitucional e este é devido independentemente da existência do serviço de iluminação pública na localidade da residência do Autor.

Nesse passo, fica afastado o dever de indenizar do Município, não tendo o Autor especificado o período exato em que ficou sem iluminação pública, nem algum prejuízo direto com a ausência de luz na rua em que reside.

Do exposto, JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS. Condeno o Autor nas custas e honorários que fixo em R\$ 1.000,00, na forma do art. 20, §4º do CPC, ficando suspensa a cobrança por força do art. 12 da Lei 1060/50, em razão da gratuidade que lhe foi deferida.”

Pode-se verificar que, se por um lado, o sistema de controle da constitucionalidade no Brasil é predominantemente concentrado, a via difusa se reveste de suma importância, no que diz respeito às normas municipais, pois, ao julgar a lide, o juiz pode deixar de aplicar a um caso concreto as normas que vulnerem os princípios e normas constitu-

cionais, provocando, em caso de reiteradas decisões no mesmo sentido, a arguição da inconstitucionalidade em tese da lei municipal em face da Constituição Estadual, ou, no caso de recurso da sentença, levando a questão à Corte Suprema, verdadeira guardiã da Constituição, por meio da via extraordinária. ◆

Controle de Constitucionalidade

Alessandra da Rocha Lima Roidis

Juíza de Direito da Vara Criminal de Queimados

Um dos temas mais polêmicos em tramitação no Supremo Tribunal Federal refere-se à divergência em relação à possibilidade do aborto de fetos anencéfalos.

Apesar da existência do PLS 227/04, proposto pelo senador Mozarildo Cavalcanti (PTB/RR), que altera a redação do artigo 128 do Código Penal para incluir no rol das excludentes de ilicitude os casos em que o feto tem anencefalia, a mais alta Corte do país precisa julgar a ADPF 54/ DF, arguida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde.

Nessa ação, a parte autora pretende que a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos deixe de ser considerada como crime e justifica o pedido com fundamentos nos valores consagrados na Lei Fundamental, como os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade, autonomia da manifestação da vontade e da legalidade.

Enquanto o Supremo Tribunal Federal não se posiciona quanto ao tema, cabe destacar que a discussão sobre a possibilidade do aborto anencéfalo deriva do tabu relativo ao aborto consentido pela gestante, conduta ainda considerada criminosa em nosso ordenamento jurídico.

A expressão “ainda” se justifica, em razão de a criminalização do aborto consentido – conduta permitida em diversos países como, por exemplo, EUA, Inglaterra, Itália, Austrália e Japão – não encontrar fundamento quando analisada à luz de nossa Constituição da República. Inicialmente, convém lembrar que a proibição dessa conduta não impede a sua prática, pois grande parte das mulheres que se veem diante de uma gravidez indesejada pensa no abortamento. Ocorre que, desse grupo de mulheres, apenas as mais abastadas podem recorrer às clínicas clandestinas de bom nível para

realizar o procedimento proibido. As demais, sem condições financeiras e sem acesso às clínicas que oferecem um mínimo de segurança, ou desistem da ideia inicial ou resolvem praticar a conduta incriminada de forma amadora, muitas vezes sem segurança e sem condições mínimas de higiene, o que, a toda evidência, coloca em risco a saúde da gestante e, muitas vezes, diante do fracasso do método utilizado, não elimina o feto, mas provoca deformidades no mesmo.

Consequentemente, percebe-se com facilidade que o proibicionismo consiste em retumbante fracasso, pois, além de não evitar a prática que se pretende coibir, acarreta sérios danos à saúde das mulheres e de alguns resistentes embriões que, mesmo agredidos pela tentativa de aborto, nascem e vivem com as lesões decorrentes dos métodos rudimentares utilizados pelas mães.

A diferença de assistência decorrente da situação financeira das gestantes, além da odiosa desigualdade, causa considerável número de mortes e complicações médicas que não interessam ao Estado, seja do ponto de vista financeiro, seja do ponto de vista jurídico.

A partir dessa óbvia constatação de que diversas mortes decorrem da prática do aborto clandestino, conclui-se que a bandeira daqueles que “defendem a vida” não se sustenta na própria superficialidade.

Outra acalorada face da discussão que envolve o tema consiste na utilização de argumentos religiosos para defender a permanência da criminalização do aborto consentido. Ora, se o Estado é laico, nunca uma crença religiosa pode fundamentar a eleição de uma conduta como crime.

Os detratores do aborto parecem não perceber que aqueles que defendem a descriminalização da conduta não pregam a obrigatoriedade do aborto. Ora, quem é contra, que assim permaneça, mas que reflita e veja que sua vontade não pode sobrepor-se àquela das mulheres que precisam adotar esse comportamento que, aliás, nenhum prazer traz a quem dele necessita.

Ultrapassado esse ponto, verifica-se que a divergência mais complexa sobre o tema consiste na questão “direitos do nascituro versus direitos da gestante”. Sobre esse ponto, apesar das variadas posições doutrinárias, apesar da proteção legal conferida aos direitos do nascituro, esse ainda não

possui a condição de pessoa.

Assim, o conflito entre o direito à vida do embrião e o direito à liberdade e à autonomia de vontade da mulher gera intensa discussão em diversos setores da sociedade.

Em que pese o empolgante debate entre os que privilegiam a vida do nascituro contra os que privilegiam a liberdade individual, tem-se a questão da anencefalia, patologia consistente na inexistência de estruturas cerebrais que provoca a ausência de diversas funções do sistema nervoso central e que equivale à morte neocortical.

De acordo com os ensinamentos médicos, os bebês com essa patologia que conseguem resistir aos primeiros dias fora do ventre materno não têm a menor condição de avançar além de alguns meses de existência independente.

Ademais, o Código Civil e o Código de Processo Penal não definem o momento da morte. Os antigos sustentavam que a morte ocorria com a parada cardíaca (gregos) ou com o último suspiro, sendo o pulmão o indicador da morte (tradição judaico-cristã) ou quando cessam o coração, pulmão e cérebro (franceses no século XVII).

Com o advento da Lei nº 9.434/97 (Lei de Transplante de Órgãos), ficou certo que, juridicamente, o ser humano deixa de existir com a morte encefálica constatada por dois médicos (artigo 3º). Morrendo o encéfalo, cessam todas as atividades do cérebro e do sistema nervoso central, atingindo a estrutura encefálica. Esse é o momento da morte jurídica, a partir do qual se afigura possível a realização do transplante.

Desta forma, parece evidente que, nos casos de anencefalia, o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal não existe na medida em que não existe a vida extrauterina em sua forma plena. Logo, numa análise legalista, com base em nosso ordenamento jurídico penal, a interrupção de gravidez em caso de feto anencéfalo consiste em conduta atípica, com fundamento no princípio da lesividade.

Apesar de o legislador pátrio não ter contemplado a possibilidade do feto anencéfalo – talvez porque na época da promulgação do Código Penal não existissem meios para a descoberta da patologia logo no início da

gestação -, duas hipóteses foram agraciadas com o selo de excludentes da ilicitude: risco de vida para a gestante e gravidez decorrente de estupro.

Salta aos olhos a incoerência: o legislador penal quis proteger a vida da gestante e, ainda, privilegiou a vontade da mãe de não aceitar a evolução de gravidez indesejada.

Diante dessa óbvia constatação, por qual motivo ainda existe discussão sobre o aborto do feto anencéfalo? Observa-se que a resistência de determinados órgãos jurisdicionais viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que confere tratamento diferente a situações similares, no que se refere ao nascimento indesejado de uma criança.

Apesar da posição acima explicitada, a polêmica continua e o Supremo é chamado a decidir sobre a possibilidade do aborto nas hipóteses de anencefalia.

A solução seria a interpretação conforme a Constituição dos tipos penais relativos ao aborto, a fim de explicitar que os mesmos não se aplicam aos casos de aborto de feto anencéfalo e, assim, unificar o entendimento sobre a matéria que, por enquanto, acarreta julgamentos divergentes em todo o território nacional.

Enquanto tal julgamento não ocorre, a sociedade aguarda a decisão que, longe de pôr fim ao tabu, pelo menos poderá, com base em vários dispositivos constitucionais e legais, evitar o sofrimento desnecessário de mães que sabem que a gestação não trará à luz um filho com condições de viver.

Sobre a matéria, é pertinente, em razão dos sólidos argumentos, a transcrição de parte da decisão proferida pelo eminente Ministro Marco Aurelio que, em 01 de julho de 2004, concedeu liminar na mencionada ADPF 54/DF:

“Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final - proclamação desta Corte -, espaço de tempo bem superior a nove

meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional. Atendendo a petição inicial os requisitos que lhe são inerentes - artigo 3º da Lei nº 9.882/99 -, é de se dar seqüência ao processo. Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entrementes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos

casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desconfortos em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie. 3. Ao Plenário para o crivo pertinente. 4. Publique-se”. ◆

Controle de Constitucionalidade

Alessandra Ferreira Mattos Aleixo

Juíza de Direito da 5ª Vara Cível de Jacarepaguá

O Curso de Controle de Constitucionalidade foi ministrado em cinco encontros às segundas e sextas-feiras, com palestras pela manhã, ministradas exclusivamente para magistrados.

No primeiro encontro, debateu-se a norma constitucional, a conceituação de texto, valor e norma, bem como o constitucionalismo clássico e neoconstitucionalismo.

O Desembargador Nagib iniciou a explanação com o questionamento sobre os atuais posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, com a proibição do nepotismo por meio de súmula e a criação de verdadeiro estatuto da relação homoafetiva, sem a previsão constitucional ou apreciação do Congresso sobre o tema.

Explanou sobre os princípios constitucionais da supremacia, da unidade, do controle de constitucionalidade, da razoabilidade, sobre a perda da importância do princípio da rigidez para a reforma da Constituição; sobre a distinção entre poder constituinte e constituído, a gradação no ordenamento jurídico, a garantia do Estado de Direito, sobre os princípios fundamentais ou estruturantes, os princípios gerais e os princípios especiais.

Discutiu-se sobre a ordem de importância entre o princípio e a regra, sobre a possibilidade de a norma constitucional ser inconstitucional, esclarecendo que só pode ser inconstitucional a norma do poder constituinte derivado, entendendo os adeptos do Direito Natural que pode haver inconstitucionalidade originária, em face de normas de direito natural.

Na segunda palestra do dia 20 de maio, ministrada pelo Dr. Christiano Taveira, o tema foi Hermenêutica Constitucional, com ênfase em interpretação conforme e declaração de inconstitucionalidade com e sem redução de texto.

Na oportunidade, debateu-se o atual ativismo judicial com controle jurídico de políticas públicas, com política de cotas, o seu alcance no dia a dia, bem como as ações que têm por objeto o fornecimento de medicamentos, o que motivou a instalação de junta médica no TJRJ, para análise técnica dos pedidos.

Conforme o palestrante, o Juiz, ao interpretar a norma constitucional, deve dar-lhe a máxima efetividade.

No caso dos medicamentos, no início houve concessão das liminares e tutelas sem muitos questionamentos por tratar-se de direito à saúde, mas posteriormente viu-se que algumas pessoas, na verdade, interessavam-se mais pela execução da multa diária em função do descumprimento da decisão judicial, sendo viabilizada pelo Poder Público a concessão, respeitados alguns parâmetros, como preferência por medicamento genérico, nacional e primazia da tutela coletiva.

Ao decidir sobre questão de natureza tão complexa, o Juiz deve ponderar entre o direito à saúde, constitucionalmente garantido, e o princípio da dotação orçamentária, verificar se o remédio realmente é indispensável na tutela do direito à vida. Ao adotar tal estratégia, o Juiz está agindo segundo as três etapas de ponderação previstas por Ana Paula de Barcelos. Além disso, o Juiz deve avaliar o risco do efeito multiplicador em suas decisões.

No segundo dia de palestras, a primeira tratou da história do controle de constitucionalidade, sendo encaminhado texto por e-mail para leitura anterior com explanação da evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, que atualmente prevê no texto constitucional um controle misto, o difuso e o concentrado, sendo este modelo raro mundialmente, pois normalmente adota-se um ou outro, sendo difícil a compatibilização entre os dois.

A segunda exposição do dia tratou do controle incidental de constitucionalidade, quando se salientou que atualmente há um esvaziamento do controle difuso, bem como uma mutação do artigo 52, X da Constituição, com a valorização dos precedentes do Supremo, tendência a efeito vinculante das decisões tomadas por aquela Corte, edição de súmulas impeditivas de recursos.

No encontro do dia 27 de maio, tratou-se do Controle Concentrado na primeira palestra e dos instrumentos jurídicos de controle de constitucionalidade, fazendo-se menção a ADI, AADC, ADPF e Arguição de Inconstitucionalidade na segunda palestra.

Nesse dia, foi apresentada uma resenha do Supremo em números, com dados quantitativos quanto às ações de controle de constitucionalidade julgados pelo Supremo, bem como trechos de algumas ações de controle, demonstrando na prática o aumento do papel do Supremo na decisão de questões importantes.

No dia 30 de maio, debateu-se a transição entre controle incidental para o controle concentrado, sendo apresentado pelo Desembargador Nagib o texto encaminhado anteriormente aos Magistrados a arguição de inconstitucionalidade e a Súmula vinculante nº 10 como instrumentos da Hermenêutica constitucional, ocasião em que novamente foi enfatizado o esvaziamento do artigo 52, X da Constituição.

Na segunda palestra discutiram-se competências no regime federativo, conflito de normas, normas reproduzidas e a participação dos órgãos legislativos no controle de constitucionalidade, enfatizando-se o conceito de assunto de interesse local no caso dos municípios.

No último encontro, falou-se sobre o controle de constitucionalidade da constituição do Estado e na Lei Orgânica do Município, discutindo-se igualmente a experiência do controle exercido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça.

Num esforço de avaliação final, o Curso tratou de temas atuais e relevantes, pois trouxe a lume questionamentos que envolvem princípios constitucionais e a necessidade de interpretação no caso concreto e prevalência de um dos princípios em conflito, como no caso das testemunhas de Jeová e a negativa em realizar transfusão de sangue.

A Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro inicialmente entendia que deveria prevalecer o direito à vida, mas o entendimento atual é no sentido de prevalência da liberdade religiosa, disponibilidade por parte deles do direito a vida, uma vez que, conforme sua crença, caso recebam sangue de outra pessoa, ficarão impuros.

Outro tema que chamou atenção foi o ativismo do Supremo Tribunal Federal, os limites do ativismo. O Supremo atualmente tem sido chamado a decidir questões importantes e polêmicas na sociedade moderna, como a Lei de Biossegurança, em que há questionamentos científicos sobre o início da vida, posicionando-se o Supremo filiando-se a corrente da nidação, mas, em tese, não possuía competência técnica e científica para decidir quando inicia a vida, tanto que contou com a discussão de especialistas sobre o tema para auxiliar a decisão final.

O Juiz, no caso concreto ou o Supremo no controle concentrado devem dar interpretação conforme a Constituição, sem extrapolar os limites da própria norma.

Outro desafio interessante é dos anencéfalos, pois há previsão de crime pelo Código Penal, mas não se pode olvidar a questão humanitária e psicológica da mãe, que carregará um feto por nove meses, mas tem reduzidas chances de sobreviver após o nascimento.

Luiz Roberto Barroso defende uma interpretação a luz da Constituição, do princípio da dignidade da pessoa humana ao Código Penal, considerando-se o ato da mãe de retirar o seu filho não como aborto, mas como antecipação do parto.

No caso dos homoafetivos, muito se discutiu sobre o caso em que o Estado do Rio de Janeiro na ADPF 132, requereu a aplicação isonômica aos homoafetivos da legislação previdenciária, não sendo defendida a mutação do conceito de família ou o casamento homossexual.

Será que atualmente os homossexuais que pleitearam anteriormente o reconhecimento de direitos e a aplicação da isonomia, negado seu direito pelo próprio Judiciário, poderiam demandar novamente esses direitos ou estariam impedidos pela coisa julgada?

Na última semana, outra decisão do Supremo Tribunal Federal tomou o noticiário nacional tratando de princípios constitucionais, conflitos e prevalência de um deles. Foi o caso das marchas favoráveis à maconha.

Em vários Estados, Juízes e Tribunais já haviam proibido a realização do evento, por entenderem que os mesmos constituem verdadeiras apologias ao uso de entorpecentes.

O Supremo, na contramão das decisões de instâncias inferiores, entendeu que não há apologia ao crime, mas utilização em sua plenitude do direito de reunião e de livre expressão, não havendo que se perquirir o conteúdo dessas manifestações, sendo livre e até saudável a discussão produzida, em que temas tão conflituosos e polêmicos são debatidos em sociedade.

Entenderam os Ministros, com a ressalva de impossibilidade de utilização da droga em si nas manifestações, que, ao se permitir as manifestações, haveria prevalência da democracia que deve imperar no Estado Democrático de Direito, devendo neste caso prevalecer a vontade das minorias.

Pelo exposto, vê-se que atualmente a função do Supremo no exercício do controle de constitucionalidade e interpretação da Constituição tem sido árdua, muito mais ativa e de repercussão nacional, em função dos temas tratados, que atingem a toda população com diferentes crenças, ideologias, sendo inegável que, com suas decisões, o Supremo muitas vezes tem propiciado modernização ao país. ◆

Usucapião Especial Urbano e Lei Municipal

Andréia Magalhães Araújo

Juíza de Direito da 2ª Vara de Família de Madureira

Há alguns dias, passaram por minhas mãos autos de ação de usucapião em que o Município do Rio de Janeiro declarava que o imóvel objeto da ação não era de propriedade da municipalidade, assim como não se encontrava em áreas de sesmarias municipais, não havendo a incidência de enfiteuse pública em seu favor. Não obstante, esclarecia que a parcela de terreno indicada, por ser inferior a 225m², não poderia constituir lote autônomo, segundo as normas vigentes, o que inviabiliza a aprovação oficial do desmembramento do terreno.

As normas a que se referiu a Procuradoria do Município são o Regulamento de Zoneamento, aprovado pelo Decreto nº 322/76, combinado com o Regulamento de Parcelamento de Terra, aprovado pelo Decreto nº 3.800/70.

Entendeu o Município que se trata de área que não pode ser desmembrada e, assim, a sentença que declarasse a aquisição originária daquela propriedade não poderia ser registrada no RGI competente, pois não seria possível abrir matrícula de imóvel menor e no mesmo espaço de outro maior já existente. Invocava em favor de sua tese as normas contidas nos artigos 30, VIII e 182, §2º, todos da Constituição da República. Aduzia que admitir usucapião de área que não possua as dimensões mínimas exigidas pela legislação municipal para realização de parcelamento e loteamento do solo urbano seria admitir que imóveis que não atendem à função social sejam regularizados e constituídos ao arrepio da legislação urbanística municipal. Arrematou, ponderando o direito fundamental à moradia e a

função social da propriedade, e ressaltou que essa última havia de prevalecer, em atenção ao princípio da preponderância do interesse público sobre o particular, tendo em vista que a ordenação do solo urbano e adequação da propriedade a tais postulados visa a atender à coletividade.

O Ministério Público, por sua vez, comungou do entendimento do Município do Rio de Janeiro. Pugnou pela extinção do feito, sem resolução do mérito, ante a impossibilidade jurídica do pedido, pois o módulo urbano seria a parcela mínima imobiliária do espaço territorial.

A esse respeito, o artigo 183 da Constituição da República assim dispõe:

Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Embora ainda não tenha proferido sentença, a discussão soou instigante, mostrando-se pertinente sua apresentação nesta sede.

Analisa-se aqui se a pretensão preenche um dos requisitos objetivos para o sucesso em ação dessa natureza; ou seja, a *res habilis*, ou coisa hábil, demonstrando a possibilidade de ser a coisa passível de ser usucapida por lei, excluindo-se, por exemplo, aquelas fora do comércio, ou que sejam bens públicos.

Há de se ressaltar que a legislação municipal invocada é bastante antiga, anterior à atual Constituição, sendo pertinente interrogar: Foi ela recepcionada?

Certo é que a densidade demográfica dos anos 70 era bastante in-

ferior a de hoje. O déficit habitacional atualmente é enorme e, em especial no Município do Rio de Janeiro, há muito que não se trata de maneira adequada a respeito da distribuição ordenada da população, de modo a garantir o bem estar geral de seus habitantes.

Em princípio, parece que a municipalidade queda-se em posição bastante cômoda. Omite-se no momento da ocupação desordenada do solo urbano, deixando de prevenir que as pessoas ocupem áreas inferiores aos chamados módulos urbanos. Depois da ocupação, omite-se na notificação dessas pessoas para que sejam desfeitas as benfeitorias e desocupadas as áreas. Permite que essas pessoas se estabeleçam por grande lapso temporal, às vezes de uma geração para outra. Depois, quando essas pessoas pretendem transformar uma situação factual em direito, para passar a usufruir de maior estabilidade e segurança, vem o município e impede que se desmembre o módulo urbano.

Parece, portanto, que o Poder Constituinte captou essa evolução social, essa demanda habitacional, ao prever política urbana nova, sem fazer qualquer ressalva ou impedimento, eventualmente, existente em legislação municipal ultrapassada. Assim sendo, há de se entender que as normas municipais não foram recepcionadas. Até porque poderia ocorrer a hipótese de haver legislação municipal declarando que o módulo urbano mínimo fosse de área superior a 250m², o que inviabilizaria a eficácia da norma constitucional, o que não se pode conceber, dada a hierarquia dessa norma.

Assim, da simples análise da norma contida no art. 182 da Constituição, já se pode afastar a tese de que se trataria de pedido juridicamente impossível, na medida em que a norma constitucional, com sua plena eficácia, não impõe limite dessa natureza. Ao contrário, dispõe sobre a possibilidade de aquisição de área de ATÉ 250m², desde que não seja imóvel público.

Também não há que se falar em óbice ao registro (no RGI) da sentença que acolhesse tal pretensão. É que na sistemática do Código Civil, no Livro III (Do Direito das Coisas), Título III (Da Propriedade), Capítulo II (Da Aquisição da Propriedade Imóvel), vê-se que a Seção I (Da

Usucapião) precede e distingue-se da Seção II (Da Aquisição Pelo Registro do Título). Justamente pelo fato de a usucapião ser forma de aquisição originária da propriedade.

Em nosso Tribunal as opiniões se dividem, como se vê das seguintes ementas:

USUCAPIÃO ESPECIAL. ÁREA INFERIOR AO MÓDULO URBANO ESTABELECIDO EM LEI MUNICIPAL. DIREITO À MORADIA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. FUNDAMENTO REPUBLICANO. EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS. LEI MUNICIPAL QUE NÃO PODE LIMITAR OS ANSEIOS CONSTITUCIONAIS. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO, PARA DETERMINAR A ANULAÇÃO DA SENTENÇA E O REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO. (TJRJ. 7ª Câmara Cível. AC 0010232-66.2005.8.19.0204. Relator Des. André Andrade. Julgado em 27/04/11).

APELAÇÃO CIVEL. USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO, POR SE TRATAR DE ÁREA COM METRAGEM INFERIOR AO MÓDULO URBANO MÍNIMO FIXADO EM LEI MUNICIPAL. 1. A Constituição da República, em seu art. 30, I e VIII, atribuiu aos municípios a competência para legislar sobre assuntos de interesse local e promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, de modo a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, na forma do artigo 182 da CRFB. 2. O direito constitucional à moradia, como um dos corolários da dignidade da pessoa humana, precisa ser protegido, porém não pode ser interpretado isoladamente, devendo ser ponderado com os demais princípios constitucionais, destacando-se, no caso em tela, a função social da propriedade e a função

sócio-ambiental da cidade. 3. Admitir-se o parcelamento irregular do solo, em desacordo com a legislação elaborada pelo município, no uso das competências que lhe são outorgadas pela Constituição, significaria prestigiar interesses eminentemente privados, em detrimento de interesses de caráter público e social, trazendo, ainda, riscos ao direito difuso a um meio-ambiente equilibrado, ante a inevitável desordem urbana provocada pela proliferação de pequenas propriedades e pelo conseqüente processo de favelização da cidade. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (TJRJ. 13ª Câmara Cível. AC 0003335-91.2006.8.19.0202. Relatora Des. Inês da Trindade. Julgado em 03/02/10).

Apelação em ação de usucapião especial urbano. Sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito, diante da impossibilidade jurídica do pedido. Imóvel usucapiendo de área inferior à mínima exigida em legislação municipal para constituir-se em lote autônomo. Área inferior à 250m². Direito social de moradia. Artigo 183 da Constituição Federal, autorizador do usucapião especial urbano. Artigo 1240 do Código Civil, em vigor, em harmonia com o texto constitucional. Recurso provido, na forma do art. 557 § 1º - A do C.P.Civil, para determinar o prosseguimento do feito. (TJRJ. 16ª Câmara Cível. AC 0011474-95.2007.8.19.0202. Relator Des. Carlos José Martins Gomes. Julgado em 07/12/09).

USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO FUNDAMENTADO NA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. MÓDULO COM ÁREA INFERIOR A 250 M2. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS. PREVALÊNCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL SOBRE AS DEMAIS. SENTENÇA ANULADA. RECURSO PROVIDO. Os Municípios não têm

competência para legislar sobre a aquisição da propriedade por usucapião, de sorte que os Decretos Municipais (Plano Diretor) que não foram recepcionados pela Constituição de 1988, não podem criar requisito não previsto no ordenamento jurídico. O espírito da norma constitucional é por termo a informalidade do possuidor de imóvel urbano que preenche os requisitos legais para a aquisição da propriedade através da usucapião. Manter o “status quo” afronta não só a Constituição Federal como o bom senso. (TJRJ. 1ª Câmara Cível. AC 2009.001.58299. Relatora Des. Vera Maria Soares Van Hombeeck. Julgado em 24/11/09).

USUCAPIÃO ESPECIAL DE IMÓVEL URBANO - ÁREA COM METRAGEM INFERIOR À MÍNIMA ESTABELECIDADA NA LEI Nº 6766/79 (PARCELAMENTO DO SOLO URBANO) - OBSTÁCULO - AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE PREVISTA NOS ARTIGO 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA INEXISTENTE. Provedimento do recurso. (TJRJ. 7ª Câmara Cível. AC 2009.001.38305. Relator Des. José Geraldo Antônio. Julgado em 04/11/09).

Esse tema também é controverso na Suprema Corte, como se pode observar de trecho extraído de um de seus informativos:

Informativo STF 584 (Abril de 2010)

Usucapião Especial Urbano e Lei Municipal

A Turma, por indicação do Min. Marco Aurélio, deliberou afetar ao Plenário julgamento de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que denegara pedido formulado em ação de usucapião especial urbano, ao fundamento de que a área requerida possuiria metragem inferior ao módulo definido por legislação municipal, sendo inaplicável ao caso o art. 183 da CF (“Aquele que possuir como sua área urbana de até

duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.”). RE 422349/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 27.4.2010. (RE-422349) ◆

O Judiciário como guardião da Constituição da República, interpretada em sua máxima efetividade: O Controle de Constitucionalidade

Antonio Augusto Gonçalves Balieiro Diniz

Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Volta Redonda

Antes de adentrar no tema específico do presente trabalho, parabéns a iniciativa do Coordenador do curso, Exmo. Desembargador Nagib Slabi Filho, diante da relevância do tema abordado, bem como da qualidade dos palestrantes e debatedores selecionados. As palestras ministradas foram de grande proveito para os participantes, ratificando a atualidade do tema e demonstrando os desafios que se avizinham. Houve clara interação entre os diversos setores jurídicos, notadamente entre a Magistratura, Procuradoria do Estado, Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e Advocacia.

Diante do enfoque do referido curso, no presente artigo, deu-se especial destaque ao papel do Judiciário como guardião da Constituição da República, interpretada em sua máxima efetividade.

A função basilar do controle de constitucionalidade é garantir a ordem e a coerência do sistema normativo, de modo que, partindo da supremacia e rigidez constitucional, haja conformidade entre as leis e seu fundamento de validade, que é a Constituição. Trata-se, assim, de uma garantia de existência da própria Constituição, de modo que se possa assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental.

Como sabido, vivemos na era da informação, em que o mundo é designado como “aldeia global”. Diante do contexto de dinamismo e sujeição a paixões momentâneas e, muitas vezes passageiras, impõe-se existência de mecanismos de controle destes movimentos. Exatamente por isso, mais do que nunca, destaca-se a importância do respeito e a correta interpretação da Constituição da República, dentro de balizamentos que confirmem legitimidade e dinamismo ao texto maior.

Tema corrente na doutrina contemporânea, o controle de constitucionalidade é a base de todo o Estado de Direito, pois este garante a coerência de toda a atividade legislativa com o texto constitucional. Cabe ao Poder Judiciário o papel de intérprete qualificado das leis e de guardião da Constituição. Toda atividade relacionada ao “controle de constitucionalidade” deve ser exercida com extrema parcimônia.

Entre os princípios que regem a atividade administrativa, destaca-se o princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público. Presume-se que todo ato normativo é constitucional, até prova em contrário. Insta destacar que não se trata de benefício odioso, afinal, para que uma Lei passe a ter validade, impõe-se que a mesma tenha passado pelos trâmites constitucionalmente estabelecidos, normalmente a apreciação e votação pelos representantes do povo (Poder Legislativo) e, posteriormente, sanção pelo chefe do Poder Executivo do ente Federativo.

O Supremo Tribunal Federal, agora mais do que nunca, diante da inércia do Poder Legislativo, vem sendo obrigado a decidir sobre importantes questões que afligem a sociedade. Tal movimento vem sendo nominado de ativismo jurídico, em expressa alusão à “invasão” do Poder Judiciário em questões que deveriam ser decididas pelo Poder Legislativo, legítimo representante da vontade e dos anseios do povo.

A esse respeito, parece evidente que o Poder Legislativo não vem cumprindo, a contento, suas funções constitucionais, seja por questões inerentes à própria atividade legislativa ou por necessidades demagógicas decorrentes de nosso sistema eleitoral.

Nunca se concebeu que caberia ao Supremo Tribunal Federal a difícil tarefa de dispor sobre temas como a obrigatoriedade dos entes fede-

rativos ao fornecimento de medicamentos para a população, a legalidade da pesquisa com células embrionárias, a validade da união homoafetiva, a expansão das hipóteses de autorização para aborto, a possibilidade de realização do próprio aborto etc...

Todos esses assuntos, à míngua de uma legislação atual e de qualidade, vêm sendo decididos com lastro direto na própria Constituição da República, o que, sem dúvida, demonstra a força normativa e a necessidade de observância da Lei Maior.

O controle de constitucionalidade pode ser exercido, basicamente, de duas formas: a primeira diz respeito ao controle difuso de constitucionalidade, em que cada Magistrado poderá reconhecer, incidentalmente, no julgamento de um caso concreto, a inconstitucionalidade de determinado ato normativo. Destaca-se que a análise da constitucionalidade da norma não configura o mérito da demanda. A segunda é pertinente ao controle concentrado de constitucionalidade, em que a análise da adequação do ato normativo à Constituição da República será feita de forma abstrata, digase, desvinculada da existência de um caso concreto.

Nessas hipóteses, a finalidade do processo judicial é justamente analisar a conformidade do ato normativo impugnado com o texto constitucional.

Historicamente, atribui-se o surgimento do controle de constitucionalidade difuso ao caso americano *Marbury v. Madison*, de 1803. Segundo grande parte dos doutrinadores, pela primeira vez, utilizou-se a Constituição como parâmetro interpretativo de atos e leis infraconstitucionais. No Brasil, após a Constituição Imperial de 1824, em que não se previa qualquer forma de controle normativo com parâmetro na Constituição, passou-se a prever expressamente o controle de constitucionalidade na Constituição de 1891, em seu artigo 59, §1º.

Desde então, há a previsão do controle difuso de constitucionalidade que encontra suas bases nos ditames do artigo 102, III, da Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal julgar a inconstitucionalidade de determinado ato normativo em sede de Recurso Extraordinário.

Em termos práticos, o controle de constitucionalidade difuso e concreto se mostra mais sensível à maioria dos participantes deste curso, afinal, como magistrados, somos forçados quase todos os dias, a exercer, de alguma forma, o confronto entre Atos Normativos Federais, Estaduais ou Municipais e a Constituição da República.

Não se pode olvidar, contudo, que o sistema de controle de constitucionalidade no Estado Brasileiro é misto, posto que se utiliza, além do controle difuso acima citado, do controle concentrado.

O controle concentrado canaliza o poder de analisar a constitucionalidade de determinado ato normativo em apenas um órgão, com exclusão de quaisquer outros. No Brasil, essa forma de controle é exercida perante o Supremo Tribunal Federal via Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; e perante os Tribunais de Justiça, no que atine às leis estaduais em face da Constituição Estadual.

A coexistência das duas formas de controle de constitucionalidade não se tem mostrado tão pacífica, como teoricamente pensada. Há diversos casos de decisões contraditórias em sede de controle concreto e controle abstrato. Exatamente por esse motivo, doutrinadores de todas as partes do país têm se debruçado na busca de soluções para as celeumas que se apresentam no dia a dia.

Cite-se para exemplificar, o caso narrado pelo palestrante Dr. Rodrigo Lourenço, em que os diversos TRTs do Brasil criaram uma resolução que foi impugnada pela Procuradoria e posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Ocorre que um Juízo de primeiro grau, acolhendo a constitucionalidade da resolução impugnada, determinou a um órgão jurisdicional o cumprimento da Resolução, por decisão transitada em julgado. Via-se, dessa forma, duas decisões judiciais, válidas, diametralmente opostas, produtos das duas formas de controle existentes em nosso país.

A solução no caso concreto foi a expedição de ofício ao STF para que se pronunciasse sobre o que deveria o referido órgão fazer diante das decisões definitivas conflitantes. O STF determinou o cumprimento de sua

decisão, negando validade à decisão daquele Juízo que se encontrava sob o manto da coisa julgada, restando evidente a problemática do convívio.

O controle concreto/difuso de constitucionalidade surge a partir de um caso concreto, de uma lide proposta. Sua finalidade precípua é assegurar direitos subjetivos. Nessa esteira, a proteção do texto constitucional é secundária e reflexa; ou seja, trata-se de consequência lógica da própria defesa do direito subjetivo proposto no caso concreto.

O controle abstrato/concentrado de constitucionalidade, por sua vez, tem como objeto precípua a lei em si. Ela não tem como finalidade assegurar direitos subjetivos, mas a força normativa da Constituição diante de leis inconstitucionais. Nessa modalidade de controle, vislumbra-se proteção direta dos pressupostos constitucionais.

Questão que desperta a atenção de grande parte da doutrina especializada sobre o tema do controle de constitucionalidade diz respeito à possibilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade no bojo de Ações Coletivas. Diante da eficácia subjetiva da coisa julgada, o reconhecimento de inconstitucionalidade nessa modalidade processual produziria efeitos que, em muito, se assemelhariam ao controle concentrado.

A palestra ministrada pelo Dr. André Cyrino abordou o tema de forma coerente e corajosa, esclarecendo a possibilidade de utilização desse importante instrumento, uma vez que a hipótese se amoldaria com perfeição à noção de controle difuso de constitucionalidade. A despeito do alcance das decisões tomadas no bojo da Ação Coletiva, é certo que a análise da constitucionalidade do Ato Normativo continua sendo realizada de forma incidente, dentro da análise de um caso concreto. Assim, não há qualquer usurpação de competência das Cortes Constitucionais.

Ficou ainda esclarecido que, diante do alcance das decisões tomadas em sede de Ações Coletivas, o órgão jurisdicional pode e deve valer-se dos instrumentos criados pela Lei 9.868/98, diga-se, a realização de audiências públicas, a possibilidade de intervenção dos amigos da corte e, finalmente, a possibilidade de modulação dos efeitos da sentença, mormente no que toca aos marcos iniciais.

Nas Comarcas do interior do Estado do Rio de Janeiro, atuei diver-

sas vezes como Magistrado com competência fazendária, sendo certo que prestei jurisdição em muitos processos que versavam sobre questões constitucionais. Trago à memória os célebres casos das Taxas de Iluminação Pública criadas pelos Municípios, a fixação de IPTU progressivo, a concessão de isenções tarifárias sem a correspondente fonte de custeio, entre outras.

As referidas demandas inundaram o Poder Judiciário durante anos, demonstrando que o controle difuso de constitucionalidade ainda se mostra como a medida mais democrática e acessível para a população em geral. De outro turno, prova-se também a necessidade de aceitação do controle concreto de constitucionalidade em sede de ações coletivas, até mesmo como forma de garantir a eficiência da prestação jurisdicional. Finalmente, ainda nessa seara, destaca-se que as questões que foram definitivamente resolvidas com a intervenção do Supremo Tribunal Federal exercendo seu controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, o que também demonstra o alcance e utilidade desta via.

Nesses termos, se existem diversas críticas e dificuldades decorrentes da coexistência das duas vias de controle, também é certo que se vislumbra inúmeros benefícios decorrentes dessa opção. Cabe aos operadores do direito a difícil tarefa de buscar argumentos e instrumentos para o futuro, seja para viabilizar a abolição de uma das formas de controle ou para amenizar a coexistência de ambas. A tarefa é árdua, porém honrosa, sendo certo que o debate de excelência é a melhor opção para a descoberta do rumo a ser seguido. ◆

Inconstitucionalidade do Artigo 1º da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Na parte em que modificou o Artigo 313, Inciso I, do Código de Processo Penal - Possibilidade de Controle Judicial pela Via Incidental

Aylton Cardoso Vasconcelos

Juiz de Direito da Vara Única de Arraial do Cabo

Não obstante os avanços decorrentes da previsão de novas modalidades de medidas cautelares diversas da prisão a Lei nº. 12.403, de 04 /05/2011, introduziu mecanismos alternativos para salvaguarda dos direitos processuais das partes, sem que a prisão se coloque como único remédio à disposição do Juiz. É inegável que as restrições impostas à decretação de prisão preventiva merecem análise mais atenta, ante os limites que se colocam à atividade legislativa, quando esta interfere de forma direta na esfera de competência reservada pela Constituição ao Poder Judiciário.

Com efeito, o artigo 5º., inciso XXXV, da Constituição da República estabelece que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Por outro lado, é certo que, por meio da jurisdição cautelar, nas situações mais sensíveis, o Poder Judiciário é chamado a intervir no sentido de preservar bens jurídicos cuja lesão não pode ser tolerada, examinando-se imediatamente o cabimento de provimentos judiciais que assegurem a efetividade da tutela jurisdicional de mérito e o próprio resultado útil do processo.

Essa característica é própria da jurisdição cautelar em todas as suas dimensões e não poderia ser diferente no processo penal.

Na realidade, embora nem sempre esse aspecto tenha merecido a devida atenção em sede doutrinária, o processo penal e o direito penal não se destinam apenas à preservação das garantias constitucionais dos cidadãos diante do *jus puniendi* estatal, mas também, e primordialmente, têm em vista a proteção dos bens jurídicos considerados mais fundamentais para a existência civilizada de uma sociedade, os quais são igualmente protegidos em sede constitucional.

Por isso mesmo se diz, acerca do direito penal, tratar-se da última esfera de proteção contra determinadas condutas, utilizada de forma excepcional quando já não se consideram suficientes as sanções jurídicas de ordem civil, administrativa e fiscal e outras sanções sociais de natureza moral, que atuam de forma simultânea e independente quanto à reprovação do indivíduo.

É por meio do direito penal e do processo penal que se instaura a última linha de proteção dos direitos à vida, liberdade, propriedade e tantos outros, sem os quais nenhum grupo social é capaz de conservar sua integridade.

Outrossim, dentro do sistema processual aceito pela Constituição, admite-se como regra a observância do contraditório e da ampla defesa de forma prévia à imposição de sanções penais em sentenças condenatórias, cujo trânsito em julgado se faz imprescindível para o início de cumprimento das penas.

Todavia, em diversas situações reguladas no direito processual penal sempre foram previstas modalidades de prisão cautelar, mesmo antes de ser proferida sentença condenatória, com o escopo de assegurar a aplicação da lei penal, preservar a instrução criminal ou proteger a ordem pública, notadamente nos casos em que a possibilidade de reiteração da conduta delituosa faça periclitare de forma intolerável os bens jurídicos tutelados pelo direito penal.

Antes do advento da Lei nº. 12.403, de 04 de maio de 2011, o inciso I, do artigo 313, do Código de Processo Penal admitia a possibilidade

de decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena de reclusão, i.e., os delitos mais graves previstos no direito penal.

Essa disposição legal permitia o exercício da jurisdição cautelar criminal de forma ampla no caso de crimes punidos com pena de reclusão, e de forma restrita no tocante àqueles punidos com pena de detenção, visto que apenas em casos especialmente previstos nos incisos II a IV do mesmo artigo é que seria admissível, em tese, a prisão preventiva.

Ocorre que a nova Lei passou a restringir o cabimento da prisão preventiva aos crimes punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos, interditando-se a utilização do mais contundente instrumento processual por meio do qual se exerce a jurisdição cautelar, no que se refere a extenso rol de delitos.

Apesar das penas relativamente brandas cominadas a esses crimes, nem por isso tais delitos deixam de representar séria ameaça aos bens jurídicos tutelados pela norma, e em diversos casos, a jurisdição cautelar necessita utilizar o meio mais extremo de coerção, qual seja, a prisão preventiva do réu ou indiciado, pois que, sem esse recurso, o Juiz não teria meios de obstar a ameaça aos direitos subjetivos fundamentais assegurados pela Constituição.

Nesse sentido, o próprio legislador de reforma admite a possibilidade de prisão preventiva diante de crimes aos quais nem sequer é cominada pena de reclusão, desde que a medida extrema seja necessária para assegurar medidas protetivas de urgência em delitos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, conforme estabelece a nova redação do inciso III, do artigo 313, do Código de Processo Penal.

Contudo, esse rol não é suficiente para compreender todas as situações nas quais, em tese, é possível cogitar da necessidade inafastável de utilização da prisão preventiva como último recurso para preservação dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, verificando-se inequívoca precipitação do legislador de reforma, ao limitar abstratamente o exercício da jurisdição cautelar de forma tão ampla, mesmo porque, nenhum ser humano tem condições de prever todas as situações fáticas que podem se

apresentar diante do Juiz em determinado processo, e isso se verifica exatamente no âmbito do processo cautelar, cuja regulamentação usualmente se faz por meio de cláusulas abertas em face dessa característica.

Para melhor ilustração desses conceitos, tome-se a hipótese da ação de um bando armado com revólveres, que semanas antes das eleições se ponha a ameaçar sistematicamente os eleitores de determinado município, com o intuito de constrangê-los a votar em determinado candidato, efetuando disparos de arma de fogo e explodindo botijões de gás em frente à casa dos eleitores que deixem de manifestar publicamente seu apoio ao referido candidato.

Nenhuma pessoa em sã consciência deixará de admitir que a prisão preventiva dos indiciados é condição indispensável para que eleições livres ocorram naquela cidade.

Apesar disso, a nova Lei processual não admite, mesmo em tese, a prisão cautelar para quaisquer dos delitos acima cogitados. É que o artigo 301 do Código Eleitoral prevê pena máxima de quatro anos de reclusão para o crime de coação aos eleitores com emprego de violência ou grave ameaça; os artigos 14 e 15 da Lei nº. 10.826 de 2003 também prevêem pena máxima de quatro anos para os delitos de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e disparo de arma de fogo em via pública; o artigo 251, §1º., do Código Penal prevê pena máxima de 04 (quatro) anos de reclusão para o delito de explosão sem uso de dinamite ou substância de efeitos análogos; e, por fim, o artigo 288 do Código Penal prevê pena máxima de reclusão de três anos para o crime de quadrilha ou bando.

Nessa e em diversas outras hipóteses, a evidente falta de razoabilidade da legislação de reforma no tocante à proteção dos direitos e garantias fundamentais tutelados pelas normas penais parece colocar em segundo plano a missão precípua do direito penal e acaba por se colocar em conflito com a cláusula constitucional da inafastabilidade do controle judicial de lesões e ameaças a direitos.

É certo que se reconhece ao legislador a atribuição de regulamentar o exercício da jurisdição cautelar; entretanto, se este restringe os instrumentos processuais indispensáveis ao cumprimento da missão do Poder

Judiciário, em tal nível que inviabilize por completo o cumprimento da função judicante e a proteção aos direitos fundamentais, as leis assim editadas serão manifestamente inconstitucionais.

Esse é exatamente o caso da legislação de reforma no ponto em análise.

O entendimento acima é corroborado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, muito bem examinada em palestra proferida em 23/05/2011, na EMERJ, pelo eminente Desembargador Nagib Slaibi Filho, acerca da história do controle de constitucionalidade.

Com efeito, na representação de inconstitucionalidade nº. 933, a mais alta Corte do país estabeleceu precedente segundo o qual o poder geral de acautelamento é inerente à função jurisdicional.

No aresto em foco, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, mesmo diante da inexistência (na época) de previsão para a concessão de liminares em sede de representação de inconstitucionalidade, entendeu que o poder cautelar não estava condicionado à previsão legal, visto que decorria da própria natureza da função jurisdicional.

Face à relevância da matéria, transcreve-se relevante trecho do voto do eminente Ministro José Geraldo Rodrigues de Alckmin, proferido no julgamento acima citado, na forma seguinte, *verbis*:

“(...) Senhor Presidente, com a devida vênia, acompanho o eminente relator, entendendo que há um poder geral de acautelamento inerente ao próprio exercício da função jurisdicional: nenhum juiz deve proferir uma sentença ou ser compelido a fazê-lo ciente de que esta não deva produzir seus efeitos, ou dificilmente venha a produzi-los. Daí esse poder acautelador e geral, que é inerente ao próprio exercício da função, um dos tipos fundamentais de tutela jurídica, como a execução, como o processo de conhecimento. (...)” (apud SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 23 de maio de 2011).

Com efeito, se mesmo em face da ausência de norma legal prevalece o poder cautelar do Juiz, com maior razão este deve conservar sua eficácia, diante de leis que, sob o pretexto de regular o seu exercício, acabem por suprimir a sua substância, sem observar critérios minimamente plausíveis de razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que o legítimo desempenho da função judicante tem sede constitucional.

Assim é que, além da violação da cláusula prevista no inciso XXXV, do artigo 5º., da Constituição – que obsta a atividade legislativa tendente a excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito – verifica-se, simultaneamente, transgressão ao princípio do devido processo legal, visto que, em última análise, interditado de forma absoluta o emprego do mais eficaz mecanismo de exercício da jurisdição cautelar em matéria de processo penal em hipóteses nas quais sua utilização se mostra imprescindível a que o processo alcance o escopo de pacificação social com justiça, restará irremediavelmente comprometida a hierarquia de valores constitucionalmente estabelecida, quanto à proporcionalidade e razoabilidade do uso dos meios de coerção estatais para a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, visto que ao Estado não é permitido renunciar às suas competências constitucionais precípua. Cabe acrescentar que, diante da gravidade do tema ora em análise, admitindo-se a prevalência da reforma legislativa contra o texto constitucional, assistiremos à progressiva desintegração do tecido social decorrente do enfraquecimento das forças jurídicas encarregadas de preservar sua unidade e coerência.

Pelo exposto, é de concluir pela inconstitucionalidade do artigo 1º., da Lei nº. 12.403, de 04 de maio de 2011, na parte em que modificou o artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, cuja declaração é suscetível de ocorrer pela via do controle judicial incidental de constitucionalidade.

APÊNDICE
RELAÇÃO EXEMPLIFICATIVA DE TIPOS PENAIIS
ATINGIDOS PELA LEGISLAÇÃO DE REFORMA,
SEGUNDO A QUAL NÃO É CABÍVEL, MESMO
EM TESE, A DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA.

CÓDIGO PENAL

Crimes contra a Vida

Aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante - Art. 126.

Crimes contra a honra

Injúria com utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência – Art. 140, §3º.

Crimes contra a liberdade individual

Sequestro e cárcere privado – Art. 148.

Crimes contra o patrimônio

Furto – Art. 155.

Extorsão indireta – Art. 160.

Apropriação Indébita – Art. 168.

Duplicata simulada – art. 172.

Induzimento à especulação – art. 174.

Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações – art. 177.

Emissão irregular de conhecimento de depósito ou “warrant” – art. 178.

Receptação – art. 180.

CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO

Invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola. Sabotagem.
– Art. 202.

Crimes contra o respeito aos mortos

Violação de sepultura – Art. 210.

Destruição, subtração ou ocultação de cadáver – Art. 211.

Crimes sexuais contra vulnerável

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente – art.
218-A.

Crimes de lenocínio e tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra
forma de exploração sexual

Mediação para servir a lascívia de outrem – art. 227.

Rufianismo – art. 230.

CRIMES CONTRA A ASSISTÊNCIA FAMILIAR

Abandono material – art. 244.

CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA

Explosão sem uso de dinamite ou substância de efeitos análogos – art. 251, §1º.

Uso de gás tóxico ou asfixiante – art. 252.

Perigo de inundação – art. 255.

Desabamento ou desmoronamento – art. 256.

CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA

Quadrilha ou bando – art. 288.

CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

Falsificação de papéis públicos mediante supressão de carimbo ou sinal indicativo de sua inutilização – art. 293, §2º.

Petrechos de falsificação – art. 294 e 295.

Fraude de lei sobre estrangeiro – art. 309, parágrafo único.

CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO

CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

Peculato mediante erro de outrem – art. 313.

Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento – art. 314.

Crimes praticados por particular contra a Administração em Geral

Resistência, quando o ato legal deixa de ser executado – art. 329, §1º.

Contrabando ou descaminho – art. 334.

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Reingresso de estrangeiro expulso – art. 338.

Falso testemunho ou falsa perícia, inclusive se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta – art. 342 *caput* e §1º., e art. 343.

Coação no curso do processo - Art. 344.

Arrebatamento de preso – Art. 353.

CRIMES CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS

Contratação de operação de crédito sem prévia autorização legislativa – art. 359-A.

Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura – art. 359-C.

Ordenação de despesa não autorizada – art. 359-D.

Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura – art. 359-G.

Oferta pública ou colocação de títulos no mercado - art. 359-H.

ESTATUTO DO DESARMAMENTO – LEI Nº. 10.826, DE 2003.

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido – Art. 14.

Disparo de arma de fogo – Art. 15.

CÓDIGO ELEITORAL

Indução à inscrição fraudulenta de eleitor - Art. 290.

Prisão ilegal de eleitor, membro de mesa receptora, delegado de partido ou candidato nos cinco dias antes ou nas 48 horas depois do encerramento da eleição – Art. 298.

Compra ou venda de votos – Art. 299.

Constrangimento ilegal para votar ou deixar de votar em alguém – Art. 301.

Votar ou tentar votar mais de uma vez ou no lugar de outra pessoa – Art. 309.

Fabricação, aquisição ou fornecimento de urnas, objetos, mapas, cédulas e papéis de uso exclusivo da Justiça Eleitoral – Art. 340. ◆

Controle de Constitucionalidade (Princípios Norteadores)

Camila Novaes Lopes

Juíza de Direito do II Juizado Especial Cível - Capital

Durante o curso de Controle de Constitucionalidade ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, vários temas foram abordados: a norma constitucional, seu texto, norma e valor; o Constitucionalismo Clássico e o Neoconstitucionalismo; as diversas formas de hermenêutica constitucional, a partir de uma análise histórica do constitucionalismo. Por fim, foram objeto de exame as diversas formas de controle de constitucionalidade e sua evolução ao longo dos tempos, a partir da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à matéria.

Com esses fundamentos, no presente trabalho, pretende-se analisar um dos temas abordados, precipuamente a Hermenêutica Constitucional, tratada na palestra do Professor Christiano Taveira.

Começou o Professor por explicar a diferença entre “interpretação” e “hermenêutica”, defendendo que a interpretação tem como objeto a investigação do conteúdo da norma, por meio de regras e princípios de hermenêutica: consiste, portanto, em aplicação da “hermenêutica”. Discorreu após sobre os princípios específicos de interpretação constitucional, quais sejam:

1 - Princípio da SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO – O qual situa a Lei Maior no vértice do ordenamento jurídico, constituindo seu texto fundamento de validade para a legislação infraconstitucional. Trata-se, nesse momento, do reconhecimento de um princípio da “supremacia da Constituição”.

A origem histórica do conceito remonta à época do abade EMMA-NUEL JOSEPH SIEYÈS, que, na obra “O que é o Terceiro Estado?”,

formulou de maneira pioneira a distinção entre “Poder Constituinte Originário” – que teria natureza de “poder de direito”, vez que limitado pelo Direito Natural – e “Poder Constituído”, estabelecido pelo texto constitucional original. No mesmo livro, ratificou o autor a ideia da Constituição como “Lei Fundamental”, como documento hierarquicamente superior em relação às normas infraconstitucionais.

A noção de supremacia da Constituição, entretanto, somente assume importância em países com constituições rígidas, onde o processo de reforma é mais complexo do que o da elaboração de uma legislação ordinária e possui estreita relação com a matéria de “controle de constitucionalidade”.

2 - Princípio da PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS DO PODER PÚBLICO – Trata-se, em verdade, de derivação do princípio da “Separação de Poderes”, cuja visão tradicional – formulada por JOHN LOCKE e explicitada por MONTESQUIEU – previa especialização funcional para cada um dos Poderes Constituídos: ao Executivo caberia a tarefa de execução das leis, através da edição de decretos e atos administrativos; ao Legislativo reservar-se-ia o papel de elaboração das normas; e ao Judiciário restaria a função de proferir o direito com grau de definitividade.

Segundo o palestrante, competindo ao Judiciário o papel de intérprete qualificado das leis e de guardião da Constituição, toda atividade relacionada ao “controle de constitucionalidade” deve ser exercida com extrema parcimônia. Importa dizer, ao invalidar ato emanado de outro Poder (Legislativo), deve o Poder Judiciário – cujos membros não têm o batismo do voto popular – fazê-lo com cautela, haja vista estar, nessa hipótese, exercendo função atípica.

Pelo princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, todo ato normativo – oriundo, em geral, do Poder Legislativo – presume-se constitucional até prova em contrário. Uma vez promulgada e sancionada uma lei, passa ela a desfrutar de presunção relativa (ou *iuris tantum*) de constitucionalidade.

Como ensina LUÍS ROBERTO BARROSO¹:

“a presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção iuris tantum, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente (...). Em sua dimensão prática, o princípio se traduz em duas regras de observância necessária pelo intérprete e aplicador do direito:

(a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade;

(b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carregavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor”.

3 - Princípio da INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO - Do ponto de vista da hermenêutica constitucional, dois princípios elementares podem (e devem) ser utilizados pelo intérprete e operador do Direito. Em primeiro plano, em virtude da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, quando a invalidade de uma norma não seja manifesta e inequívoca, a dúvida eventualmente suscitada milita em favor de sua preservação. Em segundo plano, uma norma também não deve ser declarada inconstitucional, quando se revelar possível a utilização de uma interpretação que a permita ser compatível com o corpo da Constituição.

Na segunda hipótese, consoante o denominado princípio da “interpretação conforme a Constituição”, em havendo interpretações plausíveis e alternativas, merecerá prestígio e acolhimento a que estiver compatível com a Constituição.

1 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 164 – 165.

A aplicação deste princípio deve ocorrer somente de forma alternativa, quando houver somente uma maneira de resguardar a validade do ato normativo sob ataque.

Como se infere de jurisprudência recente, o princípio tem sofrido ampla aceitação nos tribunais superiores, mas não escapa de crítica pontual por parte da doutrina publicista. Dessa forma, deve ser rejeitada a sua aplicação desmedida, quando, sob o pretexto de “interpretar uma norma conforme a Constituição”, vier o intérprete a atuar como verdadeiro legislador positivo, escapando ao limite da literalidade da norma, chegando a criar nova regra, distinta da intenção inicialmente planejada pelo Legislador (*mens legislatoris*).

4 - Princípio da UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO – Que traduz, em verdade, especificação do método clássico da interpretação sistemática. Sabe-se que a Constituição não consiste propriamente em um aglomerado desordenado de normas; ao contrário, constitui texto uno, indivisível; por isso, um dispositivo constitucional deve ser interpretado em harmonia com os demais.

5 - Princípio da MÁXIMA EFETIVIDADE – Conforme já visto anteriormente, no estudo da aplicabilidade das normas constitucionais, toda norma possui, em alguma medida, um grau de eficácia jurídica. Pela tipologia clássica de JOSÉ AFONSO DA SILVA, existiriam normas de eficácia plena, contida e limitada.

A doutrina da “máxima efetividade”, difundida em Portugal, é defendida no Brasil por diversos autores de renome, como CLÉMERSON CLÉVE e LUÍS ROBERTO BARROSO, para quem “todos os direitos previstos na Constituição seriam juridicamente exigíveis”. Tendo como vetor interpretativo o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, o princípio assume importante papel na implementação de direitos fundamentais, especialmente os sociais.

6 - Princípio da RAZOABILIDADE (PROPORCIONALIDADE) – Não raramente se opera a equivalência entre o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, o que vem a ser refutado por parte da doutrina.

Na verdade, ao ângulo acadêmico, “razoabilidade” traduz uma ideia de “bom senso”, “moderação”, tendo o respectivo princípio origem histórica relacionada à experiência constitucional norte-americana, sendo utilizado com frequência pela Suprema Corte, na aferição de constitucionalidade de legislação submetida a ser escrutínio. A proporcionalidade, por sua vez, apesar de ter estreita relação com a razoabilidade, possui caráter instrumental, relacionando-se sua origem ao Direito Constitucional alemão, sendo rotineiramente utilizado pelo Tribunal Constitucional, quando do emprego da técnica da ponderação de interesses.

Nada obstante, por motivos meramente didáticos, opta-se por usar ambas as expressões indistintamente no presente trabalho.

Origem histórica do princípio da razoabilidade nos Estados Unidos da América – A razoabilidade, para grande parcela da doutrina publicista, tem a sua origem histórica ligada à *Magna Charta* inglesa de 1215, traduzido como o primeiro documento escrito instituidor de limitações ao poderes do monarca, especificamente uma imposição feita ao Rei apelidado “João Sem Terra”. Do ponto de vista histórico, trata-se de codificação de suma importância para o estudo dos direitos fundamentais, uma vez que, de forma pioneira, estabelecia uma série de declarações de direitos, como a propriedade privada e outros de esfera penal.

Todavia, foi no sistema constitucional norte-americano que a razoabilidade veio a se desenvolver com maior profundidade. Segundo a doutrina americana, o princípio estaria implicitamente previsto na cláusula do Devido Processo Legal, constante na 5ª Emenda do *Bill of Rights* da Constituição de 1787.

No Brasil, por deliberação da Assembleia Nacional Constituinte, não houve previsão expressa do princípio no texto constitucional de 1988. No entanto, em pronunciamento acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal deixou consignado que, independentemente da origem histórica (da razoabilidade, nos Estados Unidos, ou da proporcionalidade, na Alemanha), o mesmo está presente no ordenamento brasileiro em dois dispositivos específicos: no artigo 1º da Constituição Federal, que aborda o Estado Democrático de Direito, bem como no inciso LIV do artigo 5º, que trata

do Devido Processo Legal.

7 - INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EVOLUTIVA –

Ao estudar a teoria do Poder Constituinte, encontram-se duas espécies do conceito: Poder Constituinte Originário, consistente no “poder ou possibilidade de se criar uma nova ordem constitucional” e o Poder Constituinte Derivado, subdividido em Reformador, traduzido no poder de emendar o texto constitucional, e Decorrente, relativo ao poder dos Estados-Membros de uma Federação elaborarem a sua própria Constituição.

O Poder Reformador diz respeito aos mecanismos estabelecidos pelo constituinte originário, para fins de reforma do texto. De maneira formal, versa sobre as chamadas “emendas constitucionais”; todavia, a alteração da Constituição se efetiva somente através de emenda propriamente dita, admitindo-se, ainda, um procedimento peculiar, excepcional, conhecido como “mutação constitucional”.

A “mutação constitucional” consiste em maneira informal – isto é, sem a observância de um procedimento específico – de alteração da Constituição. Também conhecida como “interpretação constitucional evolutiva”, cuida da atribuição de novo sentido e alcance a conceitos prescritos em uma norma constitucional, sem que haja, no entanto, alteração formal de seu texto ou linguagem. A “evolução” do conceito decorre de mudanças históricas, na esfera política, cultural e ideológica da sociedade. Trata-se, em verdade, de uma “reforma” do conteúdo da norma constitucional, em razão de uma mudança da postura da jurisprudência sobre um conceito específico.

8 - Princípio da PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL –

Apesar de recentes estudos acadêmicos acerca dessa modalidade de eficácia das normas constitucionais, sua aplicação prática ainda é objeto de extrema controvérsia no âmbito doutrinário. Embora reconhecido na jurisprudência estrangeira, especialmente em Portugal, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal ainda não pacificou entendimento sobre a observância da “vedação do retrocesso social” no texto constitucional brasileiro. ♦

Reserva de Plenário: Inconstitucionalidade dos Artigos 1.572 e 1.573 do CC/2002

Carlos Sérgio dos Santos Saraiva

Juiz de Direito da 4ª Vara Cível de Campo Grande

1. RESERVA DE PLENÁRIO E SÚMULA VINCULANTE N. 10

Dispõe o artigo 97 da CRFB/1988 sobre a denominada cláusula de reserva de plenário, em que a inconstitucionalidade de uma lei ou ato do poder público só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou dos membros do Órgão Especial (artigo 93, IX, CRFB/1988).

Por força desse sistema, não podem os órgãos fracionários dos tribunais apreciar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público.

Sobre a Cláusula de Reserva de Plenário como regra especial para tribunais para garantia de maior segurança jurídica, o constitucionalista Alexandre de Moraes¹ assentou que:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente proclamado que a desconsideração do princípio em causa gera, como inevitável efeito consequencial, a nulidade absoluta da decisão judicial colegiada que, emanando de órgão meramente fracionário, haja declarado a inconstitucionalidade de determinado ato estatal.”

1 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24 ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 712 e 713.

...

A cláusula de reserva de plenário não veda a possibilidade de o juiz monocrático declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, mas, sim, determina uma regra especial aos tribunais para garantia de maior segurança jurídica. Além disso, não se aplica para a declaração de constitucionalidade dos órgãos fracionários dos tribunais”.

Em paralelo, como asseverou Humberto Theodoro Júnior²:

“Se a questão de inconstitucionalidade já houver sido decidida anteriormente pelo colegiado ou pelo Supremo Tribunal Federal, não é necessário reiterá-la em cada novo processo que verse sobre a mesma matéria. Os órgãos fracionários, a que couber a competência para o recurso ou a causa, proferirão o julgamento, sem suscitar o incidente do art. 480 (Lei nº 9.756, de 17.12.98).

Sabe-se que, no controle difuso, qualquer juiz poderá pronunciar a inconstitucionalidade de lei estadual perante a Constituição da República. Entretanto, cuidando-se de órgão fracionário do Tribunal, caberá tal pronúncia ao Órgão Especial, nos termos do artigo 97 da CRFB/1988, consoante o incidente regulado nos artigos 480 e 481 do CPC, uma vez que a referida norma constitucional tem natureza de regra de julgamento da questão constitucional, em virtude do quórum exigido em tais casos.

Assim, a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público será provocada mediante a instauração do incidente de arguição de inconstitucionalidade nos tribunais, afastando-se, assim, sua apreciação por Câmara, Turma ou outro órgão parcial do Tribunal.

A decisão adotada pela maioria absoluta dos membros do Tribunal ou dos membros do Órgão Especial no incidente de arguição de incons-

titucionalidade torna-se premissa inafastável da solução que será adotada pelo órgão fracionário do mesmo Tribunal.

Em junho de 2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula vinculante nº 10, nos seguintes termos:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Assim, o órgão fracionário não poderá violar a decisão constante do incidente de arguição de inconstitucionalidade, sob pena de incidência dos efeitos da Súmula vinculante nº 10.

De outro lado, cabe ressaltar que a referida decisão possui efeito inter partes, ou seja, somente gera efeitos para as partes e terceiros interessados.

2. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA E INCONSTITUCIONALIDADE DA ATRIBUIÇÃO DE CULPA

A doutrina moderna defende o afastamento da identificação do culpado pela ruptura da sociedade conjugal. Entendo suficiente a manifestação de vontade de um dos cônjuges no sentido de não mais pretender conviver com o seu consorte. Esse entendimento melhor se coaduna com a posição já adotada por grande parte da doutrina sobre a questão, também adotada pelo legislador ao prever, no artigo 1.573, parágrafo único, do CC/2002, a possibilidade de o juiz considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum ao analisar o pedido de separação judicial.

Nesse particular, há de se ressaltar que, se a separação judicial já impinge aos cônjuges, bem como à sua prole, caso haja, considerável sofrimento e desgaste emocional, a aferição de culpa pela separação ocasionará, indubitavelmente, a intensificação desses dissabores, máxime quando utilizada por motivo de vaidade ou vingança pelo cônjuge que se considera inocente.

A esse respeito, é pertinente refletir sobre doutrina de Carlos Roberto Gonçalves³, quando assinala que:

“...A exigência da pesquisa da culpa representa um retrocesso da legislação, tendo em vista a tendência demonstrada pelo direito de família brasileiro, facilitando a dissolução do casamento mediante a simples prova de um ano ininterrupto de separação de fato, sem qualquer indagação sobre a culpa, bem como permitindo o divórcio direto com o preenchimento de um único pressuposto: o transcurso do prazo de dois anos ininterruptos de separação de fato...”

Tal propósito acarretará inteira devassa na intimidade do casal, e certamente serão trazidos à lide fatos que, objetivamente, em nada influenciariam na separação, se paralelamente à culpa pela separação, essa também se funda na ruptura da vida em comum pelo desaparecimento do *affectio societatis*.

Ninguém deve ser considerado culpado por buscar amor e felicidade. Se a vida em comum se tornou insustentável para os cônjuges, ao ponto de levar à separação, que essa seja considerada a sua causa principal, para que a dignidade das pessoas envolvidas nesse processo seja efetivamente resguardada.

Nos tempos modernos, a visão que se deve ter do casamento é outra. Se a realidade do matrimônio não permite o prosseguimento da vida em comum, a separação há de ser decretada, caso se verifique a vontade dos cônjuges em não mais manter o vínculo conjugal. Ademais, assinale-se que a manutenção do casamento nessa circunstancia somente trará prejuízos à prole, caso exista.

Entendo que descabe examinar a responsabilidade sobre o término da relação marital, não se atribuindo culpa a qualquer das partes, mas tão

3 GONÇALVES, Carlos Roberto. (**Direito Civil Brasileiro**, Volume VI, Editora Saraiva, p. 205/206).

somente à corrosão dos sentimentos, ao desamor que se instala no seio da relação. O questionamento sobre a responsabilidade de um só dos cônjuges pelo fim do casamento deve ser afastado pelo Julgador, visto que está associado à catarse emocional que visa a expungir de si qualquer sentimento de responsabilidade pelo desenlace matrimonial.

Nessa linha de pensamento, é esclarecedora a lição de Rolf Madaleno⁴, ao assinalar que

“deve ser desdramatizada de plano e de pronto esta tão traumática forma litigiosa de separação judicial, desobrigando seus partícipes da necessidade de alegarem qualquer outra causa de dissolução, que não seja a própria vontade como manifestação da impossibilidade de convivência”

Em consonância, vale refletir sobre decisão do TJ/RS⁵, que assim se pronunciou:

“O exame da culpa na separação judicial deve ser evitado sempre que possível, consoante moderna tendência do Direito de Família. Quando termina o amor, é dramático o exame da relação havida, pois, em regra, cuida-se apenas da causa imediata da ruptura, desconsiderando-se que o rompimento é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio diuturno, em meio também às próprias dificuldades pessoais de cada um”

Tal propósito acarretará inteira devassa na intimidade do casal, e certamente serão trazidos à lide fatos que, objetivamente, em nada influenciariam na separação, se, paralelamente à culpa pela separação, essa

4 MADALENO, Rolf. **Direito de família: aspectos polêmicos**, p. 181-182.

5 TJRS, Ap. 70.003.893.534, 7ª Câm. Cív., Rel. Des. Vasconcellos Chaves, j. 06/03/2002.

também se, funda na ruptura da vida em comum pelo desaparecimento do *affectio societatis*.

Ninguém deve ser considerado culpado por buscar amor e felicidade. Se a vida em comum se tornou insustentável para os cônjuges, ao ponto de levar à separação, que essa seja considerada a sua causa principal, para que a dignidade das pessoas envolvidas nesse processo seja efetivamente resguardada.

Conclui-se, pois, que a separação pode ser decretada sem a imputação de culpa a qualquer das partes, caso o juiz verifique a insustentabilidade da vida em comum, ainda que a parte supostamente inocente requeira a separação com fundamento na culpa. Essa discussão viola frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, que assegura a preservação da intimidade e da privacidade, dignidade da pessoa humana garantidos pela Constituição.

3. REVOGAÇÃO DOS ARTIGOS 1572 E 1.573 DO CC/2002 DIANTE DA EC 66/2010

Com o advento da Emenda Constitucional 66/2010, o artigo 226 da CRFB/1988 passou a ter a seguinte redação: “Art. 226. (...)§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”(NR)

A referida Emenda Constitucional foi denominada a PEC do Amor ou PEC do Divórcio.

Efetuando interpretação sistemática, não podem prevalecer sobre texto expresso da Constituição normas do Código Civil ou de legislação infraconstitucional que regulamentem matérias excluídas pela Carta Magna.

A nova regra do artigo 226, § 6º da CRFB/1988 estabeleceu que o casamento pode ser dissolvido sem o atendimento de qualquer outro pré-requisito, mas tão somente pela manifestação de vontade dos cônjuges. Através da citada regulamentação, afasta-se a intervenção do Estado da vida privada do casal, uma vez que o rompimento do vínculo matrimonial não trará como consequência a análise dos motivos que levaram os cônjuges a tal decisão.

A Desembargadora Maria Berenice Dias, do TJRS, em matéria veiculada pelo site juridianas.zip.net, datada de 21/07/2010, destacou que

“(...) É necessário alertar que a novidade atinge as ações em andamento. Todos os processos de separação perderam o objeto por impossibilidade jurídica do pedido (CPC 267, inc. VI). Não podem seguir tramitando demandas que buscam uma resposta não mais contemplada no ordenamento jurídico.

(...) Como o pedido de separação tornou-se juridicamente impossível, ocorreu a superveniência de fato extintivo ao direito objeto da ação, o que precisa ser reconhecido de ofício pelo juiz (CPC 462). Deste modo seque há a necessidade de a alteração ser requerida pelas partes. Somente na hipótese de haver expressa oposição de ambos os separandos à concessão divórcio deve o juiz decretar a extinção do processo.

(...) A nova ordem constitucional veio para atender ao anseio de todos e acabar com uma excrescência que só se manteve durante anos pela histórica resistência à adoção do divórcio. Mas, passados mais de 30 anos, nada, absolutamente nada justifica manter uma dupla via para assegurar o direito à felicidade, que nem sempre está na manutenção coacta de um casamento já roto.”

Portanto, a norma constitucional provocou a revogação de todas as normas infraconstitucionais inerentes à matéria de separação judicial. Verifica-se, assim, que o ordenamento jurídico adotou posicionamento anteriormente defendido por diversos setores da doutrina, quando do advento do CC/2002 no sentido de que o legislador deixara escapar uma oportunidade para retirar do texto civil a questão relativa à discussão de culpa.

4. Conclusão

Vislumbra-se que os magistrados de primeiro grau de jurisdição podem e devem analisar pelo controle difuso a questão da constitucionalidade de leis ou atos do poder público. Diante da análise do caso concreto, verificando o Magistrado a inconstitucionalidade de determinada norma legal diante do novo texto constitucional, deverá conhecê-la de ofício.

A manifestação sobre a inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal somente opera efeitos entre as partes, especialmente em função da limitação que incide nessas hipóteses, visto que irá rejeitar ou não o pedido formulado na petição inicial, sem formalizar uma declaração de inconstitucionalidade, que não integra o pedido. A compatibilidade com a Constituição é, por conseguinte, uma questão prejudicial.

De outro lado, os Tribunais, no julgamento de recursos ou demandas de competência originária, também analisam matéria constitucional. Entretanto, por força da Súmula Vinculante n. 10 do STF e da cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da CRFB/1988), a questão da compatibilidade de determinada norma legal com a Constituição deve ser submetida ao órgão competente do Tribunal por meio do incidente de inconstitucionalidade.

Por conseguinte, o tema envolvendo a revogação dos artigos 1.572 e 1.573 do CC/2002 a partir do advento da EC 66/2010 merece atenção especial por parte da jurisprudência, especialmente por força da possibilidade de ingressarmos em uma seara que possa violar a dignidade humana dos cônjuges envolvidos no litígio. ◆

Controle Difuso de Constitucionalidade e o Juiz

Celso Silva Filho

Juiz de Direito da 5ª Vara Cível de Volta Redonda

I – INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo comentar os reflexos do conteúdo programático do Curso sobre Controle de Constitucionalidade sobre a atuação do magistrado, com apresentação de estudo de caso no qual o conteúdo programático tenha sido aplicado, exercendo influência no julgamento.

Serão abordados os conteúdos expostos pelos palestrantes do dia 20/05/2011, Dr. Christiano Taveira, e do dia 23/05/2011, Dr. Dr. André Cyrino, no tocante à interpretação conforme a Constituição e ao controle incidental de constitucionalidade.

II - DESENVOLVIMENTO

Ao interpretar as normas da Constituição, não pode o intérprete esquecer que sua atividade precisa extrapolar aspectos jurídico-formais, eis que deve levar em conta aqueles de ordem econômica, social, política e administrativa, para que possa alcançar o objetivo do constituinte, para enfrentar injustiças, observando o contexto social no qual a norma foi inserida.

Além disso, a tarefa de regulamentar a Constituição e de regular as relações jurídicas do cotidiano é típica do Poder Legislativo e não do Poder Judiciário, pelo que o intérprete deve buscar sempre um resultado que torne o ato impugnado compatível com a Constituição.

A propósito, é oportuna a lição de CANOTILHO¹:

“Interpretação em conformidade com a constituição.

No caso de polissemia de sentidos de um acto normativo, a norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a constituição. A interpretação das leis em conformidade com a Constituição é um meio de o TC (e os outros tribunais) neutralizarem violações constitucionais, escolhendo a alternativa interpretativa conducente a um juízo de compatibilidade do acto normativo com a Constituição.”

O fundamento de referido princípio, assim, reside na necessidade de reconhecimento da confiança que o constituinte originário depositou na atuação do legislador e do constituinte derivado, pelo que somente deve ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei acima de qualquer dúvida razoável sobre sua compatibilidade com o texto constitucional, e que, ainda que a redação do texto legal admita uma interpretação que demonstre a inconstitucionalidade, deve ser buscada e alcançada outra interpretação, que permita sua aplicação em compatibilidade com a Constituição, como adverte o mundialmente reconhecido constitucionalista espanhol EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA²:

“El mismo Tribunal [o Tribunal Federal Constitucional alemán], como también el Tribunal Supremo americano, no han dudado en conectar a ese principio una verdadera «presunción de constitucionalidad de las Leyes», que no es la simple

1 CANOTILHO. (ob. cit., p. 843).

2 ENTERRIA, EDUARDO GARCIA DE. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**, Madrid, Editorial Civitas, 1994, p. 96.

afirmación formal de que cualquier Ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, sino que implica materialmente algo más, lo siguiente: primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una Ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando no exista «duda razonable» sobre su contradicción con la Constitución; tercero, que cuando una Ley esté redactada en términos tan amplios que puede permitir una interpretación inconstitucional habrá que presumir que, siempre que sea «razonablemente posible», el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha Ley es precisamente la que permita mantenerse dentro de los límites constitucionales.”

A técnica de interpretação conforme a Constituição é reconhecida pela jurisprudência do STF, que a utiliza valendo-se de três modalidades, conforme salientado por Alexandre de Moraes³:

1) Interpretação conforme a Constituição com redução do texto.

Nessa hipótese, o STF declara a inconstitucionalidade apenas de parte de um texto legal, suprime apenas a eficácia de uma expressão, permitindo que o restante da norma legal fique compatível com a Constituição Federal, como fez a Corte, no julgamento da ADIn nº 1.127-8, ao suspender a eficácia apenas da expressão “ou desacato” contida no art. 7º, § 2º da Lei nº 8.906/94, mantendo íntegras as demais disposições que garantem imunidade material aos advogados.

3 (ob. cit., p. 44/45).

2) Interpretação conforme a Constituição sem redução do texto, mas com fixação de uma interpretação declarada constitucional.

Nesse caso, o STF, sem retirar a eficácia de qualquer parte do texto legal, fixa a interpretação que a ele deve ser dada, de modo que se considere compatível com a Constituição Federal, como no seguinte exemplo:

“Com relação ao inciso V do art. 170, da referida Lei Complementar 734/93, o Tribunal, adotando a orientação firmada no julgamento da ADIn 1.377-DF – julgada em 3.6.98, acórdão pendente de publicação, v. Informativo 113 -, emprestou interpretação conforme à CF, para o fim de esclarecer que a filiação partidária de representante do Ministério Público dos Estados-Membros somente ocorrerá na hipótese de afastamento de Promotor ou Procurador de Justiça de suas funções institucionais mediante licença e nos termos da lei. O Tribunal também emprestou interpretação conforme ao parágrafo único do referido art. 170 para esclarecer que a expressão “o exercício de cargo ou função de confiança na Administração Superior” diz respeito à Administração do Ministério Público e não à Administração do Estado, como entendia o autor da ação (LC 734/93), Art. 170, parágrafo único: “Não constituem acumulação, (...) as atividades exercidas (...) em entidades de representação de classe e o exercício de cargo ou função de confiança na Administração Superior e junto aos Órgãos de Administração ou Auxiliares do Ministério Público”.” (ADInMC 2.084-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 16.2.2000, informativo STF nº 178, sem grifos).

3) Interpretação conforme a Constituição sem redução do texto, excluindo-se interpretação declarada inconstitucional.

Nessa terceira hipótese, o STF, também sem retirar a eficácia de qualquer parte do texto legal, fixa a interpretação que o tornaria inconstitucional, como, por exemplo, fez o STF ao excluir das possibilidades de interpretação da regra do art. 90 da Lei nº 9.099/95⁴, aquela que impedisse a aplicação de norma de Direito Penal retroativamente, e sobre os processos com instrução já iniciada quando da vigência de referida lei.

Em caso concreto submetido a julgamento por este magistrado, a questão era saber se um cidadão poderia ter recusado pedido de autorização para exploração de ponto de taxi, pelo motivo de possuir anotação criminal, sem trânsito em julgado de sentença condenatória.

A norma municipal, o Decreto Municipal 2.750/88, art. 41, f, exige a apresentação de certidões criminais para o exercício do transporte de passageiros por taxis, sem qualquer referência à exigência ou não do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória.

Poderia ser apontada inconstitucionalidade total de referida norma, por violação ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Essa opção, todavia, retiraria do administrador municipal o poder de negar o exercício da atividade aos condenados por sentença transitada em julgado.

Por isso, a solução adotada foi a de emprestar à norma municipal interpretação conforme a constituição, sem redução de texto, com fixação de uma interpretação declarada constitucional, para que fosse assegurado o direito do exercício da atividade, a par da existência de anotações criminais, salvo para os condenados com trânsito em julgado, conforme se vê nos seguintes trechos da fundamentação e do dispositivo da sentença

4 (Eis a redação de referido dispositivo: “Art. 90. As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada.”).

prolatada no processo nº 18614, originário da 3ª Vara Cível da Comarca de Volta Redonda:

“JULIO VIEIRA DE SOUZA impetrou Mandado de Segurança com pedido de liminar em face dos Exmº Srs. Diretor-Presidente da Superintendência dos Serviços Rodoviários - SUSER e do Diretor do DTT/SUSER, alegando que em 06 de abril do ano em curso, solicitou junto à Superintendência dos Serviços Rodoviários a transferência para si da permissão do ponto de táxi n.º 19, localizado na rua Nossa Senhora das Graças-UGH, vaga n.º 06, providenciando toda a documentação exigida pelo art. 41 do Decreto Municipal n.º 2750 de 20/04/1988, tendo sido referido pedido indeferido pelas autoridades coatoras. Afirma que, em sua certidão de feitos criminais, constou a existência de dois inquéritos criminais, com processos distribuídos ao Juízo da 1ª Vara Criminal desta Comarca, sem que fosse prolatada qualquer sentença penal condenatória. Aponta direitos constitucionais, que proíbem qualquer forma de discriminação, ressaltando que, de acordo com a Constituição Federal, o art. 5º, LVII, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

(...)

Informações e resposta às fls. 57/61, nas quais os impetrados alegam que o transporte individual de passageiros em veículos de aluguel, regulamentado pelo Município através do Decreto n.º 2.750/88 mediante permissão do Poder Público e este exercita tal permissão através da discricionariedade, da auto-executoriedade, e ainda, da coercibilidade. Afirma que, em momento algum, usou o Município de discriminação para com o impetrante, entendendo apenas que este não preencheu todos os requisitos necessários para a obtenção da licença pretendida, requerendo, portanto, a denegação da ordem.

(...)

Parecer do MP, pela concessão da segurança, às fls. 77/80. Relatados, decido. A pretensão do impetrante deve ser acolhida.

A Constituição Federal assegura ao cidadão o princípio da inocência, o qual tem como corolário o fato de que nenhuma restrição ao pleno exercício dos direitos e garantias individuais pode ser admitida, senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII).

Prescreve ainda a Constituição que o Estado Brasileiro tem como fundamento o trabalho, sendo objetivo fundamental da República a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos (CF, arts. 1º, IV; e 3º, III e IV).

Referidos princípios e preceitos constitucionais mostram-se maculados no presente caso, posto que o Decreto Municipal 2.750/88, art. 41, f (fl. 41), exige, sem limitação, a apresentação de certidão de feitos criminais para concessão do pedido de inscrição no sistema local de transporte individual de passageiros na modalidade de táxi.

A inconstitucionalidade, caso efetuada interpretação literal da regra municipal, mostrar-se-ia patente, posto que o cidadão que eventualmente possuísse qualquer anotação no distribuidor criminal da Comarca não poderia atuar como taxista, assim violadas as normas constitucionais acima referidas.

O princípio da interpretação conforme a constituição, todavia, e ao lado do reconhecimento do fato de que deve a Administração pública ser cautelosa na concessão de autorizações para o exercício de atividades em que constante o contato do autorizado com a população, como a de taxista, recomenda que não seja reconhecida a total incompatibili-

dade da norma municipal com a Constituição Federal, mas sim que se lhe dê interpretação conforme a Constituição, para que a exigência somente seja válida quando constar anotação de condenação criminal transitada em julgado. A adoção do princípio da interpretação conforme a constituição, no presente caso, recomenda a concessão da segurança, posto que o impetrante sequer foi denunciado, conforme se verifica nas certidões de fls. 19, 85 e nos docs. de fls. 86/142. Por tais razões, concedo a segurança reclamada na inicial. Expeça-se mandado ao impetrado, posto que passível de execução provisória a sentença concessiva de segurança (Lei 1533/51, art. 12, parágrafo único). (...)” (sem grifos no original).

II - CONCLUSÃO

A técnica de interpretação conforme a constituição, através de seus vários instrumentos, permite que o Poder Judiciário, preservando a supremacia da constituição rígida, e respeitando o princípio da separação entre os poderes, evite declarar a nulidade de atos do Poder Legislativo, principalmente, sem deixar de decidir o caso levado à sua apreciação.

Não vislumbro qualquer obstáculo ao uso de referida técnica pelos magistrados singulares, os quais exercem relevante papel no exercício do controle difuso de constitucionalidade. ◆

Anencefalia - ADPF 54: Decisão Liminar e sua Repercussão nos Casos Concretos

Daniel da Silva Fonseca

Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Itaboraí

Trata o presente de questão tormentosa em trâmite no Supremo Tribunal Federal, particularmente no que tange à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que pretende que seja declarado atípico o aborto de bebês anencéfalos.

Em consulta pelo *site* do STF, verifiquei que, embora o mérito da ação ainda não tenha sido julgado, o Pleno daquele tribunal, na sessão que apreciou a concessão da liminar pelo Relator, Min. Marco Aurélio, deliberou que “(...) prosseguindo no julgamento, o tribunal, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido o senhor ministro Cezar Peluso (...)”.

Tal decisão encontra amparo no art. 5.º, § 3.º, da Lei 9.882/99, que disciplina o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o qual dispõe que

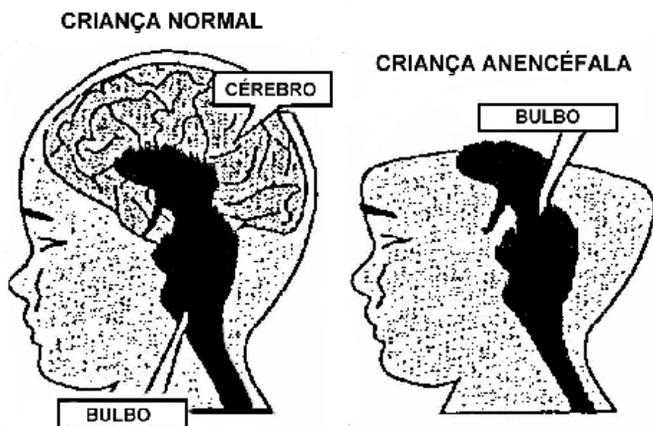
“a liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada”.

No entanto, a discussão no Supremo Tribunal Federal refere-se ao direito abstrato de realização de aborto em feto anencéfalo e, assim, é perfeitamente possível a espera pela prestação jurisdicional. Todavia, caso a decisão acerca da legalidade ou não do abortamento demore, fetos anencéfalos nascerão sem que a Justiça se pronuncie a respeito.

Diante disso, por mais que haja determinação do Pretório Excelso no sentido de que os processos e as decisões judiciais sobre o tema sejam suspensos, não há como deixar para depois a solução de inúmeros casos, porque os processos perderão objeto.

Literalmente, anencefalia significa falta do encéfalo. Porém, segundo os especialistas¹, essa definição é falha, uma vez que o encéfalo compreende, além do cérebro, o cerebelo e o tronco cerebral. Os bebês anencéfalos, embora não tenham cérebro, ou boa parte dele, têm o tronco cerebral funcionando. O tronco cerebral é constituído principalmente pelo bulbo, alongamento da medula espinhal. Ele controla importantes funções do nosso organismo, dentre elas: respiração, ritmo dos batimentos cardíacos e certos atos reflexos (como a deglutição, o vômito, a tosse e o piscar dos olhos).

Para melhor ilustrar a questão:



¹ Texto e ilustração extraídos do link: <http://www.providaanapolis.org.br/quemoean.htm>

A anencefalia, para os defensores do aborto, seria equiparada à ausência de vida no bebê e, em tal caso, o aborto não seria aborto. Seria uma mera expulsão de um ente não vivo (um cadáver) ou não humano (uma coisa), cuja presença serviria apenas para incomodar a gestante.

Já para os opositores, o anencéfalo seria um ser vivo, porque a Lei dos Transplantes (Lei 9.434/97) não utiliza a expressão “morte cerebral”, o que daria a entender que a simples parada de funcionamento do cérebro seria um sinal suficiente de morte. A lei sempre fala em “morte encefálica”, o que significa que todo o encéfalo (incluindo aí o tronco cerebral) deve parar de funcionar para que um paciente seja considerado morto e, assim, a sua retirada da barriga da gestante constituiria, em tese, crime de aborto.

Também no Código Penal não há autorização para tal prática.

O art. 128 do Estatuto Repressivo estabelece não ser punível o aborto praticado por médico “se não há outro meio para salvar a vida da gestante” ou “se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

A anencefalia, contudo, não resulta de estupro e, em regra, nenhum perigo de vida há para a gestante.

Quid iuris?

Como cediço, em nenhuma outra questão de direito grassa tanta dissensão entre os magistrados, assim como entre os membros do Ministério Público, mesmo porque a matéria, além de seu conteúdo jurídico, é permeada por fatores emocionais e por conceitos filosóficos, morais e sobretudo religiosos.

É óbvio que, do ponto de vista estritamente legal, o pedido não encontra respaldo, não havendo qualquer preceito normativo que o preveja.

No entanto, parece cabível seu deferimento, repousando meu posicionamento a respeito do *thema decidendum* em dois fundamentos, que tentarei sintetizar aqui.

Em primeiro lugar, é preciso considerar que, por ocasião da elaboração e da promulgação do Código Penal, em 1940, não dispunha a Medicina, ainda rústica e incipiente, dos recursos técnicos que hoje permitem a detecção de malformações e outras anomalias fetais, indicativas de morte

logo após o parto ou de irrecuperáveis sequelas físicas ou mentais. Em outras palavras, naqueles tempos já remotos, era preciso esperar o nascimento da criança para constatar a perfeita sanidade ou a eventual deficiência em maior ou menor grau. Por óbvio, a lei não poderia prever uma situação inexistente na realidade e incluí-la entre as causas de exclusão da ilicitude do aborto.

Hoje, como é amplamente difundido, com os avanços tecnológicos aplicados à Medicina e, no caso particular, à Obstetrícia, e com a evolução das pesquisas médicas em geral, a situação muda de figura, não sendo desarrazoado supor que, havendo tal possibilidade na época em que foi elaborado, o Código Penal também isentasse de pena o chamado aborto eugênico, como é conhecida a interrupção da gestação na hipótese vertente, o que se extrai da própria *mens legis* do referido preceito da lei penal.

Tal circunstância, por si só, autoriza uma atualização do pensamento em torno da matéria, visto que o Direito, como se sabe, não se esgota na lei, nem está estagnado no tempo, mas necessita acompanhar a evolução social, sob pena de perder o prestígio e o sentido, tornando-se antes um estorvo desprezado pela sociedade do que um efetivo instrumento de concretização da paz social.

Em segundo lugar, a jurisprudência, sensível à realidade da vida e suas constantes mudanças, como não poderia deixar de ser, tem feito uma interpretação extensiva do disposto no art. 128, I, do estatuto repressivo, admitindo o aborto, não só quando indispensável para salvar a vida da gestante, mas quando necessário para preservar-lhe a saúde, inclusive psíquica, na perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana. E penso que não merece qualquer reparo tal orientação jurisprudencial, uma vez que aplica a analogia *in bonam partem*, admissível em matéria penal, já que não está criando nenhuma figura típica, nem enquadrando analogicamente uma conduta em tipo penal que não a preveja estritamente, mas apenas estendendo uma causa de isenção da punibilidade a uma situação assemelhada à que a lei descreve.

Por outro lado, apenas para não deixar passar em branco, não me impressiona a argumentação da menina anencéfala que resistiu por cerca

de um ano, contra a previsão dos médicos, que inclusive teriam aconselhado sua genitora a interromper a gravidez.

A atitude dessa mãe, negando-se ao aborto, aparentemente calcada em profunda espiritualidade, é exemplo de amor, de nobreza de sentimentos e de desprendimento e, por isso mesmo, merecedora da maior admiração.

Tal não significa, porém, que outra mulher, despida talvez da mesma fortaleza moral ou que não tenha quem sabe a mesma rede de apoio, seja obrigada a seguir-lhe o exemplo, com todas as consequências desse pesadíssimo encargo.

Por tais razões, com a vênua dos que pensam diferentemente, não vejo razão jurídica relevante para desacolher o aborto do anencefálo, o que equivaleria impor à gestante um árduo sofrimento, coisa que não se inclui entre as funções do Direito, salvo como retribuição pela prática delituosa. ◆

Controle Incidental de Constitucionalidade

Danielle Rapoport

Juíza de Direito do Juizado Especial Cível de Araruama

O seminário de Controle da Constitucionalidade, realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro nos dias 20, 23, 27 e 30 de maio e 03 de junho de 2011, foi dividido em temas, dentre eles o controle incidental, ao que passo à análise neste momento.

Em primeiro lugar, é necessário tecer breves comentários sobre os dois modelos básicos de controle da constitucionalidade: o difuso e o concentrado. Para se chegar a esses dois grandes modelos, são utilizados dois critérios básicos. O primeiro diz respeito ao órgão encarregado do controle constitucional e o segundo, à natureza do pleito em que a arguição de inconstitucionalidade é feita.

Assim, o primeiro critério distingue as formas de controle em difusa e concentrada e o segundo distingue os tipos de processo em incidental e direto.

Especificamente quanto ao controle difuso da constitucionalidade, esse é adotado no Brasil desde a primeira Constituição Republicana de 1891. Os textos constitucionais posteriores mantiveram a previsão do controle difuso, possibilitando a qualquer órgão do Poder Judiciário, quando da análise do caso concreto, analisar de forma incidental a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo quando esta for imprescindível para o deslinde do caso concreto, não sendo, então, objeto principal da ação.

Dessa forma, em qualquer tipo de demanda em que o autor se valha da alegação de inconstitucionalidade de um dispositivo normativo haverá exercício do controle difuso da constitucionalidade.

No exercício do controle difuso da constitucionalidade, a decisão de pronúncia da inconstitucionalidade possui eficácia subjetiva limitada às partes do processo judicial; ou seja, somente aqueles que compuseram a relação jurídico-processual serão alcançados pelos efeitos da decisão.

Trata-se, assim, de questão prejudicial à solução da lide, em que a questão constitucional é suscitada como causa de pedir, devendo a inconstitucionalidade ser declarada na fundamentação da decisão, não fazendo coisa julgada material.

Em análise a um caso concreto, ocorrido no Município de Araruama, tem-se que foi editada a Lei Municipal 1.355/06, que estabeleceu que para a concessão de novas licenças para o funcionamento de drogarias, deveria ser observada uma distância mínima entre estabelecimentos do gênero.

Assim, uma determinada empresa que explora esse ramo de atividade impetrou mandado de segurança contra ato da Secretaria de Fazenda do Município de Araruama, no qual o impetrante alegou que teve indeferido requerimento de alvará para instalação de uma de suas drogarias. Afirmou a parte autora que o indeferimento do seu requerimento fundamentou-se na citada Lei Municipal.

Superando as questões preliminares suscitadas, a sentença salientou que a matéria discutida no *mandamus* foi alvo de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, que, em controle abstrato de leis municipais semelhantes, já se manifestara sobre o tema, posicionando-se no sentido da inconstitucionalidade de leis municipais que estabeleçam distância mínima para a concessão de novas licenças para funcionamento de farmácias, com fundamento na violação do princípio da livre concorrência, inserto nos artigos 170, IV e § único e 173, § 4º, da Constituição da República.

A denegação do pedido de alvará, a toda evidência, consagraria o privilégio dos estabelecimentos já existentes no perímetro em que a impetrante também pretendia instalar-se, afrontando, por certo, os princípios da igualdade, livre iniciativa e livre concorrência.

Asseverou-se, inclusive, que o pleito autoral encontrava amparo no enunciado nº 646 da Súmula de Jurisprudência do egrégio Supremo Tri-

bunal Federal, *in verbis*: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”.

Com amparo em nossa Corte Suprema, o Tribunal de Justiça deste Estado, em análise de casos concretos semelhantes ao que foi tratado no referido mandado de segurança, manteve decisão que concedeu a segurança ao impetrante, como destacaram as ementas transcritas no julgado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. LEI MUNICIPAL QUE ESTABELECE DISTÂNCIA MÍNIMA DE 500 METROS DE RAIOS PARA FUNCIONAMENTO DE DROGARIAS, FARMÁCIAS E ESTABELECIMENTOS CONGÊNERES. PLEITO DE LIMINAR PARA AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL E DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM DA LEI MUNICIPAL Nº 28/01. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. SÚMULA Nº 646 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO ART.557, do CPC. 1. Ofende o princípio da livre concorrência a lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área, nos termos do entendimento sumulado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal. 2. Manutenção do julgado”.

(2007.001.23646 - APELAÇÃO CÍVEL - 1ª Ementa - DES. ELTON LEME - Julgamento: 30/07/2007 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL)

“MANDADO DE SEGURANÇA - INDEFERIMENTO DA EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO COM BASE NA LEI COMPLEMENTAR 28/2001 - INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM - INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO DE LEI EM TESE (SÚMULA Nº 266, DO STF), MAS SIM DE ATO DE EFEITOS CONCRETOS. In-

deferimento do pedido de expedição de alvará para localização de drogaria, com fulcro na Lei Complementar nº 28/2001, do Município de Teresópolis. Inexistência de impugnação direta de lei em tese (Súmula nº 266, do STF), mas sim de ato de efeitos concretos. Reconhecimento incidenter tantum da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 28/2001, que dispõe sobre a proibição de licença de localização para farmácias e drogarias no Município de Teresópolis, sem a observância da distância mínima de 500 metros de raio de distância dos estabelecimentos congêneres. Precedente do STF.Sentença que se confirma. Recurso conhecido e desprovido”.

(2007.001.02185 - APELAÇÃO CÍVEL - 1ª Ementa - DES. RICARDO COUTO - Julgamento: 24/05/2007 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL)

“Mandado de segurança. Decreto Municipal que estabelece distância mínima de 200 metros de raio para funcionamento de drogarias, farmácias e estabelecimentos congêneres. Inconformismo da Municipalidade com a sentença que concedeu a segurança para autorização de funcionamento de estabelecimento comercial e declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum do referido Decreto Municipal. Manifesta ofensa ao princípio da livre concorrência. Decreto municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área. Direito da empresa impetrante assegurado a teor do verbete sumular da Suprema Corte (nº 646). Decisão pela Relatoria, em observância aos princípios da efetividade e celeridade processual, nos termos autorizativos do artigo 557, caput do CPC. NEGO SEGUIMENTO AO RECURSO, mantendo integralmente a douda sentença vergastada”.

(2008.001.05718 - APELAÇÃO CÍVEL - 1ª Ementa - DES. SIRLEY ABREU BIONDI - Julgamento: 13/03/2008 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL)

Foi considerado, por fim, que a autonomia conferida aos municípios, sobretudo no que diz respeito ao ordenamento territorial e à ocupação do solo urbano previstos no artigo 30, inciso VIII, da Constituição Federal, deve coadunar-se com os princípios que a própria Carta Magna estabelece como basilares, de forma a se evitar antinomias.

Diante de tais fundamentos, e considerando que a lei municipal em questão afronta a Constituição Federal, foi declarada incidentalmente a sua inconstitucionalidade, sendo concedida a segurança.

Dessa forma, e diante da análise do caso concreto acima, conclui-se que no controle incidental das leis e atos normativos, a natureza do pleito diz respeito à resolução de um conflito de interesses e não especificamente à declaração de inconstitucionalidade da lei.

Pressupõe, assim, a faculdade do juiz, na aplicação da lei ao caso concreto, examinar seus fundamentos constitucionais; ou seja, o itinerário lógico que o juiz percorre é analisar se a lei que ampara a pretensão de uma das partes é constitucional ou inconstitucional. É uma questão prejudicial que o juiz terá de enfrentar no bojo da sua fundamentação.

Portanto, a sentença proferida possui efeitos endoprocessuais; ou seja, apenas dentro do processo em que a constitucionalidade ou inconstitucionalidade foi reconhecida.

Para concluir, deve ser dito que, em que pese a adoção pelo Brasil de um sistema híbrido de controle da constitucionalidade, há forte tendência à concentração, sendo que, cada vez mais, o controle abstrato invade espaço inicialmente destinado ao controle concreto. ◆

Cadastros de Passagem e Constituição

Fábio Costa Soares

Juiz de Direito do Juizado Especial Cível de Cabo Frio

1 - INTRODUÇÃO

Trata-se de breve estudo destinado ao exame da compatibilidade dos cadastros de passagem, ou registros de passagem, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. É interessante sublinhar que a questão também foi objeto de exame em algumas ações que tramitaram no Juizado Especial Cível da Comarca de Cabo Frio.

Os referidos registros consistem na anotação em bancos de dados, geridos pelos cadastros de devedores, sobre as consultas feitas por estabelecimentos conveniados com relação a determinado consumidor. As consultas permanecem registradas para informação sobre o comportamento do consumidor no mercado de consumo e são utilizadas para exame pelo fornecedor de crédito do risco da concessão de crédito a algum consumidor.

O estudo será desenvolvido sob a ótica do direito constitucional fundamental à privacidade (artigo 5º, inciso X, da Constituição de 1988).

2 - CADASTROS DE PASSAGEM E CONSTITUIÇÃO

O registro de passagem consiste na anotação sobre consultas, ou contratos relativos a determinado consumidor, mantida em banco de dados gerido pelos cadastros de devedores. Em tese de Doutorado dedicada aos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores, Antonio Carlos

Efing¹ sustenta que o referido registro é

“uma forma de consulta utilizada pelos lojistas, na qual se faz constar as pessoas que fizeram mais de dez consultas a preços em lojas preenchendo o cadastro com seus dados. Após determinado número de consultas (no Paraná tem-se que após dez consultas o consumidor é arquivado) o comércio passa a restringir crédito ao consumidor, tendo como justificativa a sempre invocada segurança no trato comercial.”

Considerando que o consumidor integra o mercado de consumo, deve ser aferido se o seu comportamento é ligado estritamente à sua esfera da intimidade, ou afeta interesse que transcende o individual. Caso se conclua no sentido de que a informação sobre o comportamento do consumidor no mercado de consumo, no que tange às consultas anteriores feitas por fornecedores, integra o núcleo intangível da intimidade da pessoa humana, a manutenção do registro de passagem estaria em desacordo com a norma constitucional de tutela da intimidade². Em caso contrário, a manutenção do registro seria compatível com o texto constitucional, prevalecendo o interesse público inerente ao hígido funcionamento de todo o mercado de concessão de crédito.

Assim, o ponto central da controvérsia nesses autos consiste na legalidade, ou ilegalidade dos denominados registros de passagem e da recusa em conceder crédito após análise do perfil do consumidor pela empresa

1 EFING, Antonio Carlos. **Bancos de Dados e Cadastro de Consumidores**. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 234.

2 EFING sustenta que *“este cadastro de passagem está em total dissonância com os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, visto que procedem pré-julgamento do consumidor, que muitas vezes sequer é inadimplente e vem a ser tachado como tal, sendo-lhe negado crédito e não se procedendo a prévia e necessária informação sobre a inserção de seu nome no arquivo”*(EFING, Antonio Carlos. **Bancos de Dados e Cadastro de Consumidores**. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 234). No mesmo sentido: *“Na hipótese, o registro e a divulgação a terceiros de meras passagens do consumidor por estabelecimentos diversos, a ponto de ser possível se esboçarem a rotina e os hábitos individuais, violam, à evidência, o direito à privacidade”* (BESSA, Leonardo Roscoe. **O Consumidor e os Limites dos Bancos de Dados de Proteção ao Crédito**. São Paulo: RT, 2003 p. 258-259). Nada obstante, a interpretação sobre o tema admite conclusão em sentido contrário, como será exposto no decorrer deste breve estudo.

que atua no mercado de consumo, mesmo diante da inexistência de anotações de natureza negativa no referido cadastro.

As normas do artigo 43 e seus parágrafos, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, disciplinam os bancos de dados e cadastros de consumidores em sentido amplo, abrangendo não apenas os registros de informações sobre inadimplemento contratual do consumidor e que restringem o seu acesso ao crédito, mas outros cadastros e bancos de dados. A leitura do *caput* do artigo 43 do CDC é suficiente para afastar a pretensão à restrição do conteúdo, ou da qualidade da informação consignada no banco de dados, admitindo informações além do inadimplemento contratual do consumidor:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

No plano legislativo, ou infraconstitucional, o Código de Defesa do Consumidor não proíbe a manutenção de arquivos de consumo que contenham informações sem relação com o inadimplemento de dívidas, notadamente sobre os seus hábitos de consumo. Como destaca CLÁUDIA LIMA MARQUES³:

“A elaboração, organização, consulta e manutenção de banco de dados sobre consumidores e sobre consumo não é proibida pelo CDC, ao contrário, é regulada por este. A lei fornece, porém, parâmetros de lealdade, transparência e cooperação e controla esta prática de forma a prevenir e diminuir os danos causados por estes bancos de dados e/ou pelos fornecedores que os utilizam no mercado.”

3 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no CDC**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 691-692.

Os princípios da lealdade, transparência e cooperação, indicados pela pensadora em tela estão consagrados nas normas do *caput* do artigo 43 e seus parágrafos do CDC, nada obstante poderem ser hauridos do princípio da boa-fé objetiva, consagrado no artigo 4º, inciso III, do CDC.

Inexistindo proibição legal, a questão que se coloca consiste em definir se a existência de cadastros que contenham informações sobre o consumidor e seus hábitos de consumo ofendem a Constituição de 1988, que assegura a proteção à intimidade e à vida privada das pessoas (artigo 5º, X).

A proteção jurídica do consumidor é mandamento inserido na Lei Maior (artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição de 1988) na esteira do movimento consumerista iniciado na segunda metade do Século XIX por força do advento da sociedade de massa⁴. A temática é universal, ou globalizada em razão da natureza jurídica da proteção do consumidor consagrada no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição de 1988 e do caráter universal dos Direitos do Homem, entre os quais se inclui aquela proteção e a intimidade. Assim, a proteção estatal dos interesses e direitos do consumidor tem fundamento constitucional e status de direito fundamental, consagrada entre os Direitos do Homem de terceira geração⁵. Como assevera ainda JOÃO BATISTA DE ALMEIDA⁶, “a proteção jurídica do consumidor não é tema que diga respeito a um único país; ao contrário, é tema supranacional, pois abrange todos os países, desenvolvidos, ou em vias de desenvolvimento.”

Nesse sentido, os fundamentos de decisão sobre o tema, proferida

4 Cf. MARINS, James. **Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto. Os Acidentes de Consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 27-28.

5 Cf. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p. 12-13, nota 9. No mesmo sentido: LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2003, p.21-40.

6 ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção jurídica do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 4.

por órgãos jurisdicionais de outros países, são também úteis para interpretação das normas no sistema jurídico brasileiro. O Tribunal Constitucional da Alemanha⁷ decidiu que

“o indivíduo não tem um direito de absoluto domínio sobre seus dados; ele é muito mais uma personalidade que se desenvolve no seio de uma comunidade social, dependente de comunicação. (...) a informação, ainda quando relacionada à pessoa, apresenta uma figuração da realidade social, a qual não pode ser exclusivamente subordinada ao afetado.”

O Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento da ADIN 1790 MC/DF em 23/04/1998, relatada pelo e. Min. Sepúlveda Pertence⁸, asseverou que

“a convivência entre a proteção da privacidade e os chamados arquivos de consumo, mantidos pelo próprio fornecedor de crédito ou integrado em bancos de dados tornou-se um imperativo da economia da sociedade de massa: de viabilizá-la cuidou o CDC, segundo o molde das legislações mais avançadas”

O direito à intimidade, portanto, não é absoluto, mormente porque “nenhum direito fundamental é absoluto no sentido de prevalecer contra qualquer outro(...). E assim é porque os direitos somente podem ser vislumbrados em uma relação jurídica, a unir o indivíduo ao outro, ou o indivíduo ao grupo social ou à comunidade”⁹.

7 *Apud*: CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 250 – grifei.

8 *Apud*: BENJAMIN, Antônio Herman V. MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Arts. 1º a 74. São Paulo: RT, 2003, p. 548 – grifei.

9 SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 381.

Vigora em tema de preservação da intimidade das pessoas o princípio da autodeterminação informativa, sendo certo que a restrição à sua intimidade deve ser orientada por razões de interesse público, ou social, justificando-se apenas em algumas hipóteses aferidas casuisticamente, em razão da relação entre a qualidade da informação que se pretenda registrar e divulgar e a sua finalidade.

Como destaca MARIA CLÁUDIA CACHAPUZ¹⁰,

“a ideia de qualidade da informação aparece, via de regra, como uma das condições de sustentação e proteção de uma esfera de privacidade, quando analisados modernos sistemas de interconexão de dados pessoais por bancos cadastrais. Tomando o exemplo do ordenamento jurídico norte-americano – dos mais remotos em matéria de disciplina sobre proteção de dados nominativos – encontra-se no Privacy Act de 1974 a preocupação de que as exigências de coleta e armazenamento de dados retenham apenas aquelas informações que se tornem relevantes e que justifiquem o próprio cadastramento.”

Assim, é a relação entre a qualidade da informação armazenada no banco de dados e a finalidade daquele registro que indicará a licitude, ou ilicitude das anotações. Na tarefa de delimitação do espaço reservado à intimidade e a vida privada do consumidor e ao interesse público e social dos arquivos de consumo, indicando a possível restrição daquelas para a preservação do interesse público e social e, portanto, de todos os consumidores também titulares do direito à intimidade e à vida privada, deve-se ter presente a seguinte observação doutrinária¹¹:

10 CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade...**, cit., p. 260-261.

11 CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade...**, cit., p. 44.

“No estudo entre o que é íntimo e o que é privado há um comprometimento com valores históricos, com limitações entre interesses públicos e privados com a própria condição humana de existência. (...) O íntimo e privado tanto é assegurado como um direito inalienável ao livre desenvolvimento da personalidade, como é evidenciado, em concreto, na particularidade de cada indivíduo, que se situa num determinado momento de tempo e espaço social.”

O mercado de concessão de crédito é anônimo e pulverizado, e envolve atividade de risco para o fornecedor. Os cadastros que contêm informações sobre o inadimplimento dos consumidores restringem o acesso ao crédito e representam mecanismo lícito de proteção daquele mercado.

Mas o registro de dados e informações sobre outras contratações feitas pelo consumidor no mercado de consumo também guarda relação direta com a necessidade de avaliar os riscos do fornecedor de crédito, diante do anonimato das relações de consumo na sociedade complexa e massificada.

Portanto, não apenas as anotações restritivas decorrentes do inadimplimento do consumidor são necessárias para a análise do risco da contratação pelo fornecedor, mas também as informações que permitam ao fornecedor traçar o perfil do consumidor são úteis e necessárias para atingir aquela finalidade, revelando a licitude daquelas anotações.

No ordenamento jurídico em vigor, não há obrigação de o fornecedor conceder crédito a todos os que formulam pedido nesse sentido em razão do princípio da autonomia da vontade decorrente do direito fundamental à liberdade, inexistindo o correlato direito do consumidor na obtenção de crédito e financiamento, mesmo na hipótese de ausência de qualquer registro negativo em órgão de proteção ao crédito.

A eventual restrição, ou relativização da intimidade do consumidor no que concerne à existência de informações sobre outros contratos de consumo que envolvam concessão de crédito em curso, é compatível com o interesse público consistente no funcionamento do mercado de concessão de crédito em condições favoráveis a todos os demais consumidores, que

seriam onerados com maior dificuldade na obtenção de créditos e com taxas de juros ainda mais elevadas para compensar a eventual elevação do risco do fornecedor se fosse proibida a manutenção dos cadastros que contivessem informações que possibilitassem traçar o perfil dos consumidores.

Ademais, a informação sobre a existência de contratos de consumo em curso, ou o registro de consultas anteriores aos órgãos de proteção ao crédito, não estão inseridos na intimidade da pessoa humana, nem integram o conceito de vida privada, na medida em que transcendem a esfera do interesse individual do consumidor e repercutem para além da convivência em família e entre pessoas próximas, repercutindo em parcela considerável do mercado de consumo.

Por tais razões, o princípio da dignidade da pessoa humana (Constituição de 1988, artigo 3º, III) também não restou violado pela conduta da Reclamada, destacando FLÁVIA PIOVESAN que “a dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico ao sistema jurídico brasileiro.”¹²

O Magistrado gaúcho e Professor INGO WOLFGANG SARLET¹³, após indicar que o princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de não ter sido incluído expressamente no elenco do artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição de 1988 (cláusulas pétreas), deve ser considerado como limite implícito ao poder de reforma da Constituição¹⁴, sustenta que deve se

“ter em conta que da condição de limite material implícito ao poder de reforma constitucional não decorre, por si só, uma absoluta intangibilidade do bem protegido(...). Tal entendimento,

12 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3a ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 315.

13 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 137-138.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade...**, cit., p. 135.

em verdade, se harmoniza com a concepção principiológica da dignidade da pessoa, que, na sua condição de norma (princípio), tolera certa relativização, respeitando, todavia, sempre também o núcleo essencial em dignidade, este sim dotado do atributo da intangibilidade. (...) não há como transigir no que diz com a preservação de um elemento nuclear intangível da dignidade, que justamente (...) consiste na vedação de qualquer conduta que importe em coisificação e instrumentalização do ser humano (que é fim, e não meio). Da mesma forma, vale lembrar que com isto não se está a sustentar a inviabilidade de impor certas restrições aos direitos fundamentais, ainda que diretamente fundadas na proteção da dignidade da pessoa humana, desde que, à evidência, reste intacto o núcleo em dignidade destes direitos.”

As informações sobre o comportamento do consumidor no mercado de consumo, massificado e anônimo, destinadas a orientar futuras contratações com os fornecedores e a permitir a análise do risco do empreendimento, não atingem o núcleo essencial da dignidade de todo ser humano, transcendendo o domínio individual para o interesse público e social consistente no funcionamento adequado do mercado de concessão de crédito, como fator de relevância para o acesso aos bens de consumo por todos os consumidores e, assim, repercutindo no crescimento dos indicadores econômicos e na geração de novos postos de trabalho.

A Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, autoriza a utilização de dados pessoais, embora com restrições, no âmbito dos Países Membros da Comunidade Econômica Europeia, ao dispor na Seção II sobre os princípios relativos à legitimidade do tratamento de dados, no artigo 7º, letra b, que “os Estados-Membros estabelecerão que o tratamento de dados pessoais só poderá ser efetuado se for necessário para a execução de um contrato no qual a pessoa em causa é parte, ou de diligências prévias à formação

do contrato, decididas a pedido da pessoa em causa.”¹⁵ Entre as restrições, encontra-se a impossibilidade de tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, a saúde, ou a vida sexual¹⁶, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

3 - CONCLUSÃO

A manutenção dos registros de passagem em nada ofende o núcleo essencial da privacidade do consumidor, haja vista que registra informações que não guardam relação exclusivamente à sua personalidade e interessam a todo o mercado de concessão de crédito.

Nesse contexto, a previsão legal do registro de passagem encontra harmonia com o Texto Constitucional, da mesma forma que eventual proibição legal à sua criação e manutenção constituiria afronta direta ao artigo 170 da Constituição da República de 1988. ♦

4 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 3a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman V. MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Arts. 1º a 74. São Paulo: RT, 2003.

BESSA, Leonardo Roscoe. **O Consumidor e os Limites dos Bancos de Dados de Proteção ao Crédito**. São Paulo: RT, 2003.

¹⁵ *Apud*: DRUMOND, Victor. **Internet, Privacidade e Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 197.

¹⁶ Seção III, artigo 8º *Apud*: DRUMOND, Victor. **Internet...**, cit., p. 198.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10a ed., Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p. 12-13.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 250.

DRUMOND, Victor. **Internet, Privacidade e Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

EFING, Antonio Carlos. **Bancos de Dados e Cadastro de Consumidores**. São Paulo: Ed. RT, 2002.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2003.

MARINS, James. “**Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto. Os Acidentes de Consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**.” São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no CDC**. 4a ed. São Paulo: RT, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3a ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Controle da Constitucionalidade

Fabio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro

Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Capital

Inicialmente, se tomarmos por Constituição a “lei maior”, certamente nos perderíamos na história até eras imemoriais, em que poderíamos identificar normas rudimentares dotadas de superioridade hierárquica em relação a outras. Não é esse o sentido buscado. Se Constituição é limitação fundamental de poder, poderíamos apontar a Carta do rei João Sem Terra, da Inglaterra do início do século XIII. Mas a limitação decorrente desse diploma, embora importante, não o deixa próximo ao conceito de Constituição do direito moderno, cujo espectro é muito mais abrangente.

Nessa ordem de ideias, segue a Constituição Francesa de 1889. Pode-se observar nesses diplomas o cerne do moderno conceito de Constituição, embasado em um núcleo de direitos e garantias fundamentais do cidadão e na estruturação política, administrativa e jurídica do Estado, que compreende o conteúdo dito materialmente constitucional.

No decurso do século XX, o “bloco de constitucionalidade” foi paulatinamente ampliado. Primeiramente, pela inserção dos direitos de segunda geração, que compreendem os direitos fundamentais decorrentes das relações de trabalho, bem como a habitação, a saúde, a educação, etc. Em continuidade, vieram os direitos de terceira geração relacionados ao meio ambiente, consumidor, etc., que transcendem a esfera individual. Por fim, identifica-se a existência dos direitos de quarta geração, cuja precisa caracterização ainda é discutida na doutrina, mas que poderiam abranger os direitos de cidadania, como o voto e elegibilidade.

Na atualidade, a esmagadora maioria dos Estados organiza-se em bases constitucionais, tendo as constituições uma feição mais abrangente ou mais sintética, conforme as opções de cada nação.

No Brasil, os antecedentes constitucionais remontam à Constituição de 1824. A primeira Carta Magna de feição democrática e que incorporou os avanços científicos e políticos do período e pode ser dita democrática foi a de 1946, o que somente veio a se repetir em 1988.

A Lei Maior de 1988, orientando-se com as mais modernas tendências, seguiu a linha do constitucionalismo social, o que redundou em uma Constituição democrática, eclética, analítica e dirigente.

A maior precisão de uma Constituição analítica é compensada por sua maior abrangência, não sendo incomuns dificuldades interpretativas que conduzem à inconstitucionalidade de norma e atos.

A origem da teoria dos controles constitucionais estaria nos estudos doutrinários estadunidenses, vez que os limites ali impostos ao poder político ajudaram muito para a eficácia e a estabilidade das normas constitucionais e foram fundamentais para a consolidação das estruturas democráticas.

A finalidade da Constituição seria a de limitar a concentração de poder e distribuir as diversas funções estatais entre quem exercesse o poder público, a autoridade (Lowenstein).

Segundo Battaglini, em Esparta e Atenas não existia uma Corte Constitucional, nos moldes italianos atuais, descendente direta da criada pela Constituição da Áustria e influenciada por Hans Kelsen. O que havia na antiguidade era o choque entre a lei fundamental do Estado e outras leis que disciplinavam as relações humanas.

Analisando as instituições políticas antigas, desde a Grécia, observam-se aspectos úteis que podem mostrar alguma vinculação ao sistema de controle. Na Grécia, a sanção era contra o proponente da ação e não contra a norma. Ocorria apenas a responsabilidade do cidadão pela atividade legislativa contrária à lei (Battaglini).

Em Roma, não havia um controle de constitucionalidade ou de legalidade como na Grécia; o que existia era tão somente o Tribuni plebis, espécie de magistratura, criada para proteger a plebe: visava à defesa de uma classe e não da Constituição.

No período medieval, o ato do soberano era limitado pelo direito

natural, que o declarava formalmente nulo e não vinculante, para o juiz competente aplicar o direito.

Maquiavel alerta aos que constituírem uma República para a necessidade de constituírem uma vigilância à liberdade (conforme interpretação de Baracho).

Battaglini aborda o *Summus Magistratus*, apesar de não considerá-lo verdadeiro e específico controle de conformidade da lei à norma constitucional.

A primeira Constituição que tratou do controle de constitucionalidade por meio de órgão especificamente criado foi a da Pennsylvania do século XVIII. A Convenção de Filadélfia de 1787 foi importante palco de discussões acerca do controle de constitucionalidade da atividade legislativa, com reflexos no futuro Estado federal. Na França, o problema da constitucionalidade nasceu juntamente com o período revolucionário. Siéyès formulou projeto em que previa a criação de um Senado que exerceria uma espécie de poder moderador, responsável pela prevenção e repressão contra quaisquer abusos de autoridade. Falou-se até mesmo em uma Corte Constitucional: “A Suprema Corte Constitucional provê a tutela da Constituição e da ordem interna do Estado em caso de carência do poder executivo” (Battaglini, *apud* Baracho).

A Constituição de Nápoles teria um título acerca da “Custódia da Constituição”.

A constituição italiana do período de Napoleão (Constituição da República Cisalpina de 1797, art. 86) não teve influência no controle da legitimidade constitucional. O que era previsto em seu texto apenas possibilitava a anulação de ato legislativo por defeito de forma. Este poder pertencia ao *Consiglio del Seniori*.

A Constituição Espanhola de 1812, no capítulo X, trazia instituto que objetivava o controle de constitucionalidade da atividade legislativa. Tal instituto era conhecido como *Disputación Permanente de Cortes*.

Nos Estados Unidos da América, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1789, os juízes tinham estabelecido que nos casos que lhes fossem submetidos, poderiam deixar de aplicar a lei incompatível com as

leis de maior importância (New Jersey, em 1780, Virgínia 1782, North Carolina, 1787).

Os juízes seguiam precedentes decorrentes do fato de que, no estabelecimento das colônias na América, a metrópole inglesa concedia aos fundadores a possibilidade de elaborar normas para a Colônia, desde que não atentassem contra as normas que regiam a sua formação. Daí surge a ideia de hierarquização das leis (leis coloniais são inferiores às normas superiores da formação da colônia).

Em 1803, no célebre caso *Marbury vs. Madison*, através do Chief Justice John Marshall, a Suprema Corte criou o precedente de deixar de aplicar lei infraconstitucional contrária à *Paramount Law*, sendo certo que tal precedente se tornou obrigatório não apenas para a Suprema Corte, como também para os demais tribunais.

O caso *Marbury vs. Madison* se refere à validade da lei federal de organização judiciária de 1789, que concedia à Suprema Corte competência que não lhe fora deferida pela Constituição.

A notoriedade se deu em razão do sistema *stare decisis*, em que de um lado o precedente é obrigatório para todos os órgãos judiciais e, de outro, permite que se crie o precedente no sentido de que os órgãos judiciais tenham a atribuição de expressar o significado da Lei Maior, através do seu poder de verificar a compatibilidade das leis com a Constituição, ou dos atos dos outros poderes (Legislativo e Executivo) em face da *Paramount Law*.

No Brasil Império, a Constituição outorgada por D. Pedro I em março de 1824 (praticamente idêntica a que também foi outorgada em 1826 em Portugal), estava de acordo com o pensamento constitucionalista predominante na Europa no início do século XIX, que considerava que o poder provinha de Deus e do povo, com ascendência Daquela, mas sem perder de vista que o rei deveria atender também aos anseios dos cidadãos.

A referida Constituição atribuiu à Assembleia Geral, com a sanção do Imperador, fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, e velar na guarda da Constituição e promover o bem geral da Nação (art. 13). Assim, o controle da constitucionalidade das leis no Império era exercido pelo próprio Poder Legislativo, o qual mostrou-se inoperante e permitiu

uma certa confusão entre legislador constituinte e ordinário, muito embora a aludida Carta não tenha excluído o seu caráter de Constituição rígida, eis a previsão de diversidade de procedimentos para elaboração das leis e de emendas constitucionais.

A República Velha, entretanto, abandonou o padrão francês e acolheu o modelo estadunidense.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, sob inspiração de Rui Barbosa, adotou denominação similar para o País, como as instituições da república, federação, presidencialismo e até mesmo o modelo típico do sistema do *Common Law*, no qual o juiz tem a mais ampla cognição, se submetendo aos tribunais comuns todas as causas, diversamente do sistema francês, que até hoje, separa a jurisdição comum da administrativa e que, no Império era deferida ao Conselho do Estado o poder de processar e julgar as causas públicas.

A República Velha, apesar de ter introduzido em nosso sistema o controle judicial da constitucionalidade como herança do modelo norte-americano de organização do poder, implementou um sistema de controle muito restrito, quase inexistente, devido à formação privatística do juiz e da falta de instrumentos que permitissem a plena efetividade de tais funções.

Na Constituição de 1937, foi mitigado o modelo federativo, alterando profundamente o Poder Judiciário, o qual recebeu a Justiça eleitoral (1932). Também foi criado o mandado de segurança, para proteção dos direitos não tutelados pelo *habeas corpus*, passando o mais alto tribunal a se chamar Corte Suprema, introduzindo, ainda, o recurso extraordinário como forma de controle da prevalência da Constituição e das leis federais quanto às causas decididas em única ou última instância pela Justiça estadual.

Nessa ocasião, também foi introduzida a representação para intervenção da União no Estado-membro como instrumento para a execução de ordens e decisões dos juízes e tribunais federais e também para assegurar princípios constitucionais, sendo certo que nesta Constituição também foi vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas. Tal disposição veio a ser repetida na Carta de 1937.

Na Constituição de 1937, que se apresentou com traços bastante marcantes de autoritarismo, aparece uma característica avessa ao controle de constitucionalidade das leis, sendo certo que durante sua vigência não se elegeram integrantes do Parlamento, tendo o Chefe do Executivo ficado autorizado a dispor sobre todas as matérias, inclusive emendas constitucionais, através de decretos-leis, passando a restringir o controle de constitucionalidade sobre atos do Presidente da República.

A Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946 e diante da redemocratização do país, passou a apresentar um caráter político-liberal, descentralizador, federativo, garantidor dos direitos individuais, voltando com as inovações da Carta de 1934. Conservou diversos institutos no controle da constitucionalidade, como a representação para intervenção da União no Estado-membro, o poder do Senado de suspender a execução de leis ou decretos inconstitucionais por decisão definitiva do STF, o recurso extraordinário das causas decididas em única ou última instância e o princípio da reserva de plenário.

Apesar de a representação para intervenção ou ação declaratória de inconstitucionalidade ter sido criada pela Constituição de 1934 com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, ampliou-se seu objeto alcançando a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Carta da República; e de lei ou ato normativo municipal relativamente à Constituição estadual.

Na Constituição de 1967, assim como na reforma estabelecida pela Emenda Constitucional nº 1/69, foram mantidos os dispositivos constitucionais da Constituição de 1946, com a alteração da aludida Emenda Constitucional nº 16/65, referentes ao controle de constitucionalidade.

Na Constituição de 1988, chamada por alguns de “Constituição Cidadã”, o Poder Judiciário permaneceu com o mesmo formato dos tempos da ditadura militar, salvo poucas alterações.

A ação direta de inconstitucionalidade passou a ter diversos legitimados ativos, o que antes era reservado apenas ao Procurador-Geral da República, sendo instituída a representação de inconstitucionalidade em nível estadual. Surgiu a ação declaratória de constitucionalidade através da

Emenda Constitucional nº 3, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos Poderes Judiciário e Executivo; a edição da Lei 9.868/99 que conferiu aos procedimentos das ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade nítido caráter legislativo, estabelecendo formas de interpretação, com a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, havendo também a chamada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ficando finalmente mantido o controle concentrado e o controle difuso da constitucionalidade.

O controle concentrado (abstrato) é exercido por via de ação direta, independente de um caso concreto, objetivando a proteção da ordem constitucional objetiva, a supremacia da constituição, através de: ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC), arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e ação interventiva. Os efeitos são *erga omnes* e vinculante.

O controle difuso (incidental) é analisado em processo judicial em que se resolvem conflitos de interesses subjetivos no caso concreto, cuja declaração de inconstitucionalidade possui efeitos entre as partes. Nesse controle, o Senado Federal poderá suspender a execução da lei declarada inconstitucional (art. 52 X da CF).

Apesar de haver nítida diferença entre os efeitos dos dois métodos de controle, observa-se uma tendência do STF de conferir efeitos *erga omnes* às decisões proferidas em controle difuso. Assim, a abstrativização do controle difuso, conferindo efeitos gerais à comunicação ao Senado, objetiva tão somente a publicação (divulgação) da decisão, eis que a própria decisão definitiva do STF possui força normativa, ocasionando uma mutação constitucional.

No âmbito legislativo, a tendência de abstrativização surgiu mais forte com a EC nº 45/04 que introduziu a Súmula Vinculante e a exigência de repercussão geral para admissão do recurso extraordinário. Outro exemplo de abstrativização é o art. 557 *caput*, e § 1º - A, do CPC, que possibilitam ao relator julgar recurso que esteja em confronto com a súmula ou jurisprudência do STF.

Em suma, a abstrativização é uma tendência cada vez mais forte no nosso ordenamento jurídico, tanto no âmbito judicial, como no legislativo, visando sempre a buscar efetividade dos preceitos constitucionais e combater a morosidade dos processos judiciais.

Para finalizar, se faz oportuno trazer um caso concreto sobre abstrativização, no qual o STF conferiu efeitos gerais a uma decisão proferida em controle concreto.

Trata-se do HC 82.959/SP, no qual houve mudança de entendimento do STF, que declarou inconstitucional a vedação da progressão de regime aos crimes hediondos por violação ao princípio da individualização da pena. A corte, ao proferir a decisão em sede de controle concreto, conferiu efeitos gerais e não apenas ao Paciente daquela ação, ou seja, atribuiu para o controle difuso efeito típico de controle abstrato (concentrado). É a abstrativização. Posteriormente, foi ajuizada a Rcl 4.335/AC, contra a decisão de um juiz que entendeu que em controle difuso os efeitos seriam inter partes, necessitando do Senado para lhe dar efeito geral. O relator Ministro Gilmar Mendes julgou procedente o pedido, entendendo que a multiplicidade de decisões dotadas de eficácia geral e o advento da Lei 9.882/99 alteraram de forma radical a concepção dominante sobre a separação dos poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral. ◆

Controle de Constitucionalidade

Flávia Fernandes de Melo

Juíza de Direito da 1ª Vara Cível de Barra Mansa

O tema em debate é a base de todo o Estado de Direito, pois garante a conformação de toda atividade legislativa com o texto constitucional. O Estado é uno, assim, não pode, em princípio, haver contradições em seu sistema normativo. Vários são os modos de conformação das normas no ordenamento jurídico; entre eles, o controle de constitucionalidade, instrumento de verificação da compatibilidade entre uma lei e a Constituição, de modo que esta, por ser a norma superior do ordenamento jurídico, serve como parâmetro de conformação de todas as leis.

A função precípua do controle de constitucionalidade é garantir a ordem e a coerência do sistema normativo, de modo que, partindo da supremacia e rigidez constitucional, haja conformidade entre as leis e seu fundamento de validade, que é a Constituição. Trata-se, assim, de uma garantia de existência da própria Constituição, de modo que se possa assegurar a observância, aplicação e conservação da lei fundamental.

Os pilares do controle de constitucionalidade são basicamente dois: a supremacia e a rigidez constitucionais. A rigidez é vista na medida em que a Constituição tem maiores proteções, quando de sua alteração, do que as demais espécies normativas. Configura-se a supremacia constitucional na medida em que a Constituição se encontra no ápice da pirâmide normativa, servindo de fundamento jurídico-positivo para todas as normas.

Observa-se, assim, que, competindo ao Judiciário o papel de intérprete qualificado das leis e de guardião da Constituição, toda atividade relacionada ao “controle de constitucionalidade” deve ser exercida com extrema parcimônia, uma vez que invalida ato emanado de outro Poder (Legislativo), exercendo uma função atípica.

Saliente-se que, não apenas quando o Poder Judiciário exerce o controle de constitucionalidade propriamente dito (via direta ou incidental), mas também quando realiza a interpretação conforme texto normativo, extrapola a interpretação literal.

Tal situação foi debatida em palestra ministrada pelo DES. Nageb Slaibi Filho e pelo Procurador do Estado, Dr. Christiano Taveira, quando suscitaram questão polêmica e recentemente decidida pelo Supremo Tribunal Federal: o reconhecimento de direitos advindos da união homoafetiva.

A situação é polêmica pela divergência social acerca do tema, mas, na seara jurídica, tomou outro rumo, questionando-se a competência do Tribunal Constitucional para “dizer” o que a lei não disse...

Fato é que a lei, em sua interpretação literal, apenas reconhece o casamento/união estável entre homem e mulher. Assim, no caso de direito sucessório, apenas o cônjuge sobrevivente é contemplado. Mas, a união homoafetiva é uma realidade social e, como tal, exige regulamentação, sendo o Tribunal Supremo Federal provocado para decidir o caso concreto. Na ausência de lei específica, e não podendo o Judiciário se esquivar da decisão, buscou os princípios e a interpretação da norma para aplicá-la ao caso posto em debate.

Para muitos, o STF “legislou” ao reconhecer direitos ao companheiro homoafetivo, extrapolando a sua função típica. A meu ver, o julgador não se pode furtar à resolução das questões sociais, de modo que não pode deixar de decidir sob a alegação de inexistência de norma, pelo que, utilizando-se das ferramentas jurídicas, deve interpretar a norma conforme a Constituição e dar solução ao caso. O STF não extrapolou sua função, apenas deu a interpretação que mais se coaduna com a atual realidade social e com o valor da justiça, diante da ausência de ato que deveria ser emanado do Poder Legislativo, que, infelizmente, não consegue atuar de modo a acompanhar e regular a dinâmica das relações sociais.

Historicamente, atribui-se maior importância do controle difuso de constitucionalidade ao caso americano *Marbury v. Madison*, de 1803, em que se tem notícia, pela primeira vez, da utilização da Constituição

como parâmetro interpretativo de atos e leis. A importância desse caso decorre de que, no controle difuso, cada juiz é responsável por fiscalizar a constitucionalidade das leis no momento de sua aplicação.

Assim, o caso *Marbury v. Madison* torna-se paradigmático no estudo de todo o controle de constitucionalidade, mais especificamente o controle difuso. Não poderia ser diferente no Brasil, que, após a Constituição Imperial de 1824, em que não se previa qualquer forma de controle de constitucionalidade, passou a prever expressamente o controle difuso de constitucionalidade na Constituição de 1891, em seu artigo 59, §1º. Dispunha o artigo que havia a possibilidade de recurso ao Supremo Tribunal Federal quando se questionasse sobre a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado que os considerasse válidos.

Desde então, há a previsão do controle difuso de constitucionalidade que encontra suas bases nos ditames do artigo 102, III, da Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal julgar a inconstitucionalidade em Recurso Extraordinário.

Não se pode olvidar, contudo, que o sistema de controle de constitucionalidade no Estado Brasileiro é misto, posto que se utiliza do sistema de controle difuso acima citado e do sistema de controle concentrado, sendo certo que tal classificação da forma de controle de constitucionalidade leva em consideração a competência jurisdicional, ou seja, que órgãos têm competência para apreciar a constitucionalidade de um ato ou dispositivo legal.

No controle difuso, qualquer juiz ou tribunal pode exercer o controle de constitucionalidade, isto é, uma vez que se mostra como atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição.

O controle concentrado, por seu turno, concentra o poder de analisar a constitucionalidade em apenas um órgão, com exclusão de quaisquer outros, como é feito no Brasil perante o Supremo Tribunal Federal via Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; e perante os

Tribunais de Justiça, no que atine às leis estaduais em face da Constituição Estadual Conforme.

Nessa esteira, o Brasil adotou esse tipo de controle de constitucionalidade, que visa à conciliação do controle concentrado e do controle difuso, mas que, na prática, gera conflitos ainda não solucionados. Cite-se, para exemplificar, o caso narrado pelo palestrante Dr. Rodrigo Lourenço, em que os diversos TRTs do Brasil criaram uma resolução que foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, um Juízo de primeiro grau determinava a um órgão o cumprimento da Resolução, por decisão transitada em julgado.

A solução no caso concreto foi a expedição de ofício ao STF para que se pronunciasse sobre o que deveria o referido órgão fazer diante das decisões definitivas conflitantes. O STF determinou o cumprimento de sua decisão, negando validade à decisão daquele Juízo que se encontrava sob o manto da coisa julgada, restando evidente a problemática do convívio, nada harmônico, entre os dois sistemas, como bem pontuado pelo palestrante acima citado.

O controle concreto/difuso de constitucionalidade surge a partir de um caso concreto, de uma lide proposta. Sua finalidade precípua é assegurar direitos subjetivos. Nessa esteira, a supremacia constitucional é secundária e reflexa, ou seja, trata-se de consequência da própria defesa do direito subjetivo proposto no caso concreto.

O controle abstrato/concentrado de constitucionalidade, por sua vez, tem como objeto precípua a lei em si. Ela não tem como finalidade assegurar direitos subjetivos, mas sim a força normativa da Constituição diante de leis inconstitucionais. Assim, há diretamente a proteção aos pressupostos constitucionais.

Em regra, o controle concentrado de constitucionalidade é realizado em processo objetivo e possui caráter abstrato, cuja inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma é questão principal da demanda (*principaliter tantum*). O controle difuso, por seu turno, é caracterizado por ser um processo subjetivo e possuir caráter concreto, valendo apenas para as partes, analisado como questão incidental (*incidenter tantum*).

O que, de fato, diferencia os modos de verificação de constitucionalidade de uma norma é o meio de cognição de tais questões no processo. Normalmente, o controle abstrato é feito de forma concentrada, no STF, por intermédio da ADIN, ADC ou ADPF; e o controle concreto, de forma difusa. O controle difuso é sempre *incidenter tantum*, pois a constitucionalidade é questão incidente que será resolvida na fundamentação da decisão judicial. O controle concentrado, por seu turno, tem como objeto precipuamente a discussão da conformação da lei com a Constituição, ou seja, a questão principal é a própria constitucionalidade ou não da norma.

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal, sendo competente para compatibilizar todo o ordenamento jurídico com a Carta Maior por meio do controle concentrado de constitucionalidade. Entretanto, tal competência não é privativa do STF, conforme previsão do artigo 97 da Constituição da República de 1988, que dispõe que os tribunais somente podem declarar a inconstitucionalidade de norma ou ato normativo através da maioria absoluta dos membros do plenário ou do órgão especial (órgão maior). Trata-se da cláusula de reserva de plenário que deu azo ao enunciado 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal: “Viola a cláusula de reserva do plenário (art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência no todo ou em parte”. Frise-se que tal fato não impede que o juiz de primeiro grau declare incidentalmente a inconstitucionalidade de uma norma.

Do mesmo modo, percebe-se a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no presente incidente na medida em que sua análise se dá separadamente do caso concreto em que se originou. Ao se decretar o incidente de inconstitucionalidade, este ganha autonomia para o posterior julgamento pelo órgão maior, de modo que a natureza desse incidente torna-se objetiva, ou seja, sem partes interessadas e julgamento de direitos subjetivos, como ocorre no julgamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade. Apesar de o *decisium* ser examinado *incidenter tantum*, ele não será válido apenas àquele processo, mas, por força da formação do precedente judicial, ele será paradigma para todos os demais casos em que

o tribunal seja posto a manifestar-se.

Cumpre dizer que, uma vez resolvido o incidente, este cria uma norma geral do caso concreto, de modo que, nos casos futuros que guardem similitude com o já julgado, não é mais preciso encaminhar a mesma questão ao órgão maior. Neste sentido encontra-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, senão veja-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PROCESSAMENTO - CONTRARIEDADE A PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIÁVEL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO CUJAS RAZÕES CONTRARIAM JURISPRUDÊNCIA SEDIMENTADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE - INCIDENTE - DESLOCAMENTO DO PROCESSO PARA O ÓRGÃO ESPECIAL OU PARA O PLENO - DESNECESSIDADE. VERSANDO A CONTROVÉRSIA SOBRE O ATO NORMATIVO JÁ DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO GUARDIÃO MAIOR DA CARTA POLÍTICA DA REPÚBLICA - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DESCABE O DESLOCAMENTO PREVISTO PELO ARTIGO 97 DO REFERIDO DIPLOMA MAIOR. O JULGAMENTO DE PLANO PELO ÓRGÃO FRACIONADO HOMENAGEIA NÃO SÓ A RACIONALIDADE, COMO TAMBÉM IMPLICA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ARTIGO 97 EM COMENTO, EVITANDO A BUROCRATIZAÇÃO DOS ATOS JUDICIAIS NO QUE NEFASTA AO PRINCÍPIO DA ECONOMIA E DA CELERIDADE. A RAZÃO DE SER DO PRECEITO ESTÁ NA NECESSIDADE DE EVITAR-SE QUE ÓRGÃOS FRACIONADOS APRECIEM, PELA VEZ PRIMEIRA, A PECHA DE INCONSTITUCIONALIDADE ARGUÍDA EM RELAÇÃO A UM CERTO ATO NORMATIVO.

**AI 170162 AgR / SC - SANTA CATARINA - AG.REG.NO
AGRAVO DE INSTRUMENTO - Relator(a): Min. MAR-
CO AURÉLIO- Julgamento: 26/09/1995 - Órgão Julga-
dor: Segunda Turma**

Na esteira do tema, o palestrante Dr. Christiano Taveira citou o cabimento da Representação de Inconstitucionalidade, ressaltando a sua impropriedade para atacar Decreto. Tal tese impediu que a Representação de Inconstitucionalidade apresentada contra Decreto emanado pelo Governador Sérgio Cabral, que “legislou” sobre a administração das ambulâncias SAMU, tivesse conhecimento em seu mérito. Por outro lado, a natureza do remédio jurídico contra o referido decreto não é pacífica.

O curso foi de grande utilidade, trazendo temas atuais e polêmicos e demonstrando a importância dos sistemas de controle de constitucionalidade para a manutenção do ordenamento jurídico íntegro e harmônico e a manutenção do Princípio de Separação dos Poderes inscrito na Carta Republicana de 1988. ◆

A Supremacia da Constituição - Controle Abstrato da Constitucionalidade das Leis e dos Atos - Simplificação do Sistema Misto Brasileiro como Decorrência da Evolução dos Meios de Controle

Flávio Marcelo de Azevedo Horta Fernandes

Juiz de Direito da 37ª Vara Criminal da Capital

O presente trabalho pretende ser não um estudo de caso concreto, mas um resumo de aspectos relevantes das memoráveis palestras proferidas no Curso de Controle de Constitucionalidade realizado na EMERJ, sistematizando as várias informações e doutrinas debatidas, a fim de procurar um sentido para a evolução do Direito brasileiro.

O controle de constitucionalidade, do ponto de vista histórico, não proveio, em seus primórdios, de um texto escrito. Os elaboradores da Constituição americana, embora tenham debatido o assunto, não o inseriram no corpo de atribuições da Corte Suprema.

O grande paradigma, portanto, foi a decisão proferida, em 1803, no clássico caso “Marbury versus Madison”, que deu origem à chamada “Doutrina Marshall”. No caso em questão, Marbury fora nomeado pelo Presidente John Adams para exercer o cargo de Juiz de Paz do Distrito de Colúmbia. Embora tenha havido a designação, ela não havia sido efetivada quando Thomas Jefferson tomou posse. O novo Presidente, verificando que não havia formalização da nomeação, determinou a James Madison, seu Secretário

de Estado, que a revogasse. Marbury, baseado na Lei Judiciária de 1789, requereu à Corte Suprema que ordenasse a Madison nomeá-lo.

A Lei Judiciária conferia à Corte Suprema a autorização de expedir ordens de “mandamus” a pessoas exercentes de cargos públicos. Marshall, todavia, sustentou que a jurisdição original da Corte Suprema estava prescrita na Constituição e não incluía o poder de expedir “mandamus”. Segundo ele, o Congresso não tinha poderes para alterar a jurisdição da Corte Suprema, acrescentando o disposto na Lei Judiciária. Em decorrência, o pedido de Marbury a respeito do “mandamus” foi recusado.

Assim, tendo declarado nula uma parte da Lei Judiciária, Marshall conseguiu ver vitorioso seu argumento de que o tribunal poderia declarar inconstitucionais leis do Congresso. Segundo o “Chief Justice”, o Poder Judiciário dos Estados Unidos estende-se a todas as causas oriundas da Constituição. Tal afirmativa lançou as bases da supremacia constitucional e dos fundamentos do controle judicial das leis, segundo os quais é nula qualquer lei incompatível com a Constituição, e à Corte Suprema compete a revisão dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo que violem as normas constitucionais.

No Brasil, o controle judicial foi posto em prática apenas a partir da Constituição de 1891, porquanto, no regime da Carta de 1824, as interpretações dos atos legislativos ficavam a cargo da Assembleia Geral – art. 15, nº 09 -, que, por exemplo, decretou a maioria do Imperador Pedro II e desfigurou o Ato Adicional de 1834.

O Decreto nº 848 de 1890, editado logo após a Proclamação da República, organizava a Justiça Federal e atribuía ao Supremo Tribunal Federal a competência para decidir, em grau de recurso, acerca das sentenças definitivas dos tribunais e juízes dos Estados, quando a validade de uma lei ou ato seja posta em questão “como contrária à Constituição, aos tratados e leis federais e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou do ato”.

A Constituição de 1891 ratificou a instituição do controle judicial em seus artigos 59 e 61.

O controle constitucional, na República Velha, entretanto - a des-

peito dos esforços de Rui Barbosa, mormente no famoso *Habeas Corpus* impetrado em 1893 -, carecia de instrumentos jurídicos que dessem efetividade à competência do Supremo Tribunal Federal. Este julgava as causas decididas pelos juízes e tribunais federais em grau de recurso. No caso de justiças estaduais, caberia recurso para o STF quando a decisão em última instância considerasse válidos os atos impugnados. A Lei nº 221, de 20/11/1894, fixou o conceito de que os juízes e tribunais apreciarão a validade de leis e regulamentos e deixarão de aplicar as “leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

O controle de validade da Constituição pelo STF assim ficou restrito, ocorrendo a alteração apenas na Emenda Constitucional de 05/09/1926, quando foi dado ao STF o poder de dirimir conflitos entre juízes federais e estaduais, assim como para processar e julgar causas em que houvesse violação de disposição da Constituição Federal.

A Constituição de 1934 apresentou, como inovação, a Representação de Intervenção Federal, introduzindo o padrão europeu de controle concentrado – típico dos modelos parlamentaristas consagrados nas Constituições do início do século XX, mormente a de Weimar. Além disso, o Recurso Extraordinário foi consagrado como instrumento de controle constitucional, no âmbito concreto, de padrão americano.

Com a Representação para Intervenção Federal, a questão política de conflitos entre a União e os Estados – muito comum na República Velha, principalmente no governo do Marechal Hermes da Fonseca – foi transformada em questão jurídica, a ser decidida pelos integrantes do STF – chamado, naquela Carta, de Corte Suprema, com Ministros vitalícios e integrantes do Poder Judiciário, ao contrário do padrão europeu.

Ao Senado Federal, foi incumbido o papel de “promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos de sua competência”. O art. 91, IV trouxe a mesma norma que está no atual art. 52, X, da Constituição de 1988, cabendo ao Senado Federal a suspensão da execução de lei, ato, deliberação ou regulamento, quando

declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Note-se que, em 1934, o sistema brasileiro ainda não tinha a tradição do “judicial review” americano, diante da notória falta de independência dos juízes, que, na República Velha e no Império, eram nomeados pelo Poder Executivo sem concursos públicos. Da mesma forma, os Ministros da Corte Suprema não assimilaram a noção de “controle”, agindo como se ainda houvesse imunidade dos atos do chefe do Executivo.

Nesse contexto, no qual o controle incidental ainda era incipiente, a Carta de 1934 instituiu o início do controle concentrado – a Representação de Intervenção Federal.

Abstraída a fase autoritária da Constituição de 1937 – que previa que o Presidente da República poderia submeter a lei declarada inconstitucional ao Parlamento, que teria possibilidade de revalidá-la e tornar sem efeito a decisão do STF -, o sistema de controle de constitucionalidade, a partir da redemocratização de 1946, manteve os institutos consagrados na época – Representação para Intervenção, poder do Senado de suspender a execução de atos declarados inconstitucionais e o Recurso Extraordinário.

Com o golpe militar de 1964, houve alterações significativas no sistema brasileiro. A Emenda Constitucional nº 16/1965 instituiu a Representação de Inconstitucionalidade, privativa do Procurador Geral da República. A Representação Direta de Inconstitucionalidade ampliou o controle concentrado da constitucionalidade de leis. Antes, no caráter difuso, a declaração da Corte Suprema era comunicada ao Senado, que tinha a prerrogativa de suspender, no todo ou em parte, a norma declarada inconstitucional.

Inicialmente, o STF continuou a comunicar ao Senado todas as decisões declaratórias – inclusive aquelas proferidas no bojo de Representações de Inconstitucionalidade no controle concentrado.

O ato do Senado - que dava caráter *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade -, contudo, tinha conteúdo político e, muitas vezes, a despeito de reiteradas decisões do STF, não havia a expedição de Resolução que suspendesse os efeitos da norma impugnada.

Em decorrência, aos poucos, a Suprema Corte alterou sua prática,

passando até mesmo a deferir medidas cautelares nos procedimentos de controle concentrado, que antecipavam os efeitos da suspensão da norma.

A partir da Emenda Constitucional nº 07/1977, essa possibilidade passou a ser prevista na Constituição, juntamente com a avocação de causas processadas perante quaisquer Juízos ou Tribunais.

O resultado é que o sistema brasileiro, partindo do controle incidental puro – de inspiração norte-americana –, foi, aos poucos, incorporando institutos de controle concentrado europeu, o que fez com que as várias demandas individuais começassem a perder importância para discussões coletivas.

Com a Constituição de 1988, o controle concentrado ganhou mais abrangência, pois a ADIN não tinha mais como legitimado único o Procurador Geral da República – a nova Carta previa a mesma prerrogativa para o Presidente da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o Conselho Federal da OAB, os Partidos Políticos e entidades de classe de âmbito nacional.

Ademais, instituiu-se, expressamente, a possibilidade de controle de inconstitucionalidade por omissão. Posteriormente, já na Emenda Constitucional nº 03/1993, acrescentou-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade, que poderia conferir efeitos vinculantes a todos os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, inclusive para medidas cautelares.

Dentro dessa progressão, as normas previstas no Código de Processo Civil, reformado em 1998, passaram a dispor que recursos manifestamente contrários à jurisprudência predominante poderiam ter negado o seu seguimento. Da mesma forma, se a decisão for manifestamente contrária a tal jurisprudência, o Relator, em decisão monocrática, poderá dar provimento ao recurso.

Assim, mesmo no caráter incidental, verifica-se que a jurisprudência do STF ganhou caráter normativo, tendo efeitos para as partes e também *erga omnes* e abstratos.

As Leis nº 9.868/99 e 9.882/2000 conferiram aos procedimentos de Ação Direta de Inconstitucionalidade caráter de processo legislativo, prevendo audiências públicas e a possibilidade de concessão de efeitos di-

feridos no tempo (“modulação”). Os efeitos das decisões terão eficácia *erga omnes* e vinculantes aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, em todos os níveis, compreendendo, inclusive, a interpretação conforme a Constituição e a Declaração Parcial de Inconstitucionalidade, sem redução de texto.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 instituiu a chamada Súmula de efeitos vinculantes, com o objetivo de regulamentar a validade, a interpretação e a eficácia de normas acerca das quais haja controvérsia entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública. Uma vez editada a Súmula Vinculante, de qualquer ato administrativo ou decisão judicial que a contrariar, caberá Reclamação ao STF, que anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial, determinando que outra seja proferida.

Os órgãos fracionários dos tribunais estão impedidos de acolher arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato, devendo submeter a questão ao Pleno ou Órgão Especial, salvo nos casos em que já houver pronunciamento do próprio tribunal plenário ou do STF sobre a questão. Segundo a Súmula Vinculante nº 10, a chamada “reserva de plenário” vigora mesmo nas hipóteses em que a discussão não tem a inconstitucionalidade como tema principal.

Fica patente, pois, que a Carta de 1988 e a legislação posterior radicalizaram o caráter concentrado do controle de constitucionalidade.

São muitos os instrumentos e ações previstos – que compreendem também o Mandado de Injunção e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental -, todos com a possibilidade de atribuição de efeitos vinculantes, *erga omnes* e *ex-nunc*. As medidas cautelares são admitidas de modo amplo e também permitem efeitos coletivos e que atinjam pessoas indeterminadas.

Em 23/02/2006, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959, o Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, concedendo ao Paciente o direito de progressão de regime, bem como destacando que a declaração não geraria consequências jurídicas para as penas já extintas.

Havendo resistência em generalizar o entendimento para outros be-

neficiados, porque os efeitos da decisão eram *inter partes* e não havia sido a norma suspensa pelo Senado, foi ajuizada Reclamação nº 4.335/2006, contra decisão da Vara de Execução Penal de Rio Branco, no Acre, que mantinha a validade da norma declarada inconstitucional.

A Reclamação gerou divergência no próprio STF, tendo os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau proferido votos no sentido de que qualquer decisão de declaração de inconstitucionalidade, mesmo na via concreta, possui efeitos *erga omnes*, não havendo necessidade da Resolução prevista no art. 52, X, da Constituição Federal. Esse dispositivo teria sofrido mutação constitucional em virtude de diversas modificações nos instrumentos de controle de normas, mormente a própria possibilidade de se suspender, por medida cautelar, com eficácia geral, leis ou atos normativos. O Relator, Ministro Gilmar Mendes, defendeu expressamente 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”.

Com efeito, nos últimos anos, vem ganhando força a tese da “transcendência dos motivos determinantes” das decisões do Supremo Tribunal Federal, ainda que no controle incidental.

Mesmo antes das profundas transformações da legislação de controle de constitucionalidade, a “abstrativização” do controle difuso já era defendida pelo Ministro Moreira Alves, que, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 01/1993, perguntava se fazia sentido “não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país”. Assinalava que não se deviam fomentar “decisões expressivas de rebeldia”, inexistindo interesse público nesse tipo de política.

No mesmo diapasão, Gilmar Mendes, no Processo Administrativo nº 318.715/STF, sustentou que o Recurso Extraordinário deixa de ter caráter subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir “a função de defesa da ordem constitucional objetiva”. A função dos REs não é a de resolver conflitos entre partes, nem o de revisar a decisão das “cortes inferiores”, sendo uma ferramenta para que o STF analise a validade em

abstrato da norma impugnada.

Tal entendimento foi seguido pela Ministra Ellen Gracie, no Agravo de Instrumento nº 375.011/RS, de 2004, no qual foi dispensado o requisito do prequestionamento, porquanto a inconstitucionalidade de lei municipal já havia sido declarada pelo próprio STF. O precedente foi aplicado a todos os casos análogos.

Sepúlveda Pertence, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 298.694/2004, salientou que o RE “transcende ao interesse das partes e se amolda como instrumento para controle abstrato da constitucionalidade”.

A conclusão é que, dada a pouca tradição do Direito brasileiro no controle incidental, mesmo antes da introdução de ferramentas de controle concentrado, estas, quando adotadas, seja pelo legislador, seja pelo julgador, passaram a ter maior eficácia do que os meios concretos de controle de constitucionalidade.

Todavia, os Ministros do STF continuam recebendo todos os anos, milhares de processos que buscam mudar decisões de “tribunais inferiores” pela via do Recurso Extraordinário. Os órgãos de direção dos tribunais estaduais e federais de segunda instância continuam a negar seguimento a inúmeros recursos, ensejando a propositura de outros tantos Agravos de Instrumento para que a pretensão venha a ser apreciada pela Corte Suprema.

É evidente a irracionalidade da manutenção de tal sistemática, quando a Constituição da República e mesmo leis ordinárias já preveem instrumentos mais rápidos e mais eficazes de controle de constitucionalidade.

A interposição do Recurso Extraordinário, atualmente, tem a função de impedir o trânsito em julgado das sentenças julgadas pelos “tribunais inferiores”, ensejando a impunidade de crimes - muitas vezes graves - e a dilação do pagamento de dívidas - não raro, as contraídas pelo próprio Poder Público.

Em decorrência, urge a modificação da sistemática do controle difuso.

Não há mais sentido em se prever, como competência do STF, o julgamento de Recursos Extraordinários, porquanto a natureza destes vem sendo desvirtuada para que se transformem em “pequenas ADINs” - propostas não pelos legitimados constitucionais, mas sim por espertos Advoca-

gados “chicaneiros”.

A proposta do signatário é simples. O STF teria como competência primordial o julgamento dos instrumentos de controle abstrato - como a ADIN, a ADC, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Inconstitucionalidade por Omissão -, ficando como única via de controle incidental o Mandado de Injunção previsto no art. 102, I, “q”, da CF.

O Recurso Extraordinário do art. 102, III, “a”, “b” e “c” seria extinto, assim como os Recursos Ordinários em *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança, *Habeas Data* e Mandado de Injunção. Ficaria mantida a competência originária do STF e o Recurso Ordinário em crime político, assim como o Recurso Extraordinário, quando presente conflito entre lei local e lei federal.

Havendo arguição de inconstitucionalidade ou negativa de vigência de lei federal – mesmo que não haja fundamento em inconstitucionalidade - nos julgamentos das causas em segunda instância, os órgãos fracionários dos tribunais, sejam eles “superiores”, sejam eles “inferiores”, teriam que se valer, obrigatoriamente, da Súmula Vinculante nº 10, remetendo a questão ao Pleno, que a decidirá na forma da legislação vigente.

Se a questão já tiver sido decidida pelo próprio STF, caberá Reclamação, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição Federal. Se, de outra sorte, a Corte Suprema não se tiver manifestado sobre a matéria, qualquer das partes litigantes ou o Ministério Público poderá, por simples requerimento ao STF, postular que a questão seja apreciada por esse Tribunal. A decisão da Corte Suprema terá caráter vinculante, *erga omnes*, com efeitos “modulados” e será utilizada como paradigma para todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, nas três esferas - sendo passível de Reclamação eventual descumprimento.

Contudo, a decisão da segunda instância será a última, não impedindo a coisa julgada eventual requerimento de reapreciação da causa pelo STF.

O sistema brasileiro, em decorrência, ficaria mais racional, impedindo que o Recurso Extraordinário sirva como instrumento de impunidade, seja para crimes graves, seja para comportamentos ilícitos de empresas ou

dos próprios administradores públicos.

A mudança no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, tornando-o, no âmbito do STF, mais concentrado, segue a lógica da própria evolução dos instrumentos no decorrer de nossa história. Não se pode ficar apegado a uma sistemática recursal mastodôntica e ineficaz, que gera impunidade e causa perplexidades e contestações na sociedade. Se a própria Corte Suprema vem reconhecendo que a natureza de suas decisões deve ter caráter genérico e abrangente, não tem sentido a manutenção de um *judicial review* ultrapassado e sem tradição, como é o caso do brasileiro. ◆

Controle de Constitucionalidade e os Desafios da Prática Jurisdicional

Guilherme Pedrosa Lopes

Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Ilha do Governador

O estudo tem por objetivo analisar temas apresentados ao longo do curso de Controle de Constitucionalidade, com especial foco nas atividades desempenhadas pelo participante no exercício de suas funções judicantes na 1ª Vara Cível Regional Ilha do Governador.

Em ação possessória distribuída a este juízo, a autora, na qualidade de possuidora direta da parte térrea do imóvel pede a sua reintegração na posse de benfeitorias realizadas pelo réu na laje do imóvel onde o demandado reside em entidade familiar homoafetiva com o filho da autora.

O Egrégio Tribunal de Justiça reconheceu a proteção possessória como necessária à preservação da família, constituída pela mãe e seu filho (Apelação nº 0067050-31.2006.8.19.0001, relatora a douta Desembargadora CRISTINA TEREZA GAULIA, em julgamento de 06/03/2007, da Colenda 5ª Câmara Cível), nos termos da seguinte ementa:

“APELAÇÃO CÍVEL. POSSESSÓRIA. REINTEGRAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. PROTEÇÃO À FAMÍLIA E À CRIANÇA. UTILIZAÇÃO DE ÁREAS AUTÔNOMAS LOCALIZADAS EM MESMO IMÓVEL. COMPOSSE. CARACTERIZAÇÃO. Reintegração de posse manejada por compossuidores residentes no andar térreo de casa de vila, visando desalijar de acessão autônoma localizada no andar superior do mesmo imóvel a apelada e seu filho, este também co-proprietário. Direito de guarda que impõe

o reconhecimento de unidade fática e jurídica entre o direito de posse da apelada e do menor Hugo Miguel, condômino do bem, o que determina que aquela não pode ser alijada do imóvel, pena de impossibilitar-se o direito ao exercício pleno da posse deste. Exercício da posse pela apelada e seu filho sobre área compartimentada do imóvel que, outrossim, não obstaculariza a posse parcial dos apelados, que podem livremente exercer seu direito de moradia sobre a parte térrea do imóvel. Dignidade da pessoa humana, proteção da família e da infância e a função social da propriedade que impõem seja privilegiado o direito de moradia do menor e de sua mãe. Inteligência dos art. 1, III c/c 226 e 227 da CF/88. Filtragem constitucional que exige rejeição do art. 1199 do CC/02, para fins de se admitir a composses sobre áreas divisas de um mesmo imóvel, contanto que a utilização deste se dê de forma independente e sem prejuízo da composses alheia.. Recurso conhecido e improvido”.

Com efeito, o mesmo fundamento suscitado na douta decisão colegiada pode ser utilizado para a proteção possessória como necessária à preservação da família homoafetiva ?

Quanto ao tema, o Egrégio Supremo Tribunal Federal fez inserir em seu blog de 04/03/2008 discussão envolvendo o reconhecimento jurídico das uniões homossexuais ou homoafetivas, por conta de decisão que seria proferida em ação proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, que, no caso concreto, pretendia estender os direitos previstos no artigo 1.723 do Código Civil às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Estado.

A discussão já havia sido abordada em 2006 por meio de ação direta de inconstitucionalidade, pela qual a Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo (que sustentaram, de um lado, o caráter fundamental do direito personalíssimo à orientação sexual e que defenderam, de outro, a qualificação jurídica, como entidade familiar,

das uniões homoafetivas), buscaram a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.278/96, que, ao regular o § 3º do art. 226 da Constituição, reconheceu, unicamente, como entidade familiar, “a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

A ADIN teve como relator o Ministro Celso de Mello, cuja decisão reconheceu a relevância do tema, embora tivesse julgado extinto o processo por conta de impossibilidade jurídica do pedido, como consta de sua ementa:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF?

Como dito, no que pese a decisão técnica, o douto Ministro apresentou relevantes fundamentos, reconhecendo a importância do tema e assim manifestou-se:

(...) “Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.

Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, “Direito de Família -Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro”, p. 119/127, item

n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, “Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal - Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo”, 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, “A Homossexualidade no Direito”, p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora - ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, “União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais”, p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, “Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais”, Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, “Unões Homossexuais: efeitos jurídicos”, Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, “A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica”, “in” “Revista da AJURIS” nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.).

Cumpra referir, neste ponto, a notável lição ministrada pela eminente Desembargadora MARIA BERENICE DIAS (“União Homossexual: O Preconceito & a Justiça”, p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema merecem especial destaque:

“A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham

idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção.

Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...)” (grifei)”

Finalmente, após a decisão memorável proferida pelo Ministro Celso de Mello, o Egrégio Supremo Tribunal Federal reconheceu a equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis entre homens e mulheres, por intermédio de decisão proferida na ADPF nº 132, ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro, por intermédio de sua procuradoria.

Conclui-se, portanto, que em razão da decisão em comento, de

efeitos *erga omnes*, que reconhece a relação homoafetiva como entidade familiar, respeitando-se os princípios da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica, assim como fundamentado na douta decisão do Egrégio Tribunal de Justiça, cuja ementa foi acima transcrita, é possível o reconhecimento da proteção possessória como necessária à preservação da família homoafetiva. ◆

Princípio Constitucional da Dignidade Humana, da História do Controle de Constitucionalidade e do Controle Incidental

Jaime Dias Pinheiro Filho

Juiz de Direito da 43ª Vara Cível da Capital

1. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Esse princípio, considerado fundamental, está expressamente consagrado no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988. Doutrina e jurisprudência de forma unânime sustentam que a importância desse princípio constitucional somente estará coberta pelo manto sagrado da sensibilidade jurídica e governamental, a partir do momento em que o valor da dignidade da pessoa humana estiver protegido contra tudo o que lhe possa conduzir ao menosprezo e humilhação.

Embora considerado fundamento da República Federativa do Brasil, na verdade, a conjugação e o reconhecimento das circunstâncias acima apontadas ainda continuam submissos à interpretação da lei e sua consequente aplicação.

Partindo da premissa de que, tanto a interpretação, quanto a aplicação, conforme a doutrina, preservam o indivíduo das interferências do Poder Público; na prática, persistem importantes lacunas.

Diuturnamente várias são as demandas que batem às portas do Poder Judiciário, todas deflagradas por jurisdicionados inconformados com a violação de seus direitos e suas garantias fundamentais. Frise-se, não obstante o hercúleo trabalho desenvolvido pelos tribunais e

governantes, aliados não só na busca de soluções capazes de impedir e abarrotar ainda mais o assoberbado trabalho dos magistrados, mas, também em minimizar o sofrimento dos desprezados e aflitos pela eterna ânsia de justiça, vários são os casos nesse sentido.

Nas Varas Cíveis, multiplicam-se as ações, visando ao recebimento de indenização a título de reparação de dano moral, a ponto de autos de processos sequer possuírem espaço físico para permanecer à espera da entrega da prestação jurisdicional.

A título de exemplo, noticio o caso que está em curso no juízo da vara de minha titularidade, ainda em fase de instrução probatória. A hipótese versa sobre ação proposta em face de uma concessionária de transporte ferroviário, na qual o autor diz ser portador de deficiência visual decorrente de AIDS, fato que por si só lhe garante a gratuidade na passagem dos meios de transporte no Estado do Rio de Janeiro, bastando, para isso, exibir o cartão RioCard Especial.

E, de acordo com os fatos narrados na petição inicial, ao tentar embarcar com sua acompanhante em composição da empresa demandada, viu-se impedido de nela ingressar, porque segundo o ponto de vista perfilhado pelo preposto “não era portador de nenhuma deficiência”. Além disso, para ele, o “fato de portar uma bengala e óculos escuros não significava dizer que era cego”.

Aqui, peço vênua para a abertura de parênteses visando a deixar claro que, em tese, esse fato infringe o princípio da dignidade humana e direito fundamental, a não ser que no ato da prolação da sentença as provas que serão produzidas no curso do processo conduzam meu juízo de convencimento a trilhar entendimento diverso do relatado.

Relativamente às Varas de Fazenda Pública, constituem fato público e notório as dificuldades encontradas pelo indivíduo, que, na grande maioria das vezes, acometido de doença terminal, percorre verdadeira via crucis até o recebimento do medicamento que o salvará ou diminuirá seu sofrimento. Isso, na melhor das hipóteses, eis que, na grande maioria dos casos, o tempo esperado torna-se tão longo e penoso que culmina com o encurtamento de seus anos de vida.

2. HISTÓRIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - CONTROLE INCIDENTAL

A história de seu passado remete de início à Constituição americana de 1787 e à própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Para chegarmos à Constituinte de 1988, seria interessante um breve passeio sobre os controles de constitucionalidade adotados desde a época da República Velha, tecendo alguns comentários acerca dos diversos sistemas jurídicos vigentes, das regras preexistentes nas comunidades locais e demais circunstâncias previstas nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967.

Todavia, como o presente trabalho versa sobre relatório de matéria objeto do seminário, passo apenas a comentar o ordenamento adotado pela Carta Magna atual.

O controle de constitucionalidade tem como escopo verificar a compatibilidade de uma norma infraconstitucional ou de ato normativo com a Constituição Federal. Alguns autores sustentam que esse controle somente acontece mediante a aferição de requisitos formais e materiais.

Nela, restou estabelecida a existência de duas espécies de controle de constitucionalidade: o prévio ou preventivo, e o posterior ou repressivo. O controle prévio se realiza através da atuação dos Chefes dos Poderes Executivo e Legislativo. Por exemplo: primeiro, quando ocorre o veto de projeto de lei; segundo, através de atuação de comissões de constituição e justiça.

Já o controle repressivo será sempre realizado sobre a lei, ou qualquer outro ato de caráter normativo. Nele, estão contemplados os métodos difuso (concreto, incidental) e concentrado (abstrato, direto).

O caso mais antigo acerca do controle difuso de constitucionalidade ocorreu no julgamento do histórico caso *Marbury versus Madison*,

por volta de 1803, na Suprema Corte norte-americana. Naquele caso, o juiz Marshal decidiu que, havendo conflito entre a aplicação de um caso concreto e a Constituição, esta deveria prevalecer diante de sua hierarquia superior.

Nessa espécie de controle, qualquer juiz, em qualquer instância, pode apreciar a constitucionalidade de uma norma ou ato normativo. Sua principal característica consiste no fato de que qualquer pessoa possui legitimidade e interesse para deduzir sua pretensão em Juízo e, outrossim, requerer a inconstitucionalidade de uma lei, ou ato normativo municipal, estadual ou federal. Porém, qualquer decisão proferida deve apenas apreciar matéria constitucional em hipóteses de infringência concreta de direitos. Não se procede ao julgamento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Ao reverso, somente se aprecia a questão e deixa de aplicá-la por achar inconstitucional ao caso específico que está julgando.

No concentrado, o próprio art. 103, da Constituição Federal confere legitimidade somente a alguns para a verificação de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma. E os instrumentos postos ao talante dos legitimados para a propositura da ação junto ao Supremo Tribunal Federal abrangem a ação direta de inconstitucionalidade, a ação de constitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de inobservância a preceito considerado de natureza fundamental.

O ordenamento jurídico pátrio adota o sistema misto de controle de constitucionalidade repressivo, abrangendo o controle difuso e o controle concentrado.

Pode-se, então, concluir que a ideia de controle de constitucionalidade parte do princípio da supremacia da Constituição sobre os demais atos normativos.

Na lição preconizada pelo prestigiado José Afonso da Silva¹, o princípio da supremacia significa dizer que:

1 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 22ª edição, 2003, Malheiros.

“se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”.

Do reconhecimento de tal princípio, continua o professor²,

“resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que forem incompatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores” (**Curso de Direito Constitucional Positivo**, 9ª Ed., Malheiros, 1992, p. 47 e 49).

Por fim, estas são minhas singelas considerações sobre os temas do Princípio Constitucional da Dignidade Humana, da História do Controle de Constitucionalidade e do Controle Incidental.

Os três ocupam lugar importante no Direito Constitucional, restando a esperança de dias melhores por parte dos legisladores, no sentido de buscarem e alcançarem o verdadeiro ideal de Justiça, sempre voltados para a proteção dos direitos e garantias individuais. ◆

2 SILVA, op.cit.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, 12ª edição, Saraiva.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**, v. 2, 1992, Saraiva.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 22ª edição, 2003, Malheiros.

Norma Constitucional: Texto, Norma e Valor. Constitucionalismo Clássico e Neoconstitucionalismo

Karenina David Campos de Souza e Silva

Juíza de Direito do XXVI Juizado Especial Cível

A matéria que diz respeito ao controle de constitucionalidade é vasta, e cada vez mais, nós magistrados, nos deparamos com questões que impõem o exame da constitucionalidade das normas. E, ainda mais difícil, com questões que, por ausência de previsão legal, devem ser decididas à luz do sistema normativo, em que se incluem as normas legais, analogia, costumes e princípios gerais do Direito, tendo-se, evidentemente, como baliza a Constituição.

Diante dessa problemática, optei por discorrer, de forma sintética, diante das limitações impostas, acerca da norma constitucional; texto, norma e valor; constitucionalismo clássico e neo-constitucionalismo.

Conforme ponderou o Desembargador Nagib Slaibi Filho, ao juiz não é permitido esquivar-se de decidir, ainda que na ausência de texto legal, pois assim preceitua o artigo 126 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais: não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”.

O texto do referido artigo decorre da constatação do legislador (inserido em país que adota o sistema do direito positivado, como é o nosso) de sua incapacidade de prever todos os fatos. Todavia, as situações não previstas, não tipificadas em lei, são muitas vezes questões a serem dirimidas. Cada vez mais, dada a complexidade das relações hodiernas, há questões

não disciplinadas em textos legais que são submetidas ao Judiciário.

As questões de que muito se tem falado no ambiente jurídico, na atualidade, referem-se, dentre outras, à possibilidade de reconhecimento de uniões homoafetivas, recentemente objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal, cujos efeitos serão, a partir de agora, enfrentados pelos magistrados e demais operadores do direito; à possibilidade de aborto nas gestações de fetos anencéfalos; à opção, calcada em convicção religiosa, de não se submeter o indivíduo a transfusão de sangue, ainda que essa opção signifique risco iminente de morte; à possibilidade de alteração do registro civil de pessoas de determinado sexo para outro, dadas suas peculiaridades físicas e psicológicas; à questão do direito à proteção à intimidade e privacidade versus a liberdade da imprensa, e quais são seus limites; à relativização da coisa julgada, que, antes implicava em ofensa a dogma, e atualmente é prevista de forma expressa no artigo 475-L, parágrafo 1º e artigo 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, e vem sendo cada vez mais aceita conforme decisões recentes (vide, por exemplo, o que foi afirmado na apelação cível 0014417-40.2006.8.19.002, relator Desemb. Nagib Slaibi - cujo texto foi trazido aos participantes do curso - em que reconhecida a relativização da coisa julgada diante da inconstitucionalidade posterior da lei em que baseada a decisão transitada em julgado).

Tais questões passaram a ser trazidas ao Poder Judiciário, cada vez em maior número, a partir da evolução da interpretação da Constituição. Como bem salientou o Desembargador Nagib Slaibi Filho, no trabalho “Texto, norma e valor – a evolução na Constituição de 1988” disponibilizado aos participantes do curso:

“Estamos saindo daquele nível jurídico rudimentar que se asentava na bronca e presumida sacralidade do texto legal para alcançar a compreensão da norma concreta de resolução de cada caso inspirada nos valores protegidos pela Constituição”. E, mais adiante, afirma: “Finalmente nos desentocamos da mera interpretação literal ou gramatical, transcendendo a in-

terpretação sistemática, para chegar à compreensão da Constituição muito além de sua letra”.

Para que o operador do direito tenha condições de enfrentar as novas situações postas, é necessário ter conhecimento das distinções acerca do texto, da norma e valor, bem como das regras de interpretação e hermenêutica, e com isso descobrir a norma aplicável ao caso concreto.

Conforme leciona o palestrante, do texto decorrem as normas legais, e ele apresenta-se como artigo, seção, inciso, parágrafo.

A norma, cuja abrangência transcende aos textos, são os princípios, regras ou preceitos. Quanto à sua eficácia, não mais vigora a classificação difundida por José Afonso da Silva, de que seria a norma de eficácia plena, contida ou limitada. Hoje, fala-se que toda norma tem eficácia e aplicação direta e imediata.

De forma sucinta, esclarece Nagib Slaibi Filho: “O texto é produto da Política”, a “norma é produto do Direito” e “o valor é produto da Ética”.

A interpretação constitucional é espécie da atividade típica da interpretação.

As normas constitucionais apresentam particularidades que as distinguem das demais normas jurídicas. Uma delas é a superioridade hierárquica do texto constitucional (supremacia da Constituição). Além disso, é utilizada no texto constitucional linguagem mais fluida, com maior grau de abstração, cuja finalidade é manter a norma constitucional incólume através das mudanças sociais, econômicas, culturais etc..

A interpretação da Constituição tem como alguns de seus princípios específicos: a supremacia da constituição; a presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público; o princípio da interpretação conforme a Constituição; o princípio da unidade da Constituição (segundo o qual os dispositivos constitucionais devem ser interpretados em harmonia uns com os outros); o princípio da máxima efetividade (de modo que sua interpretação se faça de maneira a torná-la sempre plenamente eficaz (o que, como já dito anteriormente, representa a superação do entendimento de que a norma constitucional classificar-se-ia como de eficácia plena,

contida ou limitada); princípio da razoabilidade e proporcionalidade(que teve maior desenvolvimento no sistema constitucional norte-americano).

A partir do século XX, as Constituições cada vez mais dispuseram sobre os mais diversos temas. Exemplo disso é a Constituição da República brasileira de 1988, que tratou de assuntos que, via de regra, poderiam ser tratados por legislação infraconstitucional. Ultrapassado dessa forma o conceito de constituição material.

Da mesma forma, o conceito de constituição formal tem sofrido mudanças, passando-se a admitir como forma de constituição não só os atos emanados do poder constituinte originário e derivado (mediante emendas constitucionais), mas também princípios que sequer encontram-se no texto expresso da Constituição, como é o caso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Os dois princípios, utilizados como exemplos no já citado texto do Desembargador Nagib Slaibi Filho, são bastante empregados pelos operadores do Direito. E, assim, a constituição formal perde um pouco de sua importância, a partir da aplicação, pelos operadores do Direito, de normas apreendidas por interpretação sistemática e axiológica (valorativa).

Explica o eminente professor que tais fenômenos não se dão por palpado desprestígio da Constituição, mas por causa de modificação do fundamento do sistema jurídico, antes calcado em níveis ou patamares, como na pirâmide de Kelsen, e agora tendo como base normas centrais, de proteção de valores essenciais, de onde extraem sua legitimidade.

Debateu-se, ainda, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto. Trata-se de métodos de interpretação da lei ordinária, de modo a harmonizar a norma com a Constituição, sem que a lei venha a ser declarada inconstitucional. Trata-se de interpretar a lei (dentre as várias interpretações em tese possíveis) de modo a torná-la compatível com a Constituição, ou seja, conforme a Constituição.

A Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal. O parágrafo único do artigo 28 da referida lei trata especificamente da matéria:

“artigo 28: *Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.*

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”

Como se verifica, a decisão tem força vinculante não só para os demais órgãos do Poder Judiciário, como também para toda a Administração Pública, em todas as esferas. Além disso, constata-se a natureza legislativa em tais decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal assumiu papel de Corte Constitucional, seguindo modelo da Europa Continental, e diante desse papel, não só a Corte Suprema, como também os Tribunais de Justiça dos Estados, nas representações de inconstitucionalidade das leis estaduais e municipais diante das Constituições dos Estados (artigo 125, parágrafo 2º, da Constituição da República de 1988), ganharam competência para o reconhecimento diferido no tempo da declaração de inconstitucionalidade das leis/normas, dispondo sobre o termo inicial da eficácia da decisão que inquina de inconstitucional a norma infraconstitucional.

Tema interessante apresentado na exposição diz respeito à norma “ainda constitucional”, que encontra fundamento na constatação de que a Constituição é “um processo de apreensão do significado da norma jurídica e, como processo, admite, assim, critérios de progressividade”

Diante desse entendimento, e pela ponderação, ainda que a lei não mais esteja de acordo com as normas constitucionais, ela continuará a produzir efeitos e continuará a regular situações, embora fadada a ser extirpada do ordenamento jurídico pela inconstitucionalidade.

Há precedente no Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, conforme se verifica do Recurso Extraordinário 135.328.

Das várias questões sobre as quais discorreu o palestrante, entendo que o tema da relativização da coisa julgada gera alguns questionamentos. É certo que a emenda constitucional 32 de 2001, em seu artigo 2º, introduziu as medidas provisórias permanentes e, dentre essas, a MP 2.180-35 conferiu nova redação ao artigo 741, parágrafo único do Código de Processo Civil, diante do qual relativiza-se a coisa julgada, na medida em que é inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se da coisa julgada inconstitucional.

Contudo, a relativização da coisa julgada tem sido objeto de questionamentos que vão além da hipótese legal, como nos casos em que se discute questão de estado (como paternidade), após a existência do exame do DNA, quando já transitada em julgado decisão que resolveu a questão. A questão é interessante e difícil, diante de normas e princípios constitucionais em aparente conflito. ◆

Controle Difuso de Constitucionalidade

Larissa Pinheiro Schueller

Juíza de Direito da 4ª Vara Cível de São Gonçalo

O controle difuso de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos da América em 1803, quando do célebre julgamento do caso William Marbury versus James Madison, no qual o Juiz John Marshall afirmou a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico, fixando-se pioneiramente a tese fundamental de que os atos normativos em geral não podem ser editados em desconformidade com o disposto na lei magna. Assentou-se, naquele caso, que cabe ao Poder Judiciário decidir quando e em que medida determinado ato viola a Constituição.

O sistema do controle difuso de constitucionalidade, também denominado controle concreto ou incidental de constitucionalidade, permite ao magistrado ou órgão colegiado analisar, no caso concreto, a compatibilidade de uma lei ou ato normativo perante a Constituição. Trata-se de modalidade de controle repressivo de constitucionalidade, sendo a outra modalidade pela via concentrada.

O controle de constitucionalidade zela pela proeminência da Constituição, assegurando a proteção e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais ao indivíduo e à sociedade.

Nas lições de Luís Roberto Barroso ¹,

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face das maiorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas. A questão da legitimidade democrática do controle judicial é um dos temas que têm atraído mais intensamente a atenção dos juristas, cientistas políticos e filósofos da Constituição, e a ele se dedicará um tópico desta exposição.

No caso do controle concentrado, o Poder Judiciário é acionado para decidir acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo de forma abstrata; ou seja, se a norma indigitada está ou não se contrapondo à Constituição, por meio das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI); das ações declaratórias de constitucionalidade (ADC), instituídas pela Lei nº 9.868/99; ou das arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), regulamentada pela Lei nº 9.882/99.

As decisões proferidas nestas ações têm efeitos *ex tunc* (anulam a lei desde a sua criação), *erga omnes* (valem para todos) e vinculante para todo o Poder Judiciário e para todos os órgãos da Administração Pública, direta e indireta, não abrangendo, apenas, o Poder Legislativo.

O controle difuso de constitucionalidade enseja o exercício da jurisdição por qualquer membro do Poder Judiciário, tanto pelos juízes singulares quanto pelos órgãos colegiados. Em relação a este, a Constituição Federal exige a chamada cláusula de reserva de plenário, prevista no art.97 (“Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão”), que determina a maioria absoluta dos membros integrantes do Tribunal pleno ou órgão especial para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público.

A regulamentação foi dada pela criação do Incidente de Inconstitucionalidade, delineado nos artigos 481 e segs. do CPC.

Suscitada a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo

perante um dos órgãos fracionários do Tribunal, cabe a este, caso entenda procedente a arguição, encaminhá-la ao plenário ou órgão especial, para que este aprecie a constitucionalidade em tese do ato ou lei confrontado. Caso a maioria absoluta entenda pela desconformidade do ato ou lei com a Constituição, será emitida declaração nesse sentido e esta decisão vinculará o órgão fracionário (Turma ou Câmara) na resolução daquele caso específico.

A semelhança com o controle concentrado reside no fato de que o exame realizado pelo plenário ou órgão especial em nada se diferencia do exame procedido em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, em que o controle é de caráter objetivo, sem se importar com o caso concreto.

Através do controle difuso de constitucionalidade, o Juiz ou Tribunal verificam se as normas aplicáveis ao caso concreto posto à sua apreciação estão ou não em conformidade com o texto constitucional, deixando de aplicar aquelas contrárias à Constituição.

Para a solução do conflito discutido em juízo, o magistrado ou Tribunal deve examinar acerca da constitucionalidade da espécie normativa para, então, decidir sobre o objeto principal da ação. Essa modalidade de controle de constitucionalidade autoriza o magistrado ou Tribunal a decidir sobre a incidência ou a não aplicação da norma no caso concreto, justificada em razão da nulidade do ato inconstitucional.

A análise da constitucionalidade do ato normativo é questão prejudicial que deve ser apreciada pelo Poder Judiciário para o deslinde do caso concreto, isto é, é considerada como causa de pedir ou razão de decidir, jamais como pretensão principal.

CASO PRÁTICO SUBMETIDO A ESTA MAGISTRADA:

Esta magistrada, ao apreciar pedido de concessão de liminar em Ação Civil Pública, entendeu por suspender os efeitos da Lei Municipal nº 183/08 do Município de São Gonçalo e do contrato administrativo celebrado entre o Município de São Gonçalo e uma empresa privada, haja

vista que a referida lei autorizava a desafetação de praça pública localizada no Município de São Gonçalo e seu entorno, para posterior concessão de direito real de uso do local à iniciativa privada com o fim de construir terminal rodoviário. Salientei que se tratava de lei de efeitos concretos e, em razão de se equiparar materialmente a ato administrativo, poderia ser de pronto passível ao controle jurisdicional.

Por entender que a norma suprimiria da população gonçalense o direito ao lazer, à recreação e ao descanso em bairro de grande densidade populacional, com farto comércio e enorme fluxo de pessoas e veículos, esta magistrada considerou que a iniciativa implicava risco de violação do direito à sadia qualidade de vida, constitucionalmente protegido, nos termos do art.225 da Constituição Federal.

Sem olvidar do Poder Discricionário da administração pública municipal estampado no art. 30, I e VIII, da Constituição da República, que, *a priori*, admite a alienação ou concessão de um bem público previamente desafetado, ficou ressaltado na decisão que a área em questão era área reservada de loteamento, sendo que a Lei 6.766/79, ao disciplinar o parcelamento do solo urbano, estabeleceu que “as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem”.

Portanto, tratando-se de praça, espaço livre de uso público, não poderia o Município dar destinação diversa da que foi especificada quando da inscrição do loteamento no Registro de Imóveis, posto que se trata de norma geral sobre parcelamento de solo urbano, que deve ser respeitada por todos os entes da federação, haja vista que o assunto sai da esfera da discricionariedade da Administração Pública, já que a praça passou a integrar o patrimônio público municipal com destinação previamente determinada.

A Constituição Estadual veda expressamente a concessão de uso de bem imóvel a empresa privada em seu art. 68, § 6º c/c art. 360, § 2º.

Destarte, em havendo indícios de ilegalidade, entenda-se em sentido amplo, o que abrange a inconstitucionalidade, na Lei Municipal nº

183/08 e, por conseqüência, no contrato administrativo que concedeu o direito real de uso do imóvel à empresa privada, entendi presente o requisito do *fumus boni iuris*, estando o *periculum in mora* evidenciado pelo início das obras na praça, que já fora cercada por tapumes, o que impede sua fruição pela população.

O Município de São Gonçalo postulou a suspensão da liminar ao Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça deste Estado, nos termos do art. 4º da Lei 8.437/92 e art.15 da Lei nº 12.016/09.

Com fundamento no art.4º da Lei nº 4.384/64, o Presidente do Tribunal de Justiça entendeu que

em que pese a eventual ilegalidade do ato administrativo sob comentário, restou comprovada a possibilidade de lesão à ordem e economia públicas tendo em vista que as obras destinadas à construção do terminal rodoviário já se iniciaram – como noticia a decisão judicial ora impugnada – revelando tal circunstância fática que a sua paralisação poderá gerar prejuízos de ordem social e econômica à Administração Pública”.

Salientou, ainda, que

“quanto à pertinência da medida judicial ora hostilizada – esta refere-se ao mérito da questão, não discutível neste júízo excepcional. Cabe ressaltar que a sede eleita não é própria para se falar em lesão à ordem jurídica, cujo resguardo achasse assegurado na via recursal; se o fosse, esta Presidência transformar-se-ia em instância revisora, o que certamente desvirtuaria o instituto da suspensão”. E completou afirmando que “o requerente possui meios assegurados na via recursal para impugnar a decisão guerreada e corrigir, por meio de ampla instrução, eventuais *error in procedendo e error in judicando*”. ♦

Controle de Constitucionalidade: Casos Concretos - Questões Incidentais em Via de Defesa

Leila Santos Lopes

Juíza de Direito da 41ª Vara Criminal da Capital

I - RÁPIDA INTRODUÇÃO AO TEMA

O controle de constitucionalidade é um meio de impedir que normas contrárias à Constituição Federal permaneçam no ordenamento jurídico, eis que as leis e atos normativos devem estar compatíveis com a CF, em prol da retidão da ordem jurídica pátria.

A origem do Controle de Constitucionalidade reporta ao constitucionalismo norte-americano, especificamente o caso “Marbury x Madison”, relatado pelo presidente da Suprema Corte Norte-Americana John Marshall, em 1803. No Brasil, através de Ruy Barbosa, foi implantado o controle de constitucionalidade na Carta Republicana de 1891.

O fundamento que norteia esse controle é a supremacia da Constituição escrita sobre as demais leis; vale dizer, as normas infraconstitucionais devem estar em perfeita harmonia e sintonia com a Lei Fundamental. E o princípio da supremacia é consequência da Constituição rígida e formalmente escrita, como é no Brasil.

Ainda, se apresenta de modo mais comum no sistema brasileiro o controle da constitucionalidade pela via judicial e, em sua maioria, de forma repressiva; isto é, quando a norma jurídica em vigência integra a ordem jurídica pátria.

Em nosso país, o referido controle é misto, podendo ser exercido

pelo critério/sistema difuso ou concentrado. No sistema concentrado, o controle é exercido por um tribunal superior do país (Supremo Tribunal Federal, se o parâmetro for a CF) ou por uma corte constitucional (Tribunal de Justiça Estadual, se o parâmetro for Constituição Estadual). Neste não se apreciam interesses individuais, ao revés, busca-se a proteção do interesse público, qual seja, todo o ordenamento jurídico, vez que a análise recai sobre a constitucionalidade da lei ou ato normativo.

No sistema difuso, em regra, qualquer juiz ou tribunal poderá apreciar eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando arguida em um processo subjetivo no qual há a colisão de interesses individuais. Em geral, a mencionada arguição se dá em via de defesa da parte contrária.

II – CASOS CONCRETOS - QUESTÕES INCIDENTAIS EM VIA DE DEFESA

Ao juiz singular com competência criminal se torna comum o enfrentamento de inconstitucionalidade formulada, ou mesmo aventada pela defesa, sob alegação de ofensa de eventuais legislações a garantias e princípios básicos previstos no art. 5º da Lei Maior.

a) Da Intercepção Telefônica

Merece destaque a inconstitucionalidade sinalizada nas hipóteses da interceptação telefônica como meio de prova (Lei 9.296/96), sob alegação de afronta ao princípio da inviolabilidade e sigilo das comunicações telefônicas, bem como licitude das provas, art. 5º, incisos XII e LXI, da CF.

Em verdade, se cuida de análise pelo magistrado do cabimento da medida legal do procedimento sigiloso da interceptação telefônica, cuja aplicação deve se dar restrita e extraordinariamente. É o que se extrai da interpretação do disposto nos incisos do art. 2º da lei em comento. Mesmo em havendo adequação para o pedido e conseqüente deferimento, pode acontecer que o prolongamento mediante prorrogação pleiteada pela autoridade policial torne o ato ofensivo à Constituição Federal. Isso porque não

pode haver solução de continuidade entre a primeira autorização judicial da medida e suas ulteriores prorrogações.

Como juiz criminal titular da 41ª Vara da capital, indeferi a pretendida prorrogação da medida pela autoridade policial, v.g., nos autos do processo nº 0005265-29.2010.8.19.000, referente ao inquérito policial nº 3406/2009 da 24ª DP, trecho em destaque, verbis:

A interceptação telefônica se cuida de medida extraordinária da qual se vale a autoridade policial como último recurso, já que deve esgotar os meios legais disponíveis para investigação. E somente com resultado inexitoso caberá buscar o procedimento sigiloso em comento.

Merece destaque o comentário de GUILHERME NUCCI ao art. 2º da Lei 9.296/90, quando cita Vicente Greco Filho ao criticar o sentido negativo posto no caput do dispositivo legal analisado, verbis:

“(...) lamentável a redação do artigo na forma negativa, pois ‘sempre dificulta a intelecção da vontade da lei e mais lamentável ainda porque pode dar a entender que a interceptação seja a regra, ao passo que, na verdade, a regra é o sigilo e aquela, exceção’. (LEIS PENAIIS e PROCESSUAIS PENAIIS COMENTADAS- Ed. RT, nota 7, p.652.)

O mesmo autor menciona ainda em sua obra que “constituindo a interceptação telefônica um meio de invasão da privacidade, não deve ser adotada como regra, mas como exceção.” (obra citada, nota 9).

Nada obstante o potente instrumento investigativo que o procedimento de interceptação telefônica representa, todavia, se cuida de medida extrema a ser permitida em caráter excepcional,

sob pena de banalização do instituto e, principalmente, ofensa à Constituição Federal.

Destaca-se que até a presente data a Autoridade Policial não concluiu relatório final da investigação.

Destarte, descabe o procedimento sigiloso em face de suspeitos acima mencionados, frente à ausência dos requisitos taxativos dos incisos do art. 2º e seu parágrafo único, Lei 9296/90.

Os meios tradicionais e disponíveis devem ser adotados e esgotados, fins de evitar perpetuação da regra de exceção e da ofensa de direitos garantidos na Lei Maior, repete-se.

Diante do exposto, INDEFIRO pedidos constantes da Representação, fulcro nos princípios constitucionais previstos nos incisos II, XII e LVI do artigo 5º da CRFB’.

Outra situação corrente é a alegação de ilicitude da prova, no caso de autorização judicial para a interceptação de linha telefônica específica e ao longo de investigação policial de um determinado suspeito, quando se chega a uma terceira pessoa, a qual não era objeto da perquirição.

A prova é lícita e não há ofensa ao princípio constitucional, conforme pronunciamento de minha lavra quando da seguinte decisão, *verbis*:

‘Ultrapassada a preliminar arguida pelas defesas, sob tese de nulidade do processo em razão da ilicitude da prova.

O tráfico de drogas do Morro do Barbante há muito é objeto de investigação da Polícia Civil e, na oportunidade dos autos, chegaram à prisão em flagrante de Ronaldo Nascimento da Silva.

Após autorização judicial, o trabalho investigatório prosseguiu mediante procedimento sigiloso de interceptação telefônica, cujos

requisitos legais se mostraram presentes por ocasião da análise do Magistrado, decisões de fls. 04, 22/24 e 49/51.

A Autoridade Policial se valeu de reunião de dados colhidos ao longo das investigações, tendo por alvo elemento (s) distinto (s) do (s) acusado (s).

Guilherme Nucci em sua obra Código de Processo Penal Comentado (Editora RT, nota 5E, Título VII “Da Prova”, capítulo I, “Disposições Gerais”) esclarece a viabilidade da utilização da interceptação telefônica contra terceiro, verbis:

“É possível que, durante uma interceptação telefônica, captando-se a conversa entre “A” e “B” com autorização judicial, surja prova do cometimento de crime por “C”, terceira pessoa. Pensamos ser lícito utilizar a gravação realizada para investigar o agente criminoso que surgiu de onde menos se esperava. Mais uma vez, é fundamental destacar que o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de duas pessoas, com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. Descoberto um outro crime, ainda que não haja conexão entre este e a infração que se está investigando, é preciso apurá-lo, mormente se de ação pública incondicionada”.

Da mesma forma FERNANDO CAPEZ, ‘a ordem de quebra de sigilo vale não apenas para o crime objeto do pedido, mas também para quaisquer outros que vierem a ser desvendados no curso da comunicação, pois a autoridade não poderia adivinhar tudo o que está por vir. Se a interceptação foi autorizada judicialmente, ela é lícita, e, como tal, captará lícitamente toda a conversa.’ (Ed. Saraiva, Curso de Processo Penal, pág. 301/302).

A mesma obra cita pronunciamento do Min.Rel.Nelson Jobim em

HC 83.515, julgado em 16/09/2004, com idêntico entendimento: 'se a escuta telefônica, executada de forma legal, acabou por trazer novos elementos probatórios de outros crimes que não geraram o pleito das gravações, especialmente quando estão conexos, podem e devem ser levados em consideração.' E mais, ressaltou ser legítima a utilização de material de interceptação telefônica para embasar a denúncia dos crimes em que caiba pena de reclusão e os que, embora punidos com detenção, estejam conexos.'

Outrossim, ao final da instrução processual e com a constituição do contexto probatório, sob o crivo do contraditório e ampla defesa, o procedimento sigiloso será considerado em análise do meritum causae, por ocasião da sentença.'

B) Do Réu Primário - Traficante Casual

Também situação concreta comum posta à análise do julgador de primeiro grau, no julgamento do delito de tráfico de entorpecentes, a alegada inconstitucionalidade do parágrafo 4^a, art. 33, e art. 44 da Lei 11.343/06, na parte em que veda a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, mesmo na hipótese do réu primário, sem antecedentes e sem ligação a atividade ou organização criminosa.

Assim, o réu nessas condições somente poderia se beneficiar da causa especial de diminuição da pena prevista no mesmo parágrafo do regramento supra citado. De igual modo, o legislador também proíbe a aplicação do regime aberto para esse réu primário.

Já me posicionei no sentido de impossibilidade da apreciação do tema, endossando entendimento da I. Des. Gizelda Leitão, v.g., processo nº 0352242-40.2009.8.19.0001, *verbis*:

Ultrapassada a substituição da pena, explícita proibição do § 4º, artigo 33 da Lei 11.343/06. Vale frisar, *ad argumentan-*

dum fins de espancar eventual alegação de inconstitucionalidade, de acordo com a súmula vinculante nº 10 do STF, “não tem os Órgãos Fracionários e (muito menos) juízes singulares competência para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44 da Lei 11343/06, o que somente cabe ao Órgão Especial, em se tratando de Lei Municipal ou Estadual, ou ao STF, em sendo a norma Federal, eis que estar-se-ia violando a cláusula de Reserva de Plenário prevista no artigo 97 da C F” (Apelação 2008.050.05404 – Des. Gizelda Leitão Teixeira).

Igualmente descabe a aplicação do sursis, também por expressa vedação legal, artigo 44 da Lei 11.343/06.

Porém, melhor analisando a questão, se verifica possível a substituição da pena, bem como a aplicação inicial do regime aberto para o cumprimento da pena. Do contrário, esta-se-ia diante de ofensa ao princípio da individualização da pena, garantia constitucional prevista no inciso, XLVI, art. 5º da Lei Maior.

Nesse sentido, sob o manto de uma política criminal e prevalência de um interesse maior, qual seja, a garantia do princípio constitucional da individualização da pena, afasta-se a vedação legal para fazer incidir, naquele caso concreto, o referido benefício.

Julgados neste sentido junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em destaque o acórdão da apelação referente ao processo nº 0028361-86.2009.8.19.0008, *verbis*:

DES. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA - Julgamento:
29/03/2011 - SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL.

EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - SENTENÇA QUE CONDENA O

ORA APELANTE ÀS PENAS DE 09 ANOS E 04 MESES DE RECLUSÃO E 1.399 DIAS-MULTA. RECURSO DEFENSIVO DE APELAÇÃO PUGNANDO PELA ABSOLVIÇÃO DO APELANTE NO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, E SUBSIDIARIAMENTE, REVISÃO DA PENA, SUBSTITUINDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. RECURSO QUE MERECE PARCIAL PROVIMENTO. A PROVA INCRIMINADORA É SEGURA E CONSISTENTE, SENDO CERTO QUE O MATERIAL APREENDIDO SE DESTINAVA À MERCANCIA DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES, NÃO MERECENDO GUARIDA A TESE DEFENSIVA DA NEGATIVA DE AUTORIA. A TENTATIVA DEFENSIVA DE LEVANTAR A SUSPEIÇÃO DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS, DECORRENTE DE SUA QUALIDADE, DEVE SER REJEITADA, CONSOANTE PACÍFICO ENTENDIMENTO PRETORIANO (STF, RTJ, 68/54, TJRJ, AP. Nº 0356/99), BEM COMO A SÚMULA 70, DESTA E. TJRJ. A QUANTIDADE DE ENTORPECENTE E CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO DO ORA APELANTE, BEM COMO AS SEGURAS PALAVRAS DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO, INDICAM QUE A MESMA SE DESTINAVA AO TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS. DESCABIDA A TESE DEFENSIVA DE NÃO SER O POSSUIDOR DO ENTORPECENTE APREENDIDO EM SEU PODER. ORA, TODOS OS ELEMENTOS CARREADOS AOS AUTOS DEMONSTRAM QUE O APELANTE QUERIA REALIZAR O TIPO DESCRITO NO NÚCLEO DO VERBO TRAZER CONSIGO, TER EM DEPÓSITO E GUARDAR PARA FINS DE TRAFICAR. AS TESTEMUNHAS DA DEFESA NÃO CORROBORARAM PARA SUSTENTAR A TESE DEFENSIVA,

EIS QUE SEUS DEPOIMENTOS NÃO FORAM FIRMES NO SENTIDO DE APONTAR A FRAGILIDADE DA PROVA DA ACUSAÇÃO CONFRONTADA NO DEVIDO PROCESSO LEGAL, EM RESPEITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. COMPULSANDO OS AUTOS VERIFICA-SE AUSÊNCIA DE PROVAS EM RELAÇÃO AO CRIME DO ART. 35 DA LEI 11.343/06, NA MEDIDA EM QUE NÃO RESTOU CONFIGURADA A CONDUITA DELITIVA TIPIFICADA NO ART. RETRO MENCIONADO, POIS É NECESSÁRIO QUE HAJA UMA REUNIÃO DE DUAS OU MAIS PESSOAS COM VONTADE DE SE ALIAREM DE MANEIRA PERMANENTE OU COM CERTO GRAU DE ESTABILIDADE COM A FINALIDADE DE PRATICAR O TRÁFICO DE DROGAS, O QUE NÃO É O CASO NOS AUTOS. ASSISTE RAZÃO À DEFENSORA PÚBLICA, NÃO HÁ NENHUMA PROVA NOS AUTOS DA CONDUITA DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRAFICO, NEM NAS PEÇAS PRODUZIDAS EM SEDE POLICIAL, NEM NOS DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. PORTANTO, NÃO HAVENDO PROVA SEGURA QUANTO À AUTORIA PELO RÉU/APELANTE DOS FATOS A ELE IMPUTADOS, NO TOCANTE AO ART. 35 DA LEI 11.343/2006 AFI-GURA-SE INAFASTÁVEL QUE SE SEJA REFORMADA A R. SENTENÇA MONOCRÁTICA PARA ABSOLVIÇÃO DOS ACUSADOS COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 386, VII DO CPP. DOSIMETRIA DA PENA. O APELANTE É PRIMÁRIO E OSTENTA BONS ANTECEDENTES. PENA BASE EXASPERADA SEM IDÔNEA FUNDAMENTAÇÃO, PENA RETOCADA E REDIRECIONADA PARA O PATAMAR MÍNIMO LEGAL EM CUMPRIMENTO AO ENUNCIADO DA SÚMULA

444 DO STJ. NA SEGUNDA FASE, SEGUE A PENA INALTERADA, AUSÊNCIA DE AGRAVANTES E ATENUANTES. NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA, RETOQUEI A PENA, PARA FAZER INCIDIR A CAUSA ESPECIAL DIMINUIÇÃO DE PENA, CONSOANTE OS ARTIGOS 40, INCISO VI E 33, § 4º AMBOS DA LEI Nº 11343/06 EM RAZÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS AO APELEANTE, BEM COMO POR NÃO SE DEDICAR À ATIVIDADE CRIMINOSA, INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POR TAIS CONSIDERAÇÕES, APLICO A FRAÇÃO MÁXIMA DE DIMINUIÇÃO EM 2/3 (DOIS TERÇOS) NO CÁLCULO DA PENA NESTA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. APÓS OS REPAROS, A PENA FOI FIXADA EM DEFINITIVA EM 01 ANO E 08 MESES DE RECLUSÃO E 166 DIAS-MULTA. NO TOCANTE AO PLEITO DEFENSIVO DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, E REVENDO POSICIONAMENTO ANTERIOR, ENTENDO QUE O MESMO MERECE PROSPERAR. APESAR DA VEDAÇÃO INSERTA NO ARTIGO 44, DA LEI Nº 11.343/06, RELATIVAMENTE À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DIREITO, EM RECENTE JULGADO DE 10.06.2010, EM QUE FOI RELATOR O MIN. HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJCE), A 6ª TURMA DO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, POR UNANIMIDADE, CONCEDEU A ORDEM NO HABEAS-CORPUS Nº 151.199-MG PARA ALÉM DE FIXAR O REGIME ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA, SUBSTITUIR A MESMA POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, MESMO EM CASO DO CRIME DE TRÁFICO NA VIGÊNCIA DA

LEI Nº 11.343/06, EM ATENÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, EIS QUE RECONHECIDA A PRIMARIEDADE DO PACIENTE, BEM COMO LHE SEREM FAVORÁVEIS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, TAL COMO OCORRE NA PRESENTE HIPÓTESE. DESSA FORMA, O QUE SE VERIFICA DA ANÁLISE ATENTA DOS AUTOS É QUE ESTE É UM FATO ISOLADO NA VIDA DO RECORRENTE, NÃO HAVENDO PROVA DE QUE ESSE ATUAR É UM ESTILO DE COMPORTAMENTO, JÁ REPETIDO ANTERIORMENTE E DE OUTRA FORMA, CONFORME SE DEPREENDE DE SUA FAC, BEM COMO NÃO DEMONSTRADO O MOTIVO DO CRIME. NESSE CONTEXTO E ALINHANDO-ME AO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO E. STJ NO JULGADO CITADO, ENTENDO QUE NO CASO DOS AUTOS A CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRIATIVA DE DIREITOS É MEDIDA SUFICIENTE PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO CRIME COMETIDO, SENDO DESNECESSÁRIO O ENCARCERAMENTO DO APELANTE. NO TOCANTE AO REGIME PRISIONAL ADOTANDO O ENTENDIMENTO DE QUE, ANTE O QUANTUM DE PENA APLICADO, É POSSÍVEL A FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO OU O ABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA RECLUSIVA, EM CONFORMIDADE COM O PREVISTO NO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL MESMO NAS HIPÓTESES DE CONDENAÇÃO PELO DELITO PREVISTO NO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06, E CONSIDERANDO QUE NO CASO DO APELANTE AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 FORAM FAVORÁVEIS, SENDO O MESMO PRIMÁRIO E NÃO POSSUINDO MAUS ANTECEDENTES, DEVE O

REGIME INICIAL EM CASO DE DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DAS PENAS SUBSTITUTIVAS SER O ABERTO, EIS QUE SE REVELA MAIS ADEQUADO PARA A PREVENÇÃO E REPROVAÇÃO DO DELITO. RECURSO CONHECIDO PARA, NO MÉRITO, POR UNANIMIDADE, PARA DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, PARA ABSOLVER O APELANTE DO CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 35 DA LEI N° 11.343/06, COM FULCRO NO ARTIGO 386, INCISO VII DO CPP E, AINDA, PARA REDIMENSIONAR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, E PAGAMENTO DA PENA PECUNIÁRIA DE 166 (CENTO E SESSENTA E SEIS) DIAS-MULTA, E SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IMPOSTA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO, SENDO UMA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, CONSISTENTE NO PAGAMENTO DE 01 (UM) SALÁRIO MÍNIMO A ATENTIDADE A SER INDICADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 45 DO CP, OBSERVANDO-SE O DISPOSTO NO § 2º DO MESMO ARTIGO, E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE OU A ENTIDADES PÚBLICAS POR PERÍODO IGUAL AO DA CONDENAÇÃO, EM LOCAL A SER INDICADO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO, OBSERVANDO-SE O DISPOSTO NO ART. 46 E PARÁGRAFOS DO CP, ESTABELECENDO O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA COMO O ABERTO EM CASO DE DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DAS PENAS SUBSTITUTIVAS, DETERMINANDO-SE A EXPEDIÇÃO E CUMPRIMENTO DE ALVARÁ DE SOLTURA EM FAVOR DO APELANTE, SE POR OUTRO MOTIVO NÃO SE ENCONTRAR PRESO. (destaquei)

SOBRE A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO, em rápido comentário. Com previsão legal no art. 97 da Constituição Federal de 1988 (iniciada pela CF de 1934), esta regra estabelece que os Tribunais só poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo mediante voto da maioria absoluta de seus membros ou do respectivo órgão especial, em se cuidando de controle difuso ou concentrado.

A Súmula Vinculante nº 10 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, publicada em junho de 2008, consigna, *verbis*:

“viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

O art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, institui exceção à citada orientação ao dispor que “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”.

Todavia, queda-se evidente que não há como ser observado o entendimento da presente súmula nº10 pelo juiz singular, ao se deparar com a arguição incidental da inconstitucionalidade de uma norma. Assim, depois de superado o tema na primeira instância, em seara de recurso próprio da parte interessada, caberá ao órgão colegiado superior dar aplicação à orientação sumulada pelo Egr. STF. da regra da reserva de plenário. ◆

Inconstitucionalidade como Questão Prejudicial no Controle Difuso Incidental da Constitucionalidade em Mandado de Segurança e Esfera Criminal

Ludmilla Vanessa Lins da Silva

Juíza de Direito da Vara Criminal de Itaguaí

O presente trabalho, com base no Curso de Controle de Constitucionalidade, traz uma breve abordagem sobre o tema da inconstitucionalidade como questão prejudicial no controle difuso incidental da constitucionalidade em mandado de segurança e na esfera Criminal, ilustrado com sentença desta Magistrada.

É sabido que o controle de constitucionalidade das leis consiste, basicamente, na verificação de adequação de determinado ato normativo perante a Constituição da República Federativa do Brasil. Essa adequação é fruto do Princípio da Supremacia Constitucional, sendo a Constituição o fundamento de validade de todas as outras normas que, por sua vez, devem ser interpretadas de acordo com os princípios estabelecidos e com ela se harmonizar.

O Brasil seguiu, no tema de Controle de Constitucionalidade, o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério de controle difuso por via de defesa com o critério de controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando, timidamente, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Dessa forma, temos o exercício do controle por via de exceção e por via de ação direta de inconstitucionalidade e, ainda, a referida ação declaratória de constitucionalidade. No controle por exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão da inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo. Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade compreende três modalidades: A) Interventiva, que pode ser federal por proposta exclusiva do Procurador-Geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal (arts. 36, III, 102, I, a, e 129, IV), ou estadual proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado (arts. 36, IV, e 129, IV); interventivas, porque destinadas a promover a intervenção federal em Estado ou do Estado em Município, conforme o caso; B) genérica: B.1) de competência do STF, destinada a obter a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual, sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é ação que visa exclusivamente à defesa do princípio da supremacia da Constituição (arts. 102, I, a., e 103, incisos e § 3º); B.2) de competência do Tribunal de Justiça em cada Estado, visando à declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º); C) supridora de omissão: C.1) do Legislador, que deixe de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela Constituição; C.2) do Administrador que não adote as providências necessárias para tornar efetiva a norma constitucional (art. 103, § 2º).

O traço diferencial de uma ou outra das vias de provocação da atividade jurisdicional reside no fato de, pela via de exceção (defesa), pretender apenas o interessado ser subtraído da incidência da norma viciada, ou do ato inconstitucional. É certo que, para desobrigar aquele que invocou o supremo vício jurídico, deverão os juízes e tribunais a que couber o julgamento do feito pronunciar-se sobre a alegada inconstitucionalidade. Essa pronúncia não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. **Na via de exceção, o que é outorgado ao interessado é obter a de-**

claração de inconstitucionalidade somente para efeito de eximi-lo do cumprimento da lei ou ato, produzido em desacordo com a Lei Maior. Entretanto, esse ato ou lei permanece válido no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros. Grifei.

A Jurisdição Constitucional no Brasil pode ser hoje caracterizada pela originalidade e diversidade de instrumentos processuais destinados à fiscalização da constitucionalidade dos atos do Poder Público e à proteção dos direitos fundamentais, como o mandado de segurança – uma criação genuína do sistema constitucional brasileiro –, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular.

Outro importante mecanismo do controle difuso da constitucionalidade é o recurso extraordinário, por meio do qual as questões constitucionais suscitadas nos diversos tribunais do país chegam ao crivo da Suprema Corte. O recurso extraordinário consiste no instrumento processual-constitucional destinado a assegurar a verificação de eventual afronta à Constituição em decorrência de decisão judicial proferida em última ou única instância judicial (CF, art. 102, III, a a d).

CASO CONCRETO

Processo: 2008.038.034714-8

Impetrante: Associação dos Comerciantes de Veículos de Peças Novas e Usadas do Estado do Rio de Janeiro

Impetrado: Delegado de Polícia da Divisão de Roubos e Furtos de Automóveis do Estado do Rio de Janeiro

SENTENÇA

Vistos, etc..

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Associação dos Comerciantes de Veículos de Peças Novas e Usadas do Estado do Rio de Janeiro, apontando como autoridade coatora o Ilmo. Dr. Delegado de Polícia da Divisão de Roubos e

Furtos de Automóveis do Estado do Rio de Janeiro, no qual se impugna decisão da referida Autoridade Policial que determinou a interdição de diversos estabelecimentos comerciais por falta de registro de autorização de funcionamento.

Alega o impetrado, em síntese, que a atual Lei Estadual n. 5.042/07, que confere atribuição à Divisão de Roubos e Furtos de Automóvel de fiscalizar e expedir o Registro de Autorização e Funcionamento (RAF), invade a esfera da competência de leis municipais e federais, criando uma superpolícia com poderes de interdição sem que haja qualquer infração penal, inquérito ou processo, o que afronta o art. 144, parágrafo 4º da Constituição Federal; que a interdição foi sumária, sem contraditório, ampla defesa ou devido processo legal, inclusive infringindo a própria Lei Estadual, uma vez que o art. 4º determina a criação de um setor específico; que a interdição é uma desapropriação sem o justo processo legal. Desta forma, presente se faz o direito líquido e certo para a concessão do mandado de segurança. Grifei.

Distribuído o *mandamus* para este Juízo, a liminar foi indeferida às fls. 131/132, determinando-se que a delegacia permitisse aos órgãos ambientais o livre acesso aos estabelecimentos para realização das vistorias necessárias à apuração de exigências, dando-se vista ao MP.

Instada a se manifestar, a autoridade coatora prestou informações às fls. 79/80, juntando documentos às fls. 81/89, dizendo que o ato foi praticado como base na Lei Estadual n. 5.042/2007, a qual estabeleceu a competência e o procedimento de interdição.

O Ministério Público, em sua manifestação de fls. 136/141, opinou contrariamente à concessão da segurança, ao fundamento de que a Lei Estadual n. 5.042/07 conferiu à Divisão de Roubos e Furtos de Automóveis (DRFA) atribuição de expedir Registro de Autorização e Funcionamento (RAF) e fiscalizar todos os estabelecimentos destinados ao corte, desmonte, recuperação e/ou revenda de peças ou partes de veículos automotores terrestres, sucatas ou ferros-velhos no Estado do Rio de Janeiro; que não houve a invasão pela DRFA da competência de leis municipais e federais ao praticar os atos de interdição; que também não houve a criação de uma “superpolícia”, mas atribuição do poder de polícia administrativa para interditar de plano os estabelecimentos comerciais daquela natureza, sendo isso determinado no art. 18, I, da Lei Estadual n. 5.042/07. Acrescentou que a interdição não configura uma desapropriação sem o justo processo legal. Salientou, ainda, que descabe a alegação de que a autoridade policial da DRFA deveria ter previamente notificado todos os estabelecimentos comerciais interditados para que regularizassem suas situações, já que inexistente previsão legal para tal. Ademais, a Lei Estadual n. 5.042/07 foi publicada no dia 12/06/07, entrando em vigor 45 dias após a data de sua publicação, estabelecendo o prazo de noventa dias para os estabelecimentos requererem o RAF. Por fim, correta foi a decisão do juízo em determinar que a autoridade impetrada permitisse aos órgãos ambientais competentes o livre acesso aos estabelecimentos interditados apontados pela impetrante e localizados na Comarca de Nova Iguaçu, a fim de que pudesse realizar as vistorias eventualmente necessárias à apuração das exigências previstas para a concessão da respectiva licença ambiental e para a posterior concessão do RAF, razão pela qual, opina pela não concessão do mandado de segurança.

Pela impetrante, em manifestação de fls. 147/149, foi reiterado o pedido de desinterdição dos estabelecimentos com a concessão de prazo razoável para o cumprimento das exigências, ao argumento de que os Tribunais são unânimes em rechaçar ato de interdição de estabelecimento sem contraditório, ampla defesa e o devido processo legal; que os estabelecimentos já estavam em funcionamento antes de vigência da Lei n. 5.042/07.

É O RELATÓRIO. EXAMINADOS, PASSO A DECIDIR.

Inicialmente, cumpre esclarecer que é competente este juízo para apreciar o presente mandado de segurança diante da regra insculpida no artigo 93, inciso I “d” do CODJERJ, a qual confere competência aos Juízos Criminais para julgar mandados de seguranças impetrados contra atos praticados por autoridades policiais.

Ultrapassadas tais considerações, vejamos o mérito. O ato impugnado foi praticado, em sua origem, pelo Dr. Delegado de Polícia da Divisão de Roubos e Furtos de Automóveis, com base na Lei Estadual n. 5.042/2007. A referida lei foi regulamentada pelo Decreto de n. 41.113/2008, o qual concedeu um prazo de 90 (noventa) dias para que os estabelecimentos solicitassem o devido Registro de Autorização e Funcionamento – RAF (art. 1º, parágrafo 2º, da Lei Estadual n. 5.042/07).

Mas não se pode adentrar ao mérito deste mandado de segurança sem que antes seja feito o controle da constitucionalidade da Lei Estadual, no exercício do controle difuso, que tem efeitos *inter partes*. Com efeito, o que se visa no presente mandado de segurança é afastar a Lei Estadual n. 5.042/07, que confere à Divisão de Roubos e Furtos de

Automóveis – DRFA – a competência de fiscalizar, expedir Registro de Autorização e Funcionamento aos estabelecimentos destinados ao corte, desmonte, recuperação, revendas de peças ou partes de veículos automotores terrestres, sucatas ou ferro-velho, prevê o procedimento de sanções para casos de descumprimentos da Lei e, ainda, o procedimento para interdição dos estabelecimentos que estejam funcionando sem o referido Registro. (arts. 1º, parágrafo 1 e 15 e seguintes, respectivamente).

Ao contrário do que sustentou o impetrante, a referida Lei Estadual não invadiu a competência municipal ou federal, uma vez que a Constituição da República estabeleceu, no seu art. 24, XVI, competência concorrente para legislar sobre matéria concernente à organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis. Também não invadiu a esfera da competência da União, já que a Lei Estadual não dispõe acerca do trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, mas sim, com relação ao funcionamento de atividade empresarial destinada ao corte, desmonte, recuperação e revendas de peças ou partes de veículos automotores terrestres, sucatas ou ferro-velho.

Não se vislumbra, igualmente, a alegada invasão da competência municipal. Como se sabe, os Municípios são competentes para legislar sobre matéria de interesse local (art. 30, I da Constituição Federal). Mas como, no caso, o interesse em questão é mais amplo do que interesse local, os Estados têm competência para legislar sobre matérias que visam ao correto funcionamento de estabelecimentos destinados ao ramo de corte, desmonte, recuperação e revendas de peças ou partes de veículo automotores terrestres, sucatas ou ferro-velho, visto que a fiscalização e

regulamentação têm como fundamento a repressão aos Roubos e Furtos de Veículos Automotores dentro dos Estados.

Inquestionável, portanto, a constitucionalidade da Lei Estadual, pelo que passo à análise do mérito do mandado de segurança. E quanto a este, não se pode alegar que o ato do Dr. Delegado de Polícia da Divisão de Roubos e Furtos esteja eivado de arbitrariedade. Ao contrário, agiu no exercício regular do poder de polícia, visto que interferiu regularmente na órbita do interesse privado para salvaguardar o interesse público, restringindo direitos individuais, configurando, pois, legítima atividade administrativa. **Grifei.**

O mestre em Direito Administrativo, o Eminentíssimo José dos Santos Carvalho Filho, conceitua o poder de polícia como sendo: “a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade” (Manual de Direito Administrativo. Ed. Lumen Juris. 16 ed, p. 64).

O ato impugnado teve como base a Lei Estadual n. 5.042/07, a qual confere à Divisão de Roubos e Furtos a fiscalização dos estabelecimentos comerciais que atuam no ramo de comercialização de autopeças usadas e recondiçionadas. A referida Lei Estadual não teve outro objetivo senão conter a comercialização de peças roubadas ou furtadas. É notório o grande número de roubos e furtos a veículo automotor com objetivo de desmonte para revenda de peças e foi por isso que a Lei Estadual n. 5.042/07 conferiu à Divisão de Roubos e Furtos o dever de fiscalizar os

estabelecimentos comerciais daquele ramo de atividade.

Acrescente-se que os estabelecimentos comerciais de veículos de peças novas e usadas tinham o dever de requerer o Registro de Autorização e Funcionamento – RAF – junto a Divisão de Roubos e Furtos, conforme determina a Lei Estadual n. 5.042/07, no seu artigo 1º, parágrafo 2º. Assim, caberia aos ditos estabelecimentos se adequarem aos termos da lei.

Não é demais observar que a Lei Estadual também prevê que a inobservância da lei impõe sanção, sendo a interdição uma delas. E a interdição passa a ser obrigatória quando o estabelecimento estiver funcionando sem o RAF (art. 18, I, da Lei Estadual n. 5.041/07).

Assim, o Dr. Delegado de Polícia agiu no estrito molde da Lei Estadual, razão pela qual **DENEGO A SEGURANÇA**.

Dê-se ciência ao impetrante, ao Ministério Público e ao impetrado.

P. R. I. C.

CONCLUSÃO

Sob a fórmula do controle de constitucionalidade, encontram-se definidas uma série de atividades destinadas a aferir a compatibilidade de atos normativos com a Constituição Federal, as quais são levadas a efeito pelos três poderes, dentro de suas esferas de atuação.

Neste contexto, a importância toma o controle jurisdicional, tendo o direito brasileiro adotado um sistema misto, difuso e concentrado, de controle de constitucionalidade.

Estamos conscientes de que diante da “constitucionalização” do Direito, é imperativo o conhecimento da matéria, uma vez que é impossível que o operador jurídico não venha a deparar-se com a questão da constitucionalidade de lei ou ato jurídico em algum momento. ◆

O Fenômeno e as Formas de Controle de Constitucionalidade das Leis

Marcelo Menaged

Juiz de Direito do Juizado Especial Criminal de Duque de Caxias

I. CONCEITO E PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Quando surge uma nova Constituição, a maioria da doutrina entende que a Constituição anterior fica inteiramente revogada pelo fenômeno da revogação por normatização geral, mesmo que a nova não seja incompatível com a antiga. No entanto, segundo Pontes de Miranda e Manoel Ferreira Filho, pela teoria da desconstitucionalização, as normas que não são propriamente constitucionais, com a revogação da Constituição, tornam-se normas infraconstitucionais (lei ordinária), desde que materialmente compatíveis com a nova Constituição, mas não deixam de existir, ao contrário das normas constitucionais propriamente ditas. Mesmo que esta teoria não seja hoje a mais aceita, ela é importante para notar a diferença entre as normas constitucionais propriamente ditas ou materialmente constitucionais, como a organização dos Poderes, estruturação do Estado e consagração de Direitos Fundamentais (todas, segundo Karl Schmidt, que decorrem de uma decisão política fundamental), e as normas não propriamente constitucionais ou formalmente constitucionais, que correspondem a outras normas dentro da Constituição que não correspondem a decisão política fundamental. O revogado artigo 242, parágrafo 2º, da Constituição, que tratava da fixação do colégio Pedro II no Rio de Janeiro, era

exemplo de norma constitucional formal.

Mas, como se sabe, a Constituição é o fundamento de validade de todas as leis e atos normativos inferiores. Com o surgimento de uma nova Carta Fundamental, haveria a necessidade de se rever todos os atos e leis que lhe são, agora, inferiores. No entanto, tal verificação é impossível, praticamente, fazendo com que, pelo fenômeno da recepção, se entenda que as normas e atos infraconstitucionais, caso não sejam expressamente declarados como incompatíveis com a Constituição, sejam automaticamente recepcionados.

As normas e atos infraconstitucionais materialmente (em seu conteúdo) compatíveis com a nova Constituição são automaticamente recepcionados. Já aqueles que forem materialmente incompatíveis, segundo o Supremo Tribunal Federal, não são recepcionados, acarretando a sua revogação, ou seja, a revogação é o fenômeno que surge quando uma norma infraconstitucional não é compatível materialmente com a Constituição, preservando o ordenamento jurídico como uma unidade. No aspecto formal, se uma norma que era formalmente constitucional quando da Constituição anterior, ainda que não o seja pela nova Constituição, é recepcionada com o estado que lhe dá a nova Carta¹, porque não tinha o legislador como prever a alteração formal determinada pela nova Carta. No entanto, se a norma era incompatível formalmente com a Constituição anterior, não se torna constitucional com a nova Constituição, pois se pode afirmar que a norma nunca ingressou no mundo jurídico.

Agora, imaginemos que a Constituição A é revogada pela Constituição B e esta pela Constituição C. A última não gera o retorno da primeira, sendo a última é que vale. Se assim não fosse, haveria grande insegurança

1 Nesse sentido, se a Constituição anterior determinava que, para regular determinada matéria, era necessário Lei Ordinária ou Decreto e este ingressou no mundo jurídico na forma por ela determinado, se a nova Constituição impõe forma, por exemplo, de Lei Complementar, o decreto ou L.O. será entendido como Lei Complementar. Assim, só poderá, no exemplo dado, ser alterado o Decreto, por Lei Complementar. Tal fato se deu, por exemplo, com o Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966) que foi editado na época da Constituição de 1945, que possibilitava a regulamentação por Lei Ordinária e foi recepcionado pela Constituição de 1966 e 1988 como Lei Complementar.

jurídica e instabilidade na sociedade. No entanto, se o mesmo caso ocorresse com as leis, nos termos do artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, haveria repristinação.

Essa repristinação, conforme a doutrina majoritária, se distingue do alegado repristinatório tácito. Depois da revogação da Lei 9.868/1999, o STF concedeu medida cautelar suspendendo a revogação. Assim, a partir da medida cautelar (*ex nunc*), passa a valer a lei outrora revogada, exceto se o Supremo declarar de forma diversa.

Também, se o STF proferir decisão com efeito vinculante, seja no controle concentrado ou difuso, declarando inconstitucional uma lei, é como se ela não existisse, pois a declaração do STF, em regra, tem efeito *extunc*. Nesse caso, se a lei declarada inconstitucional revogou outra, é como se não houvesse a revogação. Assim, se afirma que houve repristinação, fato que não pode existir entre constituições.

O último fenômeno de hermenêutica constitucional é o da mutação constitucional. Por ela, temos processos informais de alteração da Constituição, sem que haja modificação de seu texto. Ela ocorre quando o STF, na qualidade de intérprete e guardião da Constituição, lhe dá interpretação diversa da anterior. O STF interpretava o artigo 52, inciso X da CF, no sentido de que só cabia informar ao Senado, quando da retirada de uma norma. Hoje, como o Supremo entende que suas decisões no controle (concentrado ou difuso) podem ter efeito vinculante, não persiste a necessidade de informar ao Senado para retirar a norma do ordenamento. Atualmente, o papel do Senado, de interpretação do STF da extensão do efeito vinculante para as decisões difusas, foi alterado para o de simples órgão que dá publicidade, não mais retirando a norma do ordenamento jurídico.

Também, quando um costume constitucional é alterado, ocorre mutação constitucional. O costume é a prática reiterada que cria obrigação sem haver texto legal. Segundo J. J. Gomes Canotilho, a mutação só pode ser considerada como processo legítimo se contida dentro dos limites da CF. Além disso, a mutação também não pode alterar os princípios estruturantes da Constituição, que são aqueles previstos no artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição.

II. O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE

Quando a Constituição é rígida, as normas não se situam no mesmo plano, havendo uma ordenação entre elas. Nesse sentido, a Constituição se encontra no topo da pirâmide. No entanto, de nada serviria haver uma hierarquia entre as normas se não houvesse um mecanismo de controle entre elas. É essa forma de controle que toma o nome de “controle de constitucionalidade”, o qual visa a manter a supremacia constitucional através de um conjunto de órgãos e instrumentos criados para assegurar a supremacia formal da Constituição, pois como já visto, a supremacia material não tem importância quando surge uma nova Constituição.

1. Sistemas de Controle

A) Sistema Político

Por este sistema, o controle não é feito pelo Poder Judiciário, mas sim, ou pelo Poder Legislativo, ou por outro órgão criado para esse fim. Na França, por exemplo, quem exerce o controle não é o Judiciário, mas sim um órgão criado especificamente para esse fim, que é o Conselho Constitucional. Já no Brasil, segundo a Constituição, quem faz o controle é o Supremo Tribunal Federal, o qual pertence ao Poder Judiciário.

B) Sistema Jurídico

O controle é feito pelo Poder Judiciário, conforme regras jurídicas. É o exemplo do Brasil e dos Estados Unidos. No entanto, o fato de a Constituição ditar um Poder próprio para realizar o controle de constitucionalidade não obsta que todos os poderes exerçam o controle, mas esta não é a função principal dos demais poderes, mas é a função precípua do STF. No entanto, o fato de o controle ser feito pelo STF, que integra o Poder Judiciário, não faz com que ele só tome decisões jurídicas e muitas vezes se manifeste politicamente.

C) Sistema Misto

Este sistema é uma mistura dos dois sistemas – político e judicial. Tal se dá, por exemplo, na Suíça, em que quem exerce o controle das leis locais é o Poder Judiciário, mas quando se trata de lei federal, quem faz o controle é o Poder Legislativo, de forma puramente política.

2. PARÂMETROS OU NORMAS DE REFERÊNCIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Não são todas as normas que podem se sujeitar ao controle de constitucionalidade. Como visto acima, para fins de controle, o que importa é a forma pela qual a norma constitucional foi elaborada, não sendo relevante o seu conteúdo. Assim, todas as normas formalmente constitucionais servem como parâmetro.

Elas se dividem em três partes:

A) o preâmbulo, que não tem caráter normativo, servindo como diretriz para as normas constitucionais, não servindo de parâmetro para análise do controle;

B) as normas permanentes, que vão do artigo 1º ao 250 da Constituição, e todas elas, por serem normas, servem de parâmetro para o controle. Essas normas podem ser criadas ao longo do tempo, através do processo de emenda constitucional, pelo chamado “legislador constitucional derivado”, tendo como limite o núcleo imutável da CF, consistente nas cláusulas pétreas do artigo 60, parágrafo 4º. Mais ainda, com a Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou ao artigo 5º da CF, o parágrafo 3º, dispondo que as normas internacionais (tratados e convenções) de direitos humanos que forem aprovados por três quintos e dois turnos de votação passam a integrar as normas permanentes;

C) em seguida, estão os “atos das disposições constitucionais transitórias” (ADCT), que podem ou não servir de parâmetro para fins de controle, desde que ainda estejam eficazes, já que depois de exauridos, deixam

de ter eficácia. Para J. J. Gomes Canotilho, existem princípios que não estão descritos em normas constitucionais, mas servem de parâmetro, os chamados princípios implícitos. No entanto, para a maioria, os princípios implícitos, quando criados pelo legislador, se este foi o constitucional, servem de parâmetro, ao passo que se quem criou o princípio foi o legislador infraconstitucional, não servem como parâmetro. Assim, temos como exemplo o princípio da proporcionalidade que não está expresso, mas decorre da norma constitucional do devido processo legal, ou seja, vem do legislador constitucional.

Alguns autores ainda afirmam que há um *bloco de constitucionalidade*, consistente no grupo da Constituição feita a sua época, declarações e outras normas que têm o mesmo nível da Constituição. Mas cada autor no Brasil descreve esse bloco com um determinado número de normas. Assim, essa construção não serve de parâmetro. Como exemplo, alguns autores entendem que o Código de Defesa do Consumidor faz parte desse *bloco de constitucionalidade*. Mas segundo J. J. Gomes Canotilho, o *bloco de constitucionalidade* não inclui as normas infraconstitucionais, tendo o mesmo conteúdo dos parâmetros aqui estudados.

3. FORMAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

A inconstitucionalidade é a incompatibilidade da norma constitucional, ou seus parâmetros acima estudados, com a norma infraconstitucional. Essa comparação pode ser feita de diversas formas. Assim, vejamos:

A) quanto à conduta do Poder Público, a inconstitucionalidade pode ser por ação ou omissão. Nesse caso, temos que o Poder Público atua ou não atua, violando a CF. As normas de eficácia plena e contida não dependem de nenhuma atuação para terem eficácia, sendo autoaplicáveis, não gerando inconstitucionalidade por omissão. Só as normas de eficácia limitada, que dependem de uma vontade e se esta vontade não vier, estarão contrariando a Constituição, ocasionando a inconstitucionalidade por omissão.

B) quanto à norma constitucional ofendida, a inconstitucionalidade

pode ser formal ou material. Assim, o procedimento de criação da norma é inconstitucional quando é feito sem seguir as regras determinadas pela Constituição, seja no que tange ao sujeito que podia criar o projeto de lei (inconstitucionalidade formal subjetiva²), ou se no seu processo violou ou não cumpriu algo determinado pela CF (inconstitucionalidade formal objetiva³). Já a inconstitucionalidade material está relacionada ao conteúdo da Constituição, como os direitos fundamentais.

C) quanto à extensão, a inconstitucionalidade pode ser total ou parcial. No primeiro caso, todo o projeto de lei, ato normativo ou emenda é incompatível com a Constituição, o que ocorre geralmente nas inconstitucionalidades formais. Já a inconstitucionalidade parcial é a que incide sobre parte do texto que conflita com a Constituição, podendo ser até uma só palavra, diferentemente do veto presidencial, que não pode ser sobre parte ou palavra de um artigo. Também pode o STF, ao declarar da inconstitucionalidade, limitar a extensão da interpretação da Constituição, afirmando qual a forma adequada de se interpretar a norma constitucional.

D) quanto ao momento, pode ser originária ou superveniente, com base no marco temporal da entrada em vigor da Constituição (05 de outubro de 1988). Assim, uma lei criada depois da CF/88, ainda que muitos anos depois venha a ser declarada inconstitucional, a sua inconstitucionalidade será originária, porque desde a sua origem era incompatível com a Carta Maior. Já quanto às leis feitas antes da CF/88 ou antes de alguma emenda constitucional, a inconstitucionalidade é superveniente em rela-

2 Nesse sentido, a Constituição determina no artigo 61, parágrafo 1º, que a iniciativa para a criação de leis sobre o efetivo das forças armadas é exclusivo do Presidente da República. Se outra pessoa remeter projeto de lei sobre esse assunto, haverá inconstitucionalidade. Todas as violações de competência constitucional acarretam vício de inconstitucionalidade formal subjetiva. No entanto, se o Presidente da República não toma a iniciativa de lei que lhe é exclusiva, mas sanciona a lei cujo projeto que lhe era exclusivo, o STF, na súmula n. 5, entende que está suprido o vício de inconstitucionalidade. Porém, essa súmula foi abandonada pelo Supremo depois da CF/88 e, atualmente, o posicionamento tem sido de que a sanção não supre o vício.

3 Nesse sentido, se a Constituição determina que para um determinado assunto a forma da lei deveria ser por Lei Complementar e veio por Lei Ordinária, haverá inconstitucionalidade formal objetiva, ou se a emenda constitucional não for aprovada por três quintos ou não for feita em dois turnos.

ção a nova CF ou em relação a emenda. No Brasil, pelo STF, a inconstitucionalidade superveniente é chamada de revogação⁴, porque ele entende que até a vinda da nova CF ou emenda, o legislador ou administrador agiu corretamente, já que não tinha como prever a mudança. Essa classificação é importante porque as normas anteriores à Constituição não podem ser alvo de ação direta de inconstitucionalidade⁵.

E) quanto ao prisma de atuação, a inconstitucionalidade pode ser direta ou antecedente e indireta, que se divide em consequente e reflexa. A inconstitucionalidade direta ocorre quando um ato normativo primário, ou seja, diretamente ligado à Constituição, está em conflito com esta. Conforme o próprio nome afirma, a ação direta de inconstitucionalidade só pode ocorrer por violação direta da Constituição, ao passo que a ação de constitucionalidade pode ser direta ou indireta⁶ A inconstitucionalidade indireta se dá quando um ato normativo, antes de ferir a Constituição, fere um outro ato normativo, como a Constituição Estadual. Se uma lei, por exemplo, é incompatível com a Constituição, ela será inconstitucional de forma direta. Agora, se um decreto é feito para regulamentar essa lei inconstitucional, este será, assim, inconstitucional por consequência, mas como a ação direta de inconstitucionalidade não lhe atinge, ocorre o fenômeno da *inconstitucionalidade por arrastamento ou por atração* do decreto, já que a lei que o sustentava não tem validade, ainda que o STF não tenha sido provocado para declarar da inconstitucionalidade do decreto. Por fim, a inconstitucionalidade reflexa ocorre quando uma lei, que está diretamen-

4 Alguns autores criticam a expressão utilizada pelo STF, já que o fenômeno da revogação ocorre quando uma lei de igual hierarquia retira a outro do ordenamento. No entanto, no caso da retirada superveniente, a nova norma constitucional não tem o mesmo nível hierárquico da lei. Nesse sentido, não se pode afirmar que uma medida provisória revoga uma lei, porque a primeira vem do Executivo e a outra do Legislativo, só podendo suspender a eficácia da norma.

5 No entanto, as normas anteriores a Constituição podem ser alvo de ADPF pois o descumprimento é mais amplo que a inconstitucionalidade.

6 Em sentido contrário, sustenta Nagib Slaibi Filho que a ação direta de constitucionalidade só pode ser por violação direta.

te ligada à Constituição, é constitucional, mas o decreto diz mais que a lei estabelece ou viola a lei, nos termos do artigo 84, IV, da CF, sendo aquele ilegal e, por via reflexa, inconstitucional.

F) quanto ao agente que declara a inconstitucionalidade, ele pode ser exclusivo ou difuso. Nas ações difusas, todos os julgadores têm que declarar da inconstitucionalidade, cabendo lembrar que o juiz singular declara a inconstitucionalidade da norma a qualquer tempo e de preferência no primeiro momento em que a vislumbra, cabendo-lhe, por questão de democracia, antes de se manifestar pela inconstitucionalidade, dar vista às partes. Já os Tribunais só podem afirmar da inconstitucionalidade através do incidente de inconstitucionalidade, depois de suscitado pelo relator ou integrante da Câmara. Também o STF declara da inconstitucionalidade de forma difusa, nas causas que lhe chegam por via do recurso extraordinário ou ordinário. Ainda, os parlamentares podem vetar o projeto de lei na Comissão de Constituição e Justiça ao argumento de vício de inconstitucionalidade, e o Presidente da República pode deixar de sancionar norma por entender da existência de vício de inconstitucionalidade. Já a declaração de inconstitucionalidade exclusiva é de competência do STF, feita nas ações diretas (inconstitucionalidade, constitucionalidade, descumprimento de preceito fundamental e mandado de injunção).

4. FORMAS DE DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE

Podem ocorrer de quatro formas:

a) quanto ao aspecto subjetivo, ou seja, quais os sujeitos podem ser atingidos pela decisão do STF, temos que o efeito pode ser *inter partes*, *erga omnes* e *vinculante*. Via de regra, no controle difuso, por se estar diante de um processo que discute direitos subjetivos, os seus efeitos são só entre as partes. No entanto, temos visto que o STF tem dado efeito *erga omnes* quando, no caso concreto, a norma viola princípios constitucionais, afirmando que a sua decisão no controle difuso tem os efeitos próprios do controle concentrado (objetivação do recurso extraordinário), como foi no

caso do HC 82959-SP⁷ e do RE 197917-SP⁸. O efeito *erga omnes* vale para todas as pessoas e era o efeito básico da ação direta de inconstitucionalidade, que não retirava a norma inconstitucional do ordenamento, mas tão só fazia com que ela não se aplicasse. No entanto, a Emenda Constitucional n. 3 de 1993, que criou o efeito vinculante, inicialmente nas ações diretas de constitucionalidade e agora extensivo às ações diretas de inconstitucionalidade e às declarações difusas do STF de inconstitucionalidade, fez com que a norma, agora declarada inconstitucional, não só deixe de ser

7 Ementa: “PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do **princípio da individualização da pena**, em evolução jurisprudencial, **assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90**” (grifamos).

8 Ementa: “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 Assembléias 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.” (grifamos).

aplicada, mas impede que outras normas sejam feitas ou se mantenham, quando têm por base razões conflitantes com a interpretação dada pelo Supremo, ou seja, vai além da situação discutida pela Corte, assegurando assim a força normativa da Constituição. A declaração de inconstitucionalidade atinge a todos (Judiciário e Executivo), menos o próprio STF e o Poder Legislativo, em razão da harmonia entre os Poderes e da vedação à “fossilização da Constituição”, já que, se o Supremo ficasse vinculado, a CF não teria mais mobilidade.

B) quanto ao aspecto objetivo, em regra, apenas o dispositivo da decisão faz coisa julgada. No entanto, na decisão vinculante do STF, tanto o dispositivo quanto a jurisprudência fazem coisa julgada, na chamada “transcendência dos motivos determinantes”.

C) quanto ao aspecto temporal, em regra, a declaração de inconstitucionalidade tem efeito *ex tunc* (retroativo), ou seja, desde a sua origem, já que a inconstitucionalidade faz com que a norma perca seu fundamento de validade. Tal efeito decorre do entendimento de que a decisão de inconstitucionalidade é puramente declaratória e torna o ato inexistente, nulo e ineficaz⁹, sem lhe retirar do ordenamento. No entanto, para alguns, a decisão de inconstitucionalidade é um ato anulável, já que vigora o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e, até que ela seja expressamente retirada do ordenamento, tem validade, tendo a decisão do STF natureza condenatória e desconstitutiva. Para estes, como a presunção é de constitucionalidade da norma, o efeito da desconstituição é *ex nunc* (desde a decisão para frente).

Hoje, o STF vem afirmando que a regra é o efeito *ex tunc*, mas ele pode dar “modulação temporal dos efeitos da sua decisão”, seja no controle difuso (de forma excepcional) ou concentrado (nos termos dos artigos 102, parágrafo 2º da CF/88; artigo 10, § 3º e artigo 11 da Lei 9.882; no artigo 28, parágrafo único e artigo 27, ambos da Lei 9.868/1999) e só cabe no

⁹ O STF não faz distinção entre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, se inexistente, nulo ou ineficácia da norma.

controle concentrado com um quórum de 2/3 (oito ministros) dos ministros do Supremo e com fundamentação na segurança jurídica, excepcional interesse social ou boa-fé. Essa modulação pode fazer com que a decisão do STF passe a valer a partir do momento em que é proferida para frente¹⁰ ou só a partir de um determinado momento no futuro¹¹. Também há uma forma de inconstitucionalidade chamada de progressiva (inconstitucionalidade progressiva ou norma ainda constitucional ou norma de apoio ao legislador) que é uma situação constitucional imperfeita que transita entre a constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade absoluta, nas quais as circunstâncias fáticas momentâneas justificam a manutenção da norma no ordenamento jurídico^{12 13}.

D) quanto à extensão, a declaração de nulidade ou de inconstitucionalidade pode ser sem redução de texto. Nesta, como o nome diz, não há qualquer alteração do texto da lei, mas, como a norma, tem vários sentidos (polissêmica ou polissignificativa). Aqui, o STF afasta uma e permite as demais interpretações, ou seja, não reduz o texto mas diminui as suas interpretações. Também temos a declaração de nulidade com redução de

10 Nesse sentido, entendeu o STF quando do exame da Lei 8.112/1990 que a ascensão era uma forma inconstitucional de provimento de cargos públicos, porque feria a regra do concurso. No entanto, afirmou o Supremo que, como havia milhares de pessoas que já ocupavam cargos públicos pela ascensão, a declaração de inconstitucionalidade teria efeitos *ex nunc*, pelo excepcional interesse social, segurança jurídica e para preservar a boa-fé dos ocupantes. Assim, afirmou-se da modulação temporal dos efeitos da sua decisão.

11 Nesse sentido, entendeu o STF ao analisar a quantidade de vereadores eleitos em cada município, tem que ser compatível com a população, nos termos do artigo 29 da CF. No entanto, naqueles municípios que tinham vereadores acima do número de habitantes locais, não seriam afastados. Assim, afirmou que sua decisão só iria valer na seguinte eleição.

12 Nesse sentido, entendeu o STF que o artigo 5º, § 5º da Lei 1.060/1950 (Lei de Organização da Defensoria Pública), que concede todos os prazos em dobro para a Defensoria Pública, que há uma desigualdade estrutural fática entre o defensor público e o advogado particular e enquanto ela não estiver estruturada devidamente, a norma é constitucional, mas quando estiver bem estruturada, a norma será inconstitucional. Assim, hoje a norma ainda é constitucional, mas está migrando para a inconstitucionalidade.

13 Entendeu o STF quando do exame do artigo 68 do CP, que a assistência judiciária gratuita é função da Defensoria Pública e não do Ministério Público, mas, nos estados em que não há Defensoria Pública, cabe a propositura da ação civil de indenização *ex delicto* pelo Ministério Público, para que a vítima não fique desamparada. Nos estados como o Rio de Janeiro, em que há Defensoria, o artigo 68 está revogado.

texto, que ocorre quando o STF atua como legislador atípico negativo, pois ele retira a eficácia da norma, o que, de certa forma, corresponde a uma revogação da norma. Cabe aqui ressaltar que o STF não se considera, até o momento, um legislador positivo.

A redução de texto pode ser total ou parcial, se o texto inconstitucional é retirado por inteiro. Normalmente, a inconstitucionalidade com redução total de texto ocorre quando o vício de inconstitucionalidade é formal e a redução parcial quando o vício é material.

E) quanto à natureza do ato, tem que ser um ato jurídico que infrinja a Constituição diretamente ou via reflexa, como visto, na extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Os atos parlamentares podem conter vício de decoro parlamentar, mas, por ser uma questão interna do parlamento, não gera a inconstitucionalidade. Mais que isso, a decisão de quebra do decoro parlamentar é uma decisão política, não cabendo o seu exame ao STF.

5. FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

a) Controle preventivo é aquele que ocorre antes de uma violação da Constituição. O seu objetivo é prevenir a lesão à CF. Ele pode ser exercido pelos Três Poderes. O Legislativo realiza o controle através das Câmaras de Constituição e Justiça (CCJ), que é uma comissão permanente obrigatoriamente existente em todas as casas legislativas e tem por finalidade analisar se um projeto de lei é constitucional ou não. O Congresso Nacional, bicameral, tem, na Câmara, a Comissão de Justiça e Redação e, no Senado, a Comissão de Justiça e Cidadania. Mas, se passar pelo Legislativo, o Executivo realiza o controle através do veto do chefe do Poder, que é político (veta por ser o projeto contrário ao interesse público) ou jurídico (por ser o projeto contrário à CF), conforme o artigo 66, parágrafo 1º, da CF. Ainda, excepcionalmente, o Poder Judiciário pode realizar o controle preventivo, não por ação de inconstitucionalidade, mas, excepcionalmente, por mandado de segurança impetrado por parlamentar da respectiva casa, para que o projeto de lei ou proposta de emenda sequer seja posta em votação, por

violação do devido processo legislativo constitucional (artigo 59 e seguintes da CF). Essa forma de controle preventivo feito pelo Poder Judiciário é de forma concreta e difusa, já que visa a uma situação concreta envolvendo o parlamentar e, conforme a casa parlamentar em que se dá, vai para o STF, STJ ou Tribunal de Justiça.

Também, segundo o artigo 60, parágrafo 4º, da CF, não pode haver sequer projeto de lei tendente a alterar ou suprimir cláusula pétrea. Nesse caso, o parlamentar pode impetrar mandado de segurança para impedir a votação do projeto. No entanto, se ainda assim for transformado o projeto em lei, poderá este ser alvo de ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, o fato de se ter o controle preventivo pelo Poder Judiciário não impede que este faça posteriormente o controle repressivo.

b) Controle repressivo é aquele que ocorre depois da lesão à Constituição, tendo por finalidade a sua reparação. Ele pode ser feito pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo que quem tem a função precípua de realizá-lo é o Poder Judiciário.

O Legislativo o faz no art. 49, inciso V, da CF¹⁴, quando o decreto do Executivo exorbita a execução da lei feita pelo Legislativo; faz um Decreto Legislativo, sustando os efeitos do decreto executivo¹⁵, já que este tem poder fiscalizatório. Também, quando o Poder Executivo extrapola os limites dados pela Lei Delegada¹⁶ para elaborar a norma, o Poder Legis-

14 Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (art. 84, inciso IV, CF) ou dos limites de delegação legislativa;

15 O Decreto Legislativo que sustou os efeitos do decreto executivo, é ato normativo primário, podendo ser alvo de ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 59 da CF.

16 Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

lativo pode expedir Decreto Legislativo, sustando a parte da lei delegada¹⁷ que exorbitou os limites da delegação. Por fim, conforme o artigo 62 da CF, que trata das medidas provisórias, o Congresso as controla ao verificar se seus pressupostos constitucionais (relevância e urgência)¹⁸ não foram observados ou quando entende que ela trata de matéria vedada pela CF no art. 62, parágrafo 1º, incisos I a IV¹⁹ e, nos dois casos, o controle é feito através da não rejeição da MP. Por fim, segundo a súmula 347 do STF “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.” Mas como ele não tem poder coercitivo, depois de apreciar e negar a norma, irá eventualmente julgar irregular as contas decorrentes da lei e remetê-las ao Ministério Público para propor a ação judicial de inconstitucionalidade e de improbidade administrativa.

O Executivo realiza o controle repressivo da mesma forma que o Judiciário (menos o STF), já que, assim como os demais Poderes, ele tem o dever de respeitar a Constituição. Nesse sentido, o chefe do Poder Executivo e, não os demais agentes, pode negar cumprimento a uma lei que

17 Este Decreto Legislativo também pode ser alvo de ação direta de inconstitucionalidade.

18 O STF tem entendido que o Poder Judiciário só pode analisar os pressupostos constitucionais da relevância e urgência, de forma excepcional, quando a inconstitucionalidade for flagrante e objetiva. Nesse sentido, entendeu o STF que, diante da MP que concedia estado de Ministro ao Presidente do STF, esta não pode ser analisada por ele. Em outro caso, quando o Presidente fez medida provisória alterando o prazo da ação rescisória, que havia flagrante inconstitucionalidade, pois não havia relevância e urgência.

19 § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

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

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

III – reservada a lei complementar;

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

entenda ser inconstitucional ²⁰. Para que não haja intervenção federal ou crime de responsabilidade pelo chefe do executivo, é preciso que ele dê publicidade e motivação ao ato através de decreto. Essa recusa pode ocorrer enquanto a presunção de constitucionalidade for apenas relativa, ou seja, enquanto o STF não declarar da constitucionalidade da norma com efeito vinculante, pois depois da sua declaração, o chefe do executivo e os membros do judiciário não podem recusar aplicação à norma. ◆

20 Há posicionamentos no STJ no sentido de que, antes da CF/88, o chefe do Poder Executivo podia negar cumprimento à norma porque não tinha legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade. No entanto, com a CF/88, ele passou a ter legitimidade para propor a ADIn, não se justificando mais a negativa de aplicabilidade da norma pura e simplesmente. Para esses juristas, agora o chefe do executivo, caso entenda da inconstitucionalidade da norma, tem que entrar com ação direta de inconstitucionalidade e pedir a liminar para deixar de aplicá-la.

Norma Constitucional. Texto, Norma e Valor. Constitucionalismo Clássico e Neoconstitucionalismo

Peterson Barroso Simão

Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal de Niterói

APRESENTAÇÃO:

Convém esclarecer, antes de iniciar a digressão, que abordarei o assunto levando em consideração a experiência e o senso de justiça, sem, contudo, distanciar-me do direito. Deixarei, outrossim, para os estudiosos da área a análise mais profunda do tema.

“Justiça não é algo que se aprende, justiça é algo que se sente. O juiz sente o que é justo. O juiz deve ter sensibilidade. E saber direito, se possível.”. Ministro Luiz Fux.

A Constituição, além de implantar uma nova ordem jurídica no país, passou a ser a figura central do sistema, dotada de forte carga valorativa. Por conseguinte, toda norma deve ser interpretada e aplicada a partir dessa nova visão constitucional.

No chamado neoconstitucionalismo, visa-se à concretização dos direitos fundamentais. A Constituição passa a ter valor em si mesma; sua superioridade é expressa não só pela hierarquia, mas pelo seu valor axiológico. Deixou-se para trás um constitucionalismo que apenas estabelecia e limitava o poder.

Diante disso, o magistrado moderno assume nova postura na tarefa

de interpretar e aplicar as normas, dispensando uma interpretação literal da lei para, na condução do processo, aplicá-la sempre em consonância com o texto constitucional, extraindo o máximo de seu alcance.

Espera-se que o juiz, ao interpretar as normas, coloque-se em sintonia com os anseios da sociedade, para que suas decisões sejam dotadas de ética e justiça. Nesse sentido, temos a lição do Professor Cândido Rangel Dinamarco¹:

“A generosa ideia do processo justo e équo, que vem sendo cultuada pelos processualistas modernos, apóia-se na constatação de que dificilmente produzirá resultados substancialmente justos o processo que não seja em si mesmo justo – ou seja, aquele que for realizado sem o predomínio dos parâmetros político-liberais emanados das garantias constitucionais dos sistema”. Dinamarco, Cândido Rangel,

Para isso, torna-se indispensável que o intérprete, no exercício de sua função jurisdicional, esteja integrado na sociedade, bem como compreenda a sua cultura, a sua história e as suas necessidades sociais. Já não se concebe mais a ideia de um juiz que, sob o argumento de preservar a imparcialidade, mantenha-se distante das partes e não busque entender todas as variações que envolvem a lide posta diante dele.

A interpretação da norma deve ser sistemática e nunca isolada. O sistema jurídico atual não admite a visão de um princípio preponderando sobre outro, mas exige harmonização por meio da ponderação de valores.

O juiz que assim procede, cumpre apenas um mandamento legal previsto no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que exige a aplicação da lei visando atingir ao fim social a que se destina, considerando, outrossim, a carga axiológica constitucional. Agindo assim, quando da prestação da tutela jurisdicional, torna-se o Magistrado um veículo de co-

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, I, 6 ed., p. 185.

municação entre a sociedade e o Estado, fazendo evoluir, por conseguinte, a jurisprudência e a legislação.

A alteração legislativa promovida pela Lei dos Crimes Hediondos, que passou a admitir o regime inicialmente fechado, é um bom exemplo de evolução legislativa ocorrida para sistematizar entendimento anteriormente expressado pelo Supremo Tribunal Federal.

A Constituição brasileira de 1988 é uma das mais evoluídas do mundo. A pessoa humana passou a ser um dos fundamentos do Estado brasileiro. Contudo, devido à extensão do texto constitucional e aos diversos valores estabelecidos, poderá ocorrer uma colidência de direitos fundamentais.

Quando isso acontece, entretanto, não pode haver óbice à prestação da tutela jurisdicional. Cabe ao juiz, diante do caso concreto, decidir, sob o critério da razoabilidade e da proporcionalidade, qual o direito deve prevalecer. Grande responsabilidade tem o magistrado nesse momento: sopesar os direitos e escolher o prevalente.

Teoricamente parece fácil, mas na prática é muito difícil decidir. Um exemplo de colidência de direitos fundamentais seria o direito à vida em conflito com o direito à dignidade da pessoa humana, no caso de pedido de autorização de aborto por anencefalia fetal.

É cediço que nenhum direito, mesmo o direito fundamental à vida, é absoluto. Nesse caso, o magistrado resolverá o conflito mediante júzo de ponderação de interesses, segundo os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade. Deverá decidir se prevalecerá o direito à vida do feto anencéfalo, ou o direito à dignidade da gestante afetado pelo sofrimento físico e psíquico, por saber que seu filho não sobreviverá a uma vida extrauterina.

Embora ainda não haja posicionamento definido pelo Supremo Tribunal Federal, os tribunais do país têm decidido pela prevalência do direito à dignidade da gestante sobre o direito à vida do feto anencéfalo.

Esse é só um dos muitos conflitos que o magistrado pode enfrentar durante a sua vida judicante.

Sobre a interpretação das normas, Canotilho² nos ensina que são usados muitos critérios filosóficos e didáticos que se complementam:

“A interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissa (filosóficas, metodologias, epistemológicas) diferente, mas, em geral, reciprocamente complementares.” J.J.G. Canotilho,

Entretanto, vemos que a dignidade humana é o fundamento basilar da ordem constitucional. Constitui um norte imprescindível para interpretação de todo ordenamento. Revela-se, de outra forma, como um guia para a aplicação ou não da norma, bem como para a realização da ponderação de direitos constitucionais colidentes.

Outro ponto que merece relevo, quando se estuda a interpretação, é o princípio da máxima efetividade, segundo o qual devemos extrair da norma constitucional tudo aquilo que ela pode dar.

Hoje, diferentemente do constitucionalismo clássico, busca-se dar maior efetividade ao texto constitucional, principalmente na concretização dos direitos fundamentais.

Diante disso, conforme ressaltado, tem o magistrado novos paradigmas. A postura do juiz moderno deve objetivar, ao dirimir os conflitos, a satisfação dos direitos fundamentais.

O processo deve ser dotado de utilidade. Diz-se que o operador do direito deve estar comprometido com o resultado do processo e o alcance de seus objetivos. De nada adianta a prestação da tutela jurisdicional, sem a utilidade de seu provimento. É a nova concepção de acesso à Justiça. Não é mais suficiente a prestação jurisdicional em si, sendo necessário que

2 CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional*, 6. ed., p. 212-213.

a tutela seja efetiva com resultados práticos.

De outra forma, fala-se, nos dias de hoje, que o processo deve produzir resultados substancialmente justos, a fim de cumprir seu fim social, que é a pacificação da sociedade. E, de acordo com essa nova tendência, tem o juiz uma grande responsabilidade na tarefa de interpretar e aplicar a lei no caso concreto.

CONCLUSÃO:

Doutrina e jurisprudência apontam vários métodos de interpretação das normas constitucionais; todavia, vê-se que a interpretação de qualquer norma, seja constitucional ou não, dependerá da visão do seu intérprete.

O texto constitucional de 1988, de forte carga valorativa, passou a ser o norte de todo sistema jurídico. O neoconstitucionalismo, em resumo, traduz-se na tendência de concretizar os direitos fundamentais, dando maior efetividade à Constituição.

Contudo, ainda há muito que fazer para melhorar.

O Judiciário encontra-se abarrotado de lides que poderiam ser evitadas com medidas simples. Não são poucas as leis que já nascem mortas, pelo vício da inconstitucionalidade. Fatos como esses constituem um retrocesso ao sistema jurídico brasileiro.

Parece que o diálogo entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário poderia ser uma forma eficaz de melhorar a edição, a interpretação e a aplicação das leis. Isso porque, embora a supremacia constitucional nos mostre três Poderes harmônicos e independentes, vivemos num mundo globalizado, sendo uma necessidade imperiosa que os três Poderes travem um diálogo e sejam mais interligados um ao outro.

A integração poderia ocorrer com uma equipe de cada Poder constituído em contato diário e permanente com as demais equipes. Tal medida poderia prevenir muitos litígios e colocar fim em outros.

Apenas como sugestão, se antes da edição de cada de lei municipal, estadual ou federal houvesse um trabalho crítico, construtivo e sugestivo do Judiciário ou um Conselho a ser formado para tal fim, poder-se-ia evi-

tar a inconstitucionalidade que tanto tem manchado as leis brasileiras.

Igualmente, uma equipe de cada um dos outros Poderes poderia aparar muitas arestas e o rigorismo no cumprimento das leis pelo Judiciário. Seria uma forma de antecipação objetivando atender a realidade dos nossos dias.

Nessa linha de pensamento, um bom exemplo de diálogo entre os Poderes, em nível municipal, estadual e federal, seria a questão da obrigação solidária que existe para entrega gratuita de remédios à população. Tal integração evitaria sobrecarregar um só sem igualdade ponderada, fato que tem gerado incontáveis ações judiciais, a princípio desnecessárias, se houvesse a integração de todos.

Por tudo isso, deixo o meu entendimento sobre a postura ideal do juiz moderno. Tenho que, em sua tarefa de dizer o direito, deve priorizar o seu compromisso com a ética e a justiça. Sua atividade não é de mero espectador e seu objetivo deve ser solucionar os conflitos, de acordo com os preceitos constitucionais, realizando o escopo principal do processo, que é pacificar a sociedade.

Finalmente, o presente curso pretendeu proporcionar ao magistrado atualização permanente sobre temas de sua realidade jurisdicional. Além de aproveitar o máximo do que foi ministrado, cumpre-me agradecer a iniciativa. ◆

Interpretação e Hermenêutica Constitucional

Priscila Abreu David

Juíza de Direito do XVIII Juizado Especial Criminal de Campo Grande

O curso de Controle de Constitucionalidade tratou de vários temas e discussões atuais acerca do controle de constitucionalidade, tendo sido marcante a palestra do Dr. Christiano Taveira, sobre a interpretação e hermenêutica constitucional.

Em sua apresentação, o referido jurista abordou técnicas e princípios de hermenêutica constitucional no âmbito do constitucionalismo e ao longo de sua história. Foram ainda abordados temas de grande relevância, como as espécies de controle de constitucionalidade e sua evolução ao longo dos tempos. Outro aspecto importante foi o debate acerca da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à matéria, bem como sobre a atuação da Corte Suprema diante de temas de grande repercussão social e jurídica, não regulados pelo legislador.

No tocante ao tema da interpretação constitucional, mereceu destaque a apreciação dos princípios interpretativos.

Neste aspecto, iniciou-se a apresentação pelo Princípio da Supremacia da Constituição, ocasião em que se analisou a superioridade hierárquica de que goza a norma constitucional. Importante observação nesse aspecto referiu-se ao fato de que a norma constitucional, de regra, é marcada por um maior grau de abstração, uma vez que tem a finalidade de se perpetuar no tempo. Assim, a constituição guarda o que se convencionou chamar de “sistema aberto de regras e princípios”, pois as normas constitucionais devem se manter incólumes ao longo da evolução do pensamento social, econômico e cultural, devendo ser capazes de garantir atualidade ao longo do tempo.

O Princípio da Supremacia da Constituição, em razão disto, possui estreita relação com o “controle de constitucionalidade”.

Outro Princípio abordado foi o da Presunção de Constitucionalidade das leis e atos do poder público, que nada mais é que uma derivação do Princípio da Separação de Poderes. A ideia é que haveria algo como uma especialização funcional para cada um dos Poderes Constituídos, ou seja, ao Executivo caberia a tarefa de executar as leis, ao Legislativo caberia a elaboração das normas e ao Judiciário restaria a função de proferir o direito.

Segundo o Princípio da Presunção da Constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, todo ato normativo se presume constitucional até prova em contrário. Assim, uma vez promulgada e sancionada uma lei, passa ela a desfrutar de uma presunção relativa (ou *iuris tantum*) de constitucionalidade.

Atualmente, a questão mais discutida sobre o assunto é se pode o Chefe do Executivo – ou outra autoridade administrativa – se negar a cumprir uma lei que repute manifestamente inconstitucional, existindo duas correntes sobre o assunto. A primeira defende que, em virtude do Princípio da Presunção de Constitucionalidade, na qualidade de corolário da Separação de Poderes, não poderia um membro de outro Poder (no caso, do Executivo) se recusar a aplicar uma norma até então em vigor. Já o entendimento majoritário, que é também o esposado por diversos julgados do STF, defende a possibilidade de o Chefe do Executivo se recusar a cumprir uma lei manifestamente inconstitucional. Por esse ponto de vista, o papel de zelar pelo texto constitucional não seria privativo do Poder Judiciário, registrando-se, no entanto, que, ao agir assim o agente do executivo deve-se ter em conta a regra de que toda norma goza de uma presunção de validade. Por isto, a recusa de cumprimento da norma deve ocorrer somente nos casos de manifesta inconstitucionalidade, sob pena de posterior responsabilização do agente público.

Abordou-se o Princípio da Interpretação Conforme a Constituição, segundo o qual uma norma também não deve ser declarada inconstitucional quando for possível a utilização de uma interpretação que a permita ser compatível com o corpo da Constituição. Assim, havendo interpretações

possíveis e alternativas, se alguma delas se compatibilizar com a Constituição, será esta que prevalecerá.

Tratou-se do Princípio da Unidade da Constituição, segundo o qual a Constituição deve ser vista como um texto uno e indivisível, que deve ser interpretado, sempre que possível, em harmonia com as demais normas.

Também teve destaque o Princípio da Máxima Efetividade, pelo qual a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda. Este Princípio tem importante papel na implementação de direitos fundamentais, especialmente os sociais, no qual também se discute a reserva do possível e o mínimo existencial.

Outro princípio de grande destaque na atualidade e que também foi abordado no curso foi o da Razoabilidade ou Proporcionalidade, ligado rotineiramente à técnica da ponderação de interesses, apesar de não estar expressamente previsto na Constituição brasileira, tendo o STF afirmado que o mesmo se encontra presente no ordenamento brasileiro em dois dispositivos específicos: no artigo 1º e no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.

Outro ponto de grande interesse na atualidade é o Princípio da Interpretação Constitucional Evolutiva, intimamente ligado à chamada “mutação constitucional”, que consiste em uma maneira informal, ou seja, sem a observância de um procedimento específico, de alteração da Constituição, através da atribuição de novo sentido e alcance a conceitos prescritos em uma norma constitucional, sem que haja uma alteração formal de seu texto.

Tal decorre da necessidade de adaptação às mudanças históricas, políticas, culturais e ideológicas da sociedade. Trata-se, em verdade, de uma mudança da postura da jurisprudência sobre um conceito específico. O exemplo mais emblemático dos últimos tempos na experiência constitucional brasileira diz respeito à extensão de direitos não previstos pelo constituinte originário – sobretudo previdenciários – a pessoas ligadas por uniões homoafetivas, no qual o STF fez claro uso da técnica interpretação evolutiva.

Finalmente, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, pelo qual

uma vez regulamentado ou implementado um direito social constitucionalmente previsto, mediante a edição de uma legislação infraconstitucional posterior, essa não poderia ser simplesmente revogada sem que, contudo, fosse implantada alguma política substitutiva equivalente, sob pena de configurar um “retrocesso social”. Destacou-se, por derradeiro, que este Princípio, embora reconhecido na jurisprudência estrangeira, ainda não foi reconhecido pacificamente como integrante do constitucionalismo brasileiro, pelo STF. ◆

A Abstrativização do Controle Difuso e a Relativização da Coisa Julgada pela Inconstitucionalidade Reconhecida Posteriormente

Suzana Vogas Tavares Cypriano

Juíza de Direito da Vara Cível Regional de Magé

A escolha do tema deve-se ao fato de tratar-se de matéria em voga, que representa nova tendência doutrinária e jurisprudencial discutida no cenário jurídico brasileiro e ganha força na Corte Constitucional, ao conferir efeitos *erga omnes* em decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, repercutindo, portanto, na esfera jurídica de outras partes que não integraram a lide, ultrapassando os limites subjetivos da coisa julgada.

O ilustre Desembargador Nagib Slaibi Filho discorreu sobre a questão e apresentou como exemplo o venerando acórdão proferido na apelação cível n. 0014417-40.2006.8.19.0002, que me motivou a escolher este tema e a apresentar outro caso concreto, que vivencio na Vara Cível de Vila Inhomirim - Comarca de Magé/RJ, da qual sou titular há mais de oito anos e que pode ensejar a inexigibilidade de título executivo judicial decorrente de sentença transitada em julgado, em razão da declaração posterior de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, conferindo efeitos *erga omnes* à decisão.

Vamos ao caso concreto. Às vésperas de ocorrer o fenômeno da prescrição fulminando as pretensões relativas aos expurgos inflacionários

decorrentes dos Planos Bresser, Verão e Collor I e II, centenas de ações foram ajuizadas nas Varas Cíveis em face das instituições financeiras onde os poupadores mantinham conta poupança à época da edição dos atos que instituíram os citados Planos Econômicos.

Por estar atenta ao princípio da celeridade, em tempo razoável foram julgadas inúmeras ações antecipadamente (art. 330, I, do CPC), sem dilação probatória, acolhendo-se a pretensão dos poupadores que preenchiam os requisitos legais.

Após as diversas apelações interpostas pelas instituições financeiras e esgotadas as possibilidades de outros recursos, ocorreu o fenômeno da preclusão máxima, denominada coisa julgada, com a confirmação da grande maioria das sentenças de procedência.

Os poupadores, vencedores das ações de expurgos inflacionários, começaram, então, a executar o título executivo judicial, consistente em sentença ou acórdão, repita-se, transitado em julgado.

A sentença dispunha, na fundamentação e no dispositivo, em regra, o seguinte:

“...É o relatório. Decido. No mérito, a parte autora pretende a condenação do réu ao pagamento da correção monetária devida e não paga nos meses de janeiro e fevereiro de 1989, março, abril e maio de 1990 e fevereiro de 1991, observando-se os percentuais de 42,72%, 84,32%, 44,80%, 7,87% e 11,79%, respectivamente, sobre os saldos existentes em sua caderneta de poupança mantida junto ao réu, em razão dos Planos Econômicos Verão, Collor I e II, baixados pelo Governo Federal, efetuando-se a compensação com os valores já creditados sob o mesmo título e até o limite de NCz\$ 50.000,00 na hipótese dos Planos Collor I e II.

Como se sabe, a correção monetária nada mais é que a reposição da moeda corroída pela inflação e deve, portanto, ser feita por índices que reflitam a realidade inflacionária, de modo que a incorreta atualização monetária implica locupletamento para uma das partes.

Na verdade, a questão atualmente encontra-se pacificada na jurisprudência, pois, em face dos diversos planos econômicos editados pelo Governo Federal, os índices aplicados às cadernetas de poupança deixaram de refletir a real situação inflacionária à época, tornando-se, portanto, cabível a inclusão dos expurgos inflacionários aos saldos das poupanças mantidas junto às instituições financeiras.

Portanto, não pairam dúvidas sobre a obrigação pretendida pela parte autora. As normas editadas pelo Banco Central através da Resolução n. 1.338/87, Lei 7.730/89, Lei 8.024/90 e Lei 8.177/91, afetaram os contratos de trato sucessivo, cujos períodos aquisitivos de 30 dias já havia se iniciado ao tempo de sua respectiva edição.

Insta consignar que o aniversário da poupança da parte autora era na primeira quinzena de cada mês, ou seja, exatamente na época afetada pelos Planos Econômicos, consoante se infere do extrato de fl..

O Plano Verão foi implantado através da edição da Medida Provisória n. 32, de 15/01/1989, posteriormente convertida na Lei n. 7.730/89, tendo sido determinada a remuneração das poupanças com base na variação da Letra Financeira do Tesouro Nacional – LFT.

*Com efeito, no Plano Verão, as instituições financeiras não respeitaram que a remuneração das poupanças pelo novo índice (LFT) deveria ser somente a partir da segunda quinzena de janeiro de 1989, pois aplicaram a nova regra durante todo o mês, retroagindo a aplicação da lei aos contratos em curso e, por conseguinte, **violando a norma constitucional que protege o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.***

No entanto, a diferença devida deve ser de 19,75%, que corresponde à perda sofrida pela não aplicação do indexador que à época refletia a real situação inflacionária, ou seja, que deveria ser o IPC de 42,72% para o saldo de janeiro de 1989, já que, à época, foram creditados os rendimentos na caderneta da autora, no percentual estabelecido pela LFT (22,97%). O mesmo raciocínio deve ser aplicado ao saldo de fevereiro de 1989, cuja diferença entre o índice da LFT aplicado à época e o IPC monta o equivalente a 10,14%, já que, como dito, a Lei 7.730/89 não poderia retroagir para alcançar contratos já em curso.

Passo, agora, à análise do expurgo relativo ao denominado Plano Collor I, instituído através da Medida Provisória nº 168/90, convertida pela Lei 8.024/90, em que se determinava o recolhimento ao Banco Central dos valores existentes nas cadernetas de poupança que excedessem a 50.000,00 cruzados novos, aplicando-se o BTN Fiscal como índice de atualização para esses valores.

Após uma série de alterações legislativas em que ora não se previa a forma de remuneração das poupanças (MP 168/90), ora se previa que se adotaria o BTN Fiscal (MP 172/90), consolidou-se o entendimento no sentido de que, nos períodos de março, abril e maio de 1990, o índice de remuneração das poupanças deveria ser o IPC.

O fato é que as instituições financeiras não efetivaram qualquer remuneração nas poupanças com aniversário na primeira quinzena de março, abril e maio/90, sob o pretexto de ter havido congelamento das poupanças por falta de previsão da forma de remuneração na MP 168/90, convertida na Lei 8.024/90, ensejando, como consequência, uma perda de 84,32% e 44,80%, para os poupadores daquele período. Quanto ao mês de maio de 1990, entretanto, os bancos remuneraram as poupanças com

5,38%, quando a inflação naquele mês foi de 7,87%, havendo uma perda de 2,49%.

Portanto, considerando que a poupança da parte autora tinha data de aniversário na primeira quinzena, deve o saldo que permaneceu disponível junto ao réu, no limite de NCz\$ 50.000,00, ser corrigido pelos percentuais mencionados.

Com relação ao Plano Collor II, editado pela Medida Provisória n. 294, publicada em 01/02/91, posteriormente convertida na Lei n. 8.177, de 01/03/1991, determinou-se, entre outras medidas, a extinção do BTN Fiscal e a criação da TRD (Taxa Referencial Diária), que substituiria o índice anterior. Os poupadores que possuíam contas abertas ou renovadas antes de 1º de fevereiro de 1991 deveriam ter sido remunerados com o índice antigo, ou seja, BTNF. No entanto, mais uma vez, as instituições financeiras adotaram o novo índice (TRD) para todo o mês de fevereiro de 1991, sem respeitar o direito dos poupadores que possuíam poupanças com aniversário na primeira quinzena. Assim, houve uma perda de 14,87%, já que a inflação no período foi de 21,87%, ao passo que o novo índice (TRD) aplicado foi de 7%.

Diante do acima exposto, chega-se à conclusão de que os expurgos foram nos seguintes percentuais: Plano Verão - 19,75% e 10,14% (janeiro e fevereiro de 1989), Plano Collor I - 84,32%, 44,80% e 2,49% (março, abril e maio de 1990) e Plano Collor II - 14,87% (fevereiro de 1991).

Os juros moratórios devem incidir a contar da citação, nos termos do artigo 405 do CC/02, por se tratar de relação contratual e, por fim, tratando-se de ilícito contratual, filio-me ao entendimento consolidado na jurisprudência, no sentido de que o termo inicial da correção monetária deve ser a data do efetivo prejuízo, de

modo que o banco depositário deverá responder pela correção a contar da data em que deveria ter realizado o depósito dos valores pretendidos (Súmula 43 do STJ).

Considerando que em relação ao Plano Collor a parte autora deduziu pedido com índice de remuneração inferior ao reconhecido na fundamentação supra (11,79% - item 5.1 de fl. 09), este passa a ser o limite para o julgado, em observância ao princípio da congruência entre o pedido e a sentença.

Por tais fundamentos, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para condenar o réu a pagar à parte autora o valor correspondente às diferenças de 19,75% (janeiro de 1989), 10,14% (fevereiro de 1989) – Plano Verão, 84,32% (março de 1990), 44,80% (abril de 1990), 2,49% (maio de 1990) – Plano Collor I e 11,79% (fevereiro de 1991) – Plano Collor II, sobre os saldos da conta poupança número 0037.8645981, já efetivada a dedução dos percentuais creditados à época, nos termos da fundamentação supra, tudo corrigido monetariamente a contar da data quando deveriam ter sido creditados nas contas poupanças os valores devidos da seguinte forma: a) através do IPC até janeiro/1991; b) a partir da promulgação da Lei n.º 8.177/91, a aplicação do INPC (fevereiro a dezembro/1991); e c) a partir de janeiro/1992, a aplicação da UFIR, nos moldes estabelecidos pela Lei n.º 8.383/91, a ser apurado por cálculo, com juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação. Em decorrência, julgo extinto o processo, com apreciação do mérito, na forma do artigo 269, inciso I e IV, do CPC.

Condene a parte ré ao pagamento das custas ... P. R. I. Transitada em julgado, aplicar-se-á o artigo 475-B do CPC, devendo o feito ser remetido ao Contador Judicial. Cumpridas as formalidades legais, dê-se baixa e arquivem-se os autos.”

No entanto, no curso de outras inúmeras demandas e das diversas execuções, a Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça de nosso Estado editou o Aviso n. 81/2010, informando a determinação do E. Supremo Tribunal Federal no sentido do sobrestamento de todos os feitos que versem sobre os expurgos inflacionários advindos, em tese, dos Planos Bresser, Verão e Collor, até decisão final, a ser proferida nos Recursos Extraordinários sob os números 591797 e 626307, em razão do reconhecimento da repercussão geral pelo relator Ministro Dias Toffoli. Nos recursos, as partes e diversos *amicus curiae* de vários segmentos da sociedade discutem basicamente a questão da violação ou não dos planos monetários ao direito adquirido e ato jurídico perfeito.

Veja-se, então, que a Corte Suprema, em sede de controle difuso de constitucionalidade, demonstra claramente a intenção de conferir efeitos *erga omnes* à decisão que eventualmente venha a reconhecer *incidenter tantum* a inconstitucionalidade dos atos que instituíram os planos monetários, ocorrendo o fenômeno da abstrativização do controle difuso e, por conseguinte, a relativização da coisa julgada, que até então tinha como limite subjetivo apenas e tão somente as partes que integraram a lide. Desse modo, tal decisão passará a abranger um número indeterminado de pessoas, inclusive os jurisdicionados que já tiveram suas ações julgadas com sentença de procedência confirmada pelas instâncias superiores (transitada em julgado).

Com isso, o título executivo judicial em que se funda a execução pode passar a ser inexigível, caso a Corte Constitucional venha a declarar posteriormente a inconstitucionalidade de lei ou ato em que se baseou a sentença, embora transitada em julgado. Isso porque não se admite, no direito pátrio, execução de obrigação calcada em norma inconstitucional.

Importa registrar, por fim, que, sobre o tema, desde 2005, dispõe o artigo 475-L, parágrafo 1º, do CPC, que vem sendo aplicado por simetria no controle difuso de constitucionalidade, inovando o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Inegavelmente, o curso de controle de constitucionalidade atendeu ao seu propósito de reciclagem jurídica e aperfeiçoamento dos magistrados, com a apresentação de casos concretos que nos permitiu refletir sobre os novos paradigmas do controle de constitucionalidade, cabendo registrar, por fim, que os palestrantes cumpriram sua missão de falar sobre os temas propostos com sensibilidade à realidade, didática, dinamismo, clareza e objetividade. ◆

O Controle de Constitucionalidade Concentrado e a Decisão sobre a União Homoafetiva

Sylvia Therezinha Hausen de Arêa Leão

Juíza de Direito da 1ª Vara de Família, Infância, Juventude e Idoso de Belford Roxo

Pretendemos neste trabalho traçar algumas linhas sobre a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre as relações estáveis homoafetivas e suas consequências.

Em 05 de maio de 2011, a nossa Corte constitucional, em julgamento histórico, conferiu interpretação, conforme a Constituição, ao art. 1723 do Código Civil, o que permitiu o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, estendendo à mesma todos os direitos decorrentes da união estável.

A mencionada decisão se deu no julgamento da Ação direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.

A ADIn nº 4.277, de autoria da Procuradoria Geral da República continha dois pedidos distintos: “declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável familiar entre o homem e a mulher” e “declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.”

Já a ADPF nº 178 ajuizada pelo estado do Rio de Janeiro, transformada em ADIn nº 142-RJ, possuía o argumento de que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais constitu-

cionais como igualdade e liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Seu pedido consistia na aplicação técnica da “interpretação conforme a Constituição” aos incisos II e V do art. 19 e do art. 33, ambos do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do estado do Rio de Janeiro).

Seu objetivo era viabilizar o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais.

Antes de entrarmos na discussão da matéria decidida, vamos falar brevemente sobre os dois tipos de ação utilizadas no caso para o controle de constitucionalidade.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADIN

Trata-se de uma das ações por meio das quais se processa o controle concentrado de inconstitucionalidade, juntamente com a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental

A Constituição Federal, ao tratar da ação direta de inconstitucionalidade, fixou como seu escopo básico o pronunciamento de inconstitucionalidade de uma lei ou de ato normativo.

No entanto, também permitiu o uso do instrumento com a finalidade de apuração de inconstitucionalidade por omissão e previu a intervenção federal nos Estados-membros, de onde podemos concluir que existem três ações de inconstitucionalidade, ou seja, a genérica, a por omissão e a interventiva.

No tocante à ação direta de inconstitucionalidade genérica, utilizada no caso sob exame, podemos dizer que a mesma se trata de um processo objetivo, uma vez que as suas partes não se imbuem de pretensões subjetivas, de interesse próprios, mas de um objetivo: a defesa da Constituição.

Decorrem dessa natureza algumas consequências processuais, sendo elas: a inexistência da lide; falta de poder de disposição dos legiti-

mados; inadmissibilidade de desistência; impossibilidade de intervenção assistencial de terceiro interessado; descabimento de ação rescisória, não podendo o Judiciário ampliar o objeto da ação, não estando, porém, adstrito a sua fundamentação.

No julgamento da ADIn, o primeiro passo a ser dado é identificação do dispositivo constitucional que servirá de elemento de contraste para exame da constitucionalidade do ato normativo impugnado.

No caso em tela, os dispositivos atacados foram confrontados com a proibição de preconceito e da regra contida no inciso II do art. 5º, combinadamente com inciso IV do art. 3º e o §1º do art. 5º, todos da Constituição da República.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Esta ação é disciplinada pelo §1º do art. 102 da Constituição da República e também tratada na Lei 9882/99, sendo legitimados para sua propositura os mesmos autores da ação direta de inconstitucionalidade.

No entanto, nenhum dos dispositivos legais supracitados define em que consiste preceito fundamental, cabendo sua delimitação aos intérpretes do texto.

Segundo Luiz Alberto David de Araújo¹, em trecho que passamos a reproduzir:

“São normas materiais constitucionais aquelas tidas por imprescindíveis a uma Constituição, vale dizer, aquelas fundamentais à sua estruturação.

Destarte, a ideia que parece ter orientado o constituinte foi a de estabelecer como parâmetro dessa ação aqueles preceitos que fossem indispensáveis à configuração de uma Constituição enquanto tal, ou seja, as normas materialmente constitucionais, a saber:

¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David de. **Curso de Direito Constitucional**, 15 ed. Editora Verbatin.

- a) as que identificam a forma e a estrutura do estado;
- b) o sistema de governo;
- c) a divisão e o funcionamento dos poderes;
- d) os princípios fundamentais;
- e) os direitos fundamentais;
- f) a ordem econômica;
- g) a ordem social.”

O uso da ADPF tem caráter subsidiário; ou seja, essa via de controle concentrado tratará apenas de matérias residuais, de situações em que não haja outro meio eficaz de evitar a lesividade (art. 4º, § 1º).

Na decisão ora comentada, o relator conheceu a ADPF ajuizada como ADIn, sob o fundamento da impossibilidade de se conhecer aquela, em razão da existência de outro meio eficaz, esclarecendo ser perfeito o encaixe de seus elementos ao molde de pressupostos da ação direta de inconstitucionalidade.

FUNDAMENTOS DA DECISÃO

O Ministro Ayres Britto, relator do julgamento, em apertada síntese, afirmou que a união homoafetiva não pode ser classificada como mera sociedade de fato, como se fosse um negócio mercantil.

Após detalhada análise biológica sobre o sexo e as funções do aparelho sexual, o Ministro concluiu que o silêncio constitucional sobre o tema é intencional e que “tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido. A ausência da lei não é ausência de direito, até porque o direito é maior do que a lei”.

Ayres Britto afirmou que seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação, e acrescentou que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e, intencionalmente, nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana.

Ao final de seu voto, o citado Ministro deu

“ao art. 1723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.”

Outro voto que merece destaque é o da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, que, citando Canotilho, afirma que para se conceituar juridicamente a relação duradora e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, considerando o silêncio legal, deve-se recorrer a integração analógica e assim preencher a lacuna legal.

Prosseguindo em seu voto, o citado Ministro esclarece que o fato de o texto constitucional ter sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradora não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal.

No entanto, o Ministro esclarece que não se deseja substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, considerando a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo.

Ao final, Lewndowski conclui:

“Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, destacando-se aqueles que são próprios da realção entre pessoas do sexo distinto, segundo a vetusta máxima ubi eadem ratio ibi idem jus, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico.”

VIGÊNCIA DA DECISÃO

Muito se tem discutido a cerca da repercussão e aplicação da decisão ora analisada.

O Ministro Cezar Peluso ressaltou a importância do poder legislativo em exercer uma de suas funções precípua, ou seja, a função legislativa, abrindo, assim, caminho para a discussão que a decisão do Pretório Excelso apenas vislumbra, a possibilidade da existência da união estável homoafetiva, mas que a mesma precisaria de regulamentação para se aplicada.

Para solucionar a questão, parece acertado se lançar mão do §2º do art. 102 da Constituição da República, alterado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que preceitua:

“Art. 103...

§2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

Por conseguinte, as decisões definitivas de mérito em sede de ação direta de inconstitucionalidade produzem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, não apenas aos órgão do Poder Judiciário, mas, também, à administração pública direta e indireta e em todas as esferas.

Portanto, desde a publicação da decisão proferida, teve início a vigência de seus respectivos efeitos vinculantes, e os casais homoafetivos passaram a poder habilitar-se perante qualquer instituto de previdência a fim de requerer a respectiva pensão de seus companheiros, estabelecer na entidade familiar o regime de comunhão parcial de bens, regime aplicável pelo Código Civil á união estável, dentre outros direitos. ◆

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DAVID DE ARAÚJO, Luiz Alberto. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª edição. Editora Verbatim.

BARROSO, Luis Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**. Editora Renovar.

Interpretação Evolutiva. A Mutação Constitucional. Súmulas Impeditivas de Recursos (Art. 52, X)

Vania Mara Nascimento Gonçalves

Juíza de Direito da 27ª Vara Cível da Capital

INTRODUÇÃO:

As recentes Leis nºs 11.418/06 e 11.672/08 trouxeram mudanças no Código de Processo Civil, objetivando o desafogo e celeridade processual do Poder Judiciário e introduziram a instituição do julgamento uniforme de recursos repetitivos no âmbito dos STF e STJ.

A repercussão geral é um requisito específico do Recurso Extraordinário que foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela EC 45/04 com o acréscimo do § 3º ao art. 102 da Carta Magna. Trata-se de um pressuposto recursal em que a relevância da matéria constitucional abordada no referido recurso é analisada sob um diferente ângulo, qual seja, em função do modo como o julgado recorrido repercutirá na sociedade e não na esfera de interesse do litigante.

A Lei 11.672/08, que versa sobre os recursos especiais repetitivos no âmbito do STJ, se assemelha à repercussão geral do Recurso Extraordinário.

A questão é quanto à constitucionalidade da Lei 11.672/08, que institui verdadeira “decisão vinculante” do STJ não prevista no Texto Constitucional, que adotou como sabemos, a súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal.

Como enquadrar o art. 543-C, dentro das classificações já existentes de categorias previstas no Processo Civil Brasileiro. Seria um procedimento

de uniformização de jurisprudência? Ou de julgamento vinculado, análogo às súmulas vinculantes? Outra questão é saber se o Tribunal de origem entender pela manutenção da decisão anterior? E se o entendimento do Tribunal for diferente? E os juízes estariam sujeitos à observação destes recursos, tendo em vista a decisão posterior do 2º grau?

Em julgamento de uma ação na 50ª Vara (em que estava em exercício esta magistrada) proferi a seguinte sentença, deparando-me com a questão, tendo em vista o posicionamento divergente no STJ.

JUÍZO DE DIREITO DA 50ª VARA CÍVEL COMARCA DA CAPITAL

PROCESSO N.º 0385314-18.2009.8.19.0001

AUTOR: EXPRESSO SÃO FRANCISCO LTDA.

RÉU: LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S/A

SENTENÇA

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c repetição de indébito proposta por **EXPRESSO SÃO FRANCISCO LTDA.** em face de **LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S/A**, na qual pretende, em sede de tutela antecipada, a expedição de guia para depósito do valor referente ao PIS e COFINS, bem como expedição de ofício para excluir das contas as referidas parcelas. Requer a condenação da ré para não repassar o PIS e COFINS, restituindo, em dobro, os valores já descontados.

Alega a parte autora que a empresa ré inclui contribuições sociais na cobrança do preço público para o fornecimento de energia elétrica. Sustenta que não há previsão legal para o re-

passo do PIS e COFINS, eis que cabe as concessionárias arcarem com tais contribuições, posto que o fato gerador e a base de cálculo tem como parâmetro o faturamento mensal das concessionárias, consoante art. 195, I, da CF 88. Conclui que não há como transferir o ônus aos contribuintes, tendo em vista serem considerados tributos diretos, ou seja, recaem diretamente sobre a pessoa do sujeito passivo, sem possibilidade de transferência para outrem, portanto, a autorização da ANEEL através da Resolução n. 241/05, art. 9º, de repasse é inconstitucional a cobrança. Argumenta que a LC n. 7/70, que rege o PIS/PASEP, a LC 70/91, referente a COFINS, bem como as leis ordinárias que a elas sucedera, dentre as quais as Leis ns. 9.718/98, 10.637/02 e 10.833/03 não alteraram a CF. A inicial veio instruída com os documentos de fls. 27/153.

A parte Ré foi citada e intimada apresentando sua resposta às fls. 330/386, argui preliminar de inépcia da inicial; ilegitimidade passiva; incompetência da Justiça Estadual. No mérito, refuta o pedido vestibular com os seguintes argumentos, de que a ANEEL editou Resolução homologatória n. 241/2005, que em seu art. 9º autorizou a inclusão dos valores relativos ao recolhimento das contribuições ao PIS e COFINS nas tarifas de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a variação. Aduz que os tributos integram os custos das tarifas de energia como forma de preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Requer a improcedência do pedido. Com a contestação, vieram os documentos de fls. 387/395.

Réplica às fls. 397/430, com documentos de fl. 431/453.

É O RELATÓRIO. DECIDO.

Julgo antecipadamente o feito, eis que o feito encontra-se apto para julgamento.

Inicialmente rejeito a preliminar de inépcia da inicial, eis que pueril, posto que não se vislumbra, na hipótese, a alegada inépcia. Da leitura dos termos da peça exordial, conclui-se o autor fez cumprir os requisitos inculpidos no art. 282 e seus incisos, bem como os do art. 283 do CPC. No entender deste Juízo, foi clara a parte autora quando da exposição dos fatos narrados, e existem nos autos elementos probatórios a serem examinados no que se refere ao direito alegado na inicial. Assim, rejeito a preliminar arguida.

Rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva da parte ré, eis que a demanda não visa ao exame dos tributos devidos à União pela concessionária, mas sim, à análise da licitude de a empresa prestadora repassar os valores desses tributos aos usuários de seus serviços, até porque os tributos já foram pagos à União. Assim, trata-se de relação entre a concessionária, pessoa jurídica de direito privado e a parte autora.

Neste sentido entendimento do Tribunal Superior:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. REPASSE DA COFINS E DO PIS/PASEP A USUÁRIOS DO SERVIÇO PÚBLICO DE TELECOMUNICAÇÃO. ANATEL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. EXCLUSÃO DA MULTA IMPOSTA. SÚMULA 98/STJ. 1.

1. A ANATEL é parte ilegítima para figurar no polo passivo de ação de repetição de indébito, proposta em face de empresa concessionária de telefonia, na qual se pretende o reconhecimento da ilegalidade do repasse dos valores pagos a título de PIS e COFINS aos consumidores do serviço público.

2. Deveras, malgrado as atribuições contidas no inciso VII, do artigo 19, da Lei 9.472/97, ressoa evidente a ausência de interesse jurídico da ANATEL no presente feito, uma vez que a eventual condenação na devolução dos valores pagos indevidamente pelos consumidores a título de COFINS e da contribuição destinada ao PIS não encontra repercussão em sua esfera jurídica, mas tão somente na da concessionária (Precedentes do STJ: REsp 1.053.778/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09.09.2008, DJe 30.09.2008; REsp 716.365/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, julgado em 07.11.2006, DJ 14.12.2006; e REsp 92.641/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Agravo de Instrumento nº 0009767-14.2010.8.19.0000 Rel. Des. Mônica Maria Costa Turma, julgado em 21.02.2006, DJ 20.03.2006).

3. Consectariamente, tratando-se de relação jurídica processual instaurada entre a empresa concessionária de serviço público federal e o usuário, não há interesse na lide do poder concedente, no caso, a União, falecendo, *a fortiori*, a competência da Justiça Federal (Precedentes da Primeira Seção: AgRg no CC 52.437/PB, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 28.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no CC 61.804/CE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12.03.2008, DJe 31.03.2008; e AgRg no CC 59.036/PB, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Convocado do TRF 1ª Região), julgado em 12.03.2008, DJe 05.05.2008).

4. Os embargos de declaração opostos com evidente intuito de prequestionamento não têm caráter protelatório, impondo-se a exclusão da multa aplicada com base no artigo 538, parágrafo único, do CPC, ante a *ratio essendi* da Súmula 98, do STJ (Precedentes do STJ: AgRg no Ag1.035.101/MS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 12.08.2008, DJe 25.08.2008; EDcl no REsp 1.009.956/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 07.08.2008, DJe 20.08.2008; e REsp 756.664/RS, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 30.05.2008).

5. A apontada ofensa ao artigo 535, do CPC, não restou configurada, uma vez que o acórdão recorrido pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliante-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.

6. Recurso especial da BRASIL TELECOM parcialmente provido, apenas para excluir a multa por embargos procrastinatórios. (REsp 859877/RS - RECURSO ESPECIAL 2006/0123406-8. Agravo de Instrumento nº 0009767-14.2010.8.19.0000 Rel. Des. Mônica Maria Costa Ministro LUIZ FUX. PRIMEIRA TURMA. Julgamento: 28/10/2009. DJe 19/11/2009).

Assim, considerando-se que é a concessionária do serviço de energia elétrica que possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, e esta não tem foro na Justiça Federal, cabe à Justiça Estadual processar e julgar o feito.

Com efeito, o direito material deduzido em juízo não tem ligação com o vínculo trabalhista, mas, sim, natureza contratual civil.

Neste sentido:

0298811-28.2008.8.19.0001 - APELAÇÃO

DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM - Julgamento: 16/03/2011 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível. Ação de Obrigação de Fazer. Plano de previdência privada. Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - PREVI. Benefício “renda certa”. Contrato de natureza civil. Competência da Justiça Estadual. O benefício “renda certa” é devido aos participantes que completaram 30 anos de filiação no período compreendido entre 04/03/1980 e 31/12/2006, que não tenham imediatamente entrado em gozo de aposentadoria e que tenham vertido mais de 360 contribuições para o plano. Caso dos autos em que os autores se aposentaram com menos de 360 contribuições e recebem benefícios proporcionais às suas participações para o plano de previdência complementar. Inexistência de ofensa ao princípio da isonomia. Precedentes. Sentença reformada. Recurso provido.

No mérito, com razão a parte ré, embora seja a questão controvertida, a matéria que foi submetida à sistemática dos recursos repetitivos, na forma do artigo 543-C, do CPC, sendo julgada através do REsp. nº 1.185.070, Relator Ministro Teori Albani Zavascki, em 22/09/2010, concluindo-se pela legitimidade do repasse às tarifas de energia elétrica dos valores correspondentes ao PIS e COFINS.

A questão é saber-se se vinculante, eis que há tendência de ampliação dos efeitos vinculantes de todas as decisões do STF - Sumulas vinculantes EC 45, art. 103-A, Súmulas impeditivas de recursos, art. 557, CPC e va-

lorização dos precedentes do STF, conforme visto no curso de Controle da Constitucionalidade.

A parte autora junta diversas sentenças, acórdãos no sentido da ilegalidade da cobrança, inclusive a sentença da Ação Civil Pública que tramitou na Vara Federal de Nova Friburgo, processo n. 2007.51.05.001823-5, em que o Ministério Público Federal ajuizou em face da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e da Companhia de Eletricidade de Nova Friburgo – ENERGISA, objetivando compelir as rés a suspenderem o repasse da COFINS e do PIS aos consumidores.

Já de início há que se discutir o cabimento ou não da ação civil pública em matéria tributária, bem como a legitimidade do MP para ajuizá-la.

O STF entendia que a ação civil pública não poderia ser utilizada em matéria tributária, porque, neste caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade (...) na ação civil pública, o controle *incidenter tantum* equivaleria, pelos seus efeitos, à verdadeira ação direta de inconstitucionalidade (Edcl no Resp 106.993/MS, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Turma, j.28.04.1998).

Contudo, superou tal entendimento, neste sentido:

“O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. (Precedentes. Doutrina.” (RE 411.156, Celso Mello, inf. 571, 2010).

Foi reconhecida a legitimidade do MPF, posto que, ainda que o

interesse defendido tenha natureza jurídica de direito individual este é homogêneo, com interesse vinculado à defesa da coletividade dos consumidores (arts. 83 Lei 8.078/90, 1º, 5º e 21 da Lei 7.347/85, bem como da Lei Complementar n. 75/93, que regulamentou os arts. 127 e 129 da CF, que estabeleceu em seu art. 6º, XIV, a atuação do MP para a propositura de defesa dos consumidores.

No corpo da sentença o douto magistrado nos traz argumentos no sentido de que a cobrança das contribuições deve seguir regras rígidas que se iniciam na própria Constituição Federal (como exemplo o art. 5º, § 2º e o art. 150, *caput*) sendo que as normas tributárias enunciadas na mesma funcionam como garantia do contribuinte, servindo de parâmetro de direção e orientação da atividade normativa do legislador brasileiro.

Afirma o ilustre magistrado Dr. Paulo André Espírito Santo, em sua fundamentação, que de relevo transcrevo:

“Quando a Constituição cria uma norma como a da “imediate e preferencial restituição” (art. 150, §7º, CR/88) em caso de não ocorrer o fato gerador, tem o escopo de garantir certa segurança às relações econômicas praticadas pelo contribuinte, definindo com exatidão o que recai a tributação (...) No caso vertente, há um desvio a essa sistemática preconizada pelo art. 150, §7º, da CR/88. Como se sabe, houve sensíveis mudanças no recolhimento do PIS/COFINS. Com a edição da Lei 9718/98 (antes determinado pelas inúmeras medidas provisórias), as empresas prestadoras de serviço público, notadamente as geradoras de energia elétrica, e aquelas inseridas dentro da cadeia econômica dessa atividade, passaram a recolher o PIS e a COFINS não mais diretamente sobre o fato gerador (receita/faturamento) praticado por cada uma delas. Passaram as geradoras a recolher o PIS e a COFINS por seus fatos geradores (receita/faturamento) e pelos fatos geradores a serem praticados no futuro e presumidamente pelas distribuidoras e pelas concessionárias de energia, num sistema de não

cumulatividade, na forma autorizadora do art. 150, § 7º, da CR/88, com base no fato gerador presumido.

Pela sistemática de repercussão tributária autorizada pela ANEEL, a geradora de energia vende o “produto” às concessionárias, que, por sua vez, ao sofrerem a tributação do PIS e da COFINS, repassam o encargo para o usuário na cadeia econômica, vendendo este ao consumidor final o preço da atividade (energia) somado ao valor do tributo pago. Fazer o consumidor suportar a carga tributária do PIS e da COFINS, tributos pertinentes as empresas, que possuem “receita” e faturamento” (situações que não são próprias dos usuários”), é criar um enriquecimento sem causa para as concessionárias, algo que não se pode admitir.

Não se contesta aqui a sistemática da substituição tributária “para frente”, fenômeno tributário aplicável ao caso em espécie. Realmente, o sistema de fato gerador presumido é reconhecido como válido pelo STF e pelo restante da Jurisprudência pátria, entendendo-se ter andado bem o constituinte derivado ao adicionar, por emenda, o parágrafo 7º do art. 150 na CR/88. (...) Não se pode aplicar o mesmo raciocínio utilizado ao ICMS e ao IPI para o PIS e a COFINS. Isto porque, no PIS e na COFINS, o fato gerador (receita bruta operacional/faturamento) se confunde com sua base de cálculo, criando uma onerosidade excessiva e injustificada para o substituto e pra o substituído tributário. A receita bruta operacional é, ao mesmo tempo, o fato gerador e a base de cálculo do PIS e da COFINS. Antecipar receita bruta é antecipar o fato gerador e a base de cálculo do agente seguinte na cadeia econômica, fazendo uma presunção por demais aberta e abstrata, sem qualquer objetividade. A situação do caso concreto se agrava na medida em que o consumidor final da energia não realiza os fatos geradores “receita” e “faturamento”, de maneira que não pode suportar o ônus dessa exação tributária. Vale lem-

brar que a CF/88, no art. 150, § 7º só admite a antecipação do fato gerador e não da base de caçulo alheia....”

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proferiu, pela Primeira Câmara Cível, na Ap. Cível n. 70016228116, a seguinte decisão, que *mutatis mutandis* se adequa a questão:

“APELAÇÃO CÍVEL. SERVIÇO PÚBLICO. TELEFONIA. TARIFA. NATUREZA PARATRIBUTÁRIA. INCIDÊNCIAS DIRETAS DO PIS E DA COFINS SOBRE O PREÇO DOS SERVIÇOS. PEDIDOS DE EXCLUSÃO E DE RESTITUIÇÃO EM DOBRO.

1. Incidências diretas do PIS e da COFINS sobre o preço dos serviços de telefonia. A telefonia é serviço público. Portanto, a concessionária está sujeita ao Princípio da legalidade (CF, art. 37, *caput*); logo, não havendo previsão legal autorizadora da incidência direta, ou repasse jurídico, das alíquotas do Programa de Integração Social – PIS, e da Contribuição para financiamento da Seguridade Social – COFINS, sobre o preço dos serviços de telefonia, a concessionária não pode fazê-lo. Ademais, se a legislação pertinente estabelece como contribuinte a pessoa jurídica prestadora de serviços, como fato gerador o faturamento ou receita bruta e como base de cálculo o valor do faturamento ou receita bruta, observadas as exclusões previstas na lei (Lei n. 10.637/02, art. 1º; Lei n. 10.833/03), tal proceder subverte o sistema pois: (a) contribuinte passa a ser o consumidor, e não o fornecedor; (b) fato gerador passa a ser a prestação de serviços, e não o faturamento ou receita bruta da concessionária; e (c) base de cálculo passa a ser o valor do serviço, e não o valor do faturamento ou receita bruta da concessionária.

2. Restituição.

2.1 – Afirmado ser indevido o repasse jurídico ou incidência

direta, resulta que deve ser restituído tudo quanto foi do consumidor cobrado (CC/1916. art. 964; CC/2002, art. 876)”.

Decisão confirmada pela 2ª Turma do STJ no RESP n. 1053778, Rel. Min. Herman Benjamin, bem como em EDcl nos EDcl no referido Resp. n. 625.767-RJ afirma que:

“DA ILEGALIDADE DO REPASSE DO PIS E DA COFINS NA FATURA TELEFÔNICA.

A Segunda Turma desta Corte, na assentada de 9.9.2008, ao apreciar o tema na ocasião do julgamento do Resp. 1053778/RS, Rel.Min. Herman Benjamin, constatou a ilegalidade do repasse do PIS e da COFINS na fatura telefônica, porquanto a inclusão desses tributos na conta telefônica não tem o condão de modificar a sujeição passiva tributária: é a concessionária o contribuinte de direito, tal como ocorre no ICMS.

Entendeu assim o colegiado ser indevido o repasse do PIS e da COFINS na fatura telefônica, por ausência de expressa e inequívoca previsão na lei, e que referidos tributos não incidem sobre a operação individualizada de cada consumidor, mas sobre o faturamento global da empresa.

Consignou-se, ainda, que os fatos geradores e as bases de cálculo dos referidos tributos não guardam correspondência direta e imediata com a cobrança feita pela concessionária, não são devidos no momento da prestação dos serviços, nem tem como base de cálculo o valor de cada um deles. Essas prestações recebidas dos consumidores, por força dos contratos, juntam-se a outras receitas para compor o faturamento mensal da concessionária, esse, sim, a base de cálculo daquelas contribuições”. (Rel. Min. Humberto Martins, por unanimidade, 2ª Turma do STJ – Edcl nos Ecl no Resp. n. 625.767-RJ – Julgamento em 20/11/2008, DJ 15.12.2008).

Em decisão publicada no DJ do dia 23/06/2009, a 2ª Turma do STJ, por unanimidade, nos termos do voto da Relatora Ministra Eliana Calmon, ratificou o entendimento quanto ao dever de restituir em dobro a cobrança indevida do PIS e Cofins.

“PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – PIS/COFINS – REPASSE AO CONSUMIDOR NA FATURA TELEFÔNICA – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA ANATEL – TESE ACERCA DA INEXISTÊNCIA DE ERRO NO PAGAMENTO: AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – ABUSIVIDADE DA COBRANÇA RECONHECIDA POR ESTA CORTE – DEVOLUÇÃO EM DOBRO – POSSIBILIDADE.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Prevalece no STJ o entendimento de que a ANATEL não tem legitimidade passiva pra responder pela cobrança indevida de valores levada a efeito pelas empresas de telefonia na conta telefônica.

3. É inadmissível o recurso especial quanto a questão não decidida pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento.

4. A Segunda Turma desta Corte firmou entendimento no sentido da ilegalidade do repasse do PIS e da COFINS na fatura telefônica, como como acerca da má-fé das empresas de telefonia e, por consequência, da abusividade da conduta.

5. Direito à devolução em dobro reconhecido com base no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.” (Resp. n. 910.784 – RJ, 2ª Turma, do STJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Julg. Em 04/06/09, DJ 23/06/09).

O STJ, em decisão publicada no Diário Oficial do dia 11/05/2010, da lavra do Min. Herman Benjamin, nos autos do Resp. n. 1.188.674, entendeu ser ilegítimo o repasse do PIS/COFINS nas faturas de energia elétrica, afirma “ (...) O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência no sentido de que é ilegítima a inclusão dos valores relativos ao PIS e à COFINS nas faturas telefônicas, entendimento que se aplica, por analogia, às faturas de energia elétrica...”

Assim, temos que a Segunda Turma do STJ, por unanimidade, tem o entendimento quanto ao dever de restituir em dobro a cobrança indevida do PIS e Cofins.

Porém, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1185070/RS, da relatoria do e. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 22/9/2010, submetido ao regime dos recursos repetitivos, art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido da legitimidade do repasse às tarifas de energia elétrica, conforme ementa a seguir:

ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO. ENERGIA ELÉTRICA. TARIFA. REPASSE DAS CONTRIBUIÇÕES DO PIS E DA COFINS. LEGITIMIDADE.

1. É legítimo o repasse às tarifas de energia elétrica do valor correspondente ao pagamento da Contribuição de Integração Social - PIS e da Contribuição para financiamento da Seguridade Social - COFINS devido pela concessionária. 2. Recurso Especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (REsp 1185070 / RS RECURSO ESPECIAL 2010/0043631-6 - Relator(a) Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124) - Órgão Julgador S1 – PRIMEIRA SEÇÃO - Data do Julgamento 22/09/2010 - Data da Publicação/Fonte DJe 27/09/2010 LEXSTJ vol. 255 p. 180).

Restou consignado no corpo do referido acórdão:

“A tese defendida pelo demandante e aqui chancelada pelo IDEC e pelo Ministério Público, parte de um pressuposto manifestamente equivocado: o de atribuir à controvérsia uma natureza tributária. Com efeito, a relação jurídica que se estabelece entre concessionária e consumidor de energia elétrica não é relação tributária, cujos partícipes necessários são o Fisco e o contribuinte. Aqui, o que se tem é relação de consumo de serviço público, cujas fontes normativas são próprias, especiais e distintas das que regem as relações tributárias. Em outras palavras, o que está em questão não é saber se o consumidor de energia elétrica pode ser alçado à condição de contribuinte do PIS e da COFINS, que à toda evidência não o é, mas sim a legitimidade da cobrança de uma tarifa, cujo valor é estabelecido e controlado pela Administração Pública e no qual foi embutido o custo correspondente aqueles tributos, devidos ao Fisco pela concessionária. Essa a questão. (...) Não se pode dar razão, assim, à alegação central do recurso de que o repasse das contribuições do PIS e da COFINS às tarifas de energia elétrica ofende o art. 9º da Lei 8.987/97. Pelo contrário: foi justamente amparado nesse dispositivo de lei que a 1ª Seção, julgando o antes referido REsp 976.836/RS, decidiu pela legitimidade de repasse semelhante, ocorrido em relação às tarifas de serviço de telefonia, infirmando, assim, frontalmente, o entendimento dos acórdãos invocados como paradigmas no recurso especial. São razões por si só suficientes para manter o entendimento do acórdão recorrido.

6. Cumpre registrar, ainda, embora essa questão não integre propriamente o âmbito da controvérsia, que, no que se refere especificamente às tarifas de energia elétrica, o repasse das contribuições do PIS e da COFINS, além de observar as condições e os limites estabelecidos na lei e no contrato, se deu de forma transparente, de modo a evitar dificuldades à compreensão por parte do consumidor, sendo que o repasse

é por valor proporcional e limitado à “repercussão econômica do faturamento da empresa com a atividade de distribuição de energia elétrica.”

O Relator Ministro Teori Albino Zavascki, diz textualmente :

“Dada a natureza onerosa e sinalagmática da prestação dos serviços concedidos, é inafastável que a contraprestação a cargo do consumidor (tarifa) seja suficiente para retribuir, pelo menos, os custos suportados pelo prestador, razão pela qual é também inafastável que, na fixação do seu valor, sejam considerados, em regra, os encargos de natureza tributária. É também decorrência natural do caráter oneroso e sinalagmático do contrato de concessão a manutenção, durante toda a sua vigência, da equação econômico-financeira original”.

Tal entendimento, se coaduna com o disposto no art. 9º da Lei nº 8.987/95, que informa:

“Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos,

conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

Desse modo, estando a matéria pacificada em recurso representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C, diante da legalidade reconhecida, impõe-se julgar de acordo com tal entendimento, ou poderá o juiz, alegando sua independência, discordar e julgar conforme a 2ª Turma?

No 1º sentido o posicionamento deste Tribunal, conforme os seguintes julgados:

“ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL.AFASTAMENTO. RELAÇÃO ENTABULADA ENTRE O CONSUMIDOR E A CONCESSIONÁRIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE E DAS PESSOAS PREVISTAS NO ART. 109,DA CRFB, PARA CONFIGURAR A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PIS E COFINS. COBRANÇA.POSSIBILIDADE. PREVISÃO NO CONTRATO DE CONCESSÃO DO REPASSE AO CONSUMIDOR. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO (ART. 9º, LEI Nº 8.987/95). ALTERAÇÃO LEGISLATIVA QUE APENAS MODIFICOU A FORMA DE COBRANÇA DAS CONTRIBUIÇÕES E NÃO O SEU INÍCIO. EDIÇÃO DE NORMA PELA AGÊNCIA REGULADORA DO SETOR QUE, A EXEMPLO DO ICMS, AUTORIZOU A CONCESSIONÁRIA A INCLUIR NA FATURA REMETIDA AO CONSUMIDOR AS DESPESAS COM AS CONTRIBUIÇÕES INCORRIDAS POR ESSA NO EXERCÍCIO

DA ATIVIDADE DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA, POSSIBILITANDO MAIOR CLAREZA SOBRE OS CUSTOS DO SERVIÇO. MATÉRIA JÁ DECIDIDA **PELA SISTEMÁTICA DO RECURSO REPETITIVO (Resp 1185070-RS)**. PROVIMENTO DO PRIMEIRO APELO. PREJUDICADO O RECURSO AUTORAL. (0400393-37.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO - DES. LINDOLPHO MORAIS MARINHO - Julgamento: 21/02/2011 – DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL).”

“APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. COBRANÇA DE PIS/COFINS EM FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA. POSSIBILIDADE. RECURSO REPETITIVO. Inclusão, no *quantum* aferido em documento de cobrança emitido por concessionária de energia elétrica, de valores referentes a PIS/COFINS. **Com excelência, o tema foi apreciado pelo C. Superior Tribunal de Justiça recurso representativo de controvérsia, julgado em 22 de setembro de 2010, pela Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp nº. 1.185.070-RS, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki -, sendo reconhecido “legítimo o repasse às tarifas de energia elétrica do valor correspondente ao pagamento da Contribuição de Integração Social - PIS e da Contribuição para financiamento da Seguridade Social - COFINS devido pela concessionária”**. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. SENTENÇA QUE SE REFORMA, COM FULCRO NO ART. 557, § 1º-A, DO CPC. (0001511-47.2010.8.19.0044 - APELAÇÃO - DES. ELISABETE FILIZZOLA - Julgamento: 18/02/2011 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL).

“0023630-68.2009.8.19.0001 – APELAÇÃO

DES. ELTON LEME - Julgamento: 11/05/2011 - DÉCIMA SETIMA CÂMARA CÍVEL.”

“APELAÇÃO CÍVEL. LIGHT. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. COBRANÇA DE PIS E COFINS NAS FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGALIDADE. MATÉRIA PACIFICADA PELO STJ EM RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DESCABIMENTO. REFORMA DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. 1. Rejeita-se a preliminar de incompetência da Justiça Estadual, tendo em vista a ausência de legitimidade passiva da Aneel, porquanto a eventual condenação na devolução dos valores pagos indevidamente pelos consumidores a título de PIS e COFINS não encontra repercussão em sua esfera jurídica, mas unicamente na da concessionária, inexistindo interesse na lide pelo poder concedente, o que afasta, em princípio, a competência da Justiça Federal. 2. Inexiste a inépcia da inicial se o autor indicou todos os elementos necessários ao balizamento da lide e, com isso, permitiu o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, sendo dispensável a indicação de valores que poderão ser apurados em fase de liquidação de sentença. 3. **Constitui entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso repetitivo, em 22/9/2010, REsp 1185070/RS, que é legítimo o repasse às tarifas de energia elétrica do valor correspondente ao pagamento da Contribuição de Integração Social PIS e da Contribuição para financiamento da Seguridade Social - COFINS devido pela concessionária.** 4. Entendeu a Corte Superior que a relação jurídica que se estabelece entre a concessionária e o consumidor de energia elétrica não é relação tributária,

cujos partícipes necessários são o Fisco e o contribuinte. O que se tem é uma relação de consumo de serviço público, cujas fontes normativas são próprias, especiais e distintas das que regem as relações tributárias, inexistindo ofensa ao art. 9º da Lei nº 8.987/97. 5. O repasse em discussão, além de observar as condições e os limites estabelecidos na lei e no contrato, observou o princípio da transparência, permitindo ao consumidor a compreensão clara da operação. 6. Inexistindo ilegalidade na conduta da concessionária de energia elétrica, afasta-se a repetição do indébito. 7. Provimento do segundo recurso, dando-se por prejudicado o primeiro recurso.”

“0303615-05.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO

DES. HELENA CANDIDA LISBOA GAEDE - Julgamento: 19/04/2011 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL.

AGRAVO INTERNO DA DECISÃO MONOCRÁTICA EMENTADA COMO A SEGUIR: APELAÇÃO CÍVEL. LIGHT. CONCESSIONÁRIA. REPASSE DE PIS E COFINS ÀS FATURAS DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO OBJETIVANDO A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA COBRANÇA, A REPETIÇÃO DO INDÉBITO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REPASSE QUE VISA O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO E PODE SER DAR POR REAJUSTE. LEGALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 9º, §§ 2º E 3º, DA LEI Nº 8.987/95, **ENTENDIMENTO PACIFICADO PELO STJ NO JULGAMENTO DO RECURSO REPETITIVO N. 1.185.070, REL. TEORI ALBINO ZAVASCKI**, PRIMEIRA SEÇÃO, JULGADO EM 27/09/2010. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.”

“TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. REPASSE. PIS. COFINS.

Ação de Repetição de Indébito ajuizada pela 1ª Apelante em face da 2ª Apelante que busca compeli-la a deixar de repassar os valores das contribuições do PIS e da COFINS nas contas de energia elétrica, almejando, ainda, a restituição, em dobro, dos valores repassados. No modelo tarifário fundado no custo do serviço, os encargos financeiros tributários da concessionária podem ser incluídos no valor da tarifa, hipótese em que são suportados pelos usuários. Precedente jurisprudencial. Recurso repetitivo. REsp 1185070/RS – STJ. Primeiro recurso prejudicado. Segundo recurso provido, nos termos do voto do Desembargador Relator.” (DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO)

Portanto, a Corte Superior em posição majoritária colocou que a relação jurídica que se estabelece entre a concessionária e o consumidor de energia elétrica não é relação tributária, cujos partícipes necessários são o Fisco e o contribuinte. O que se tem é uma relação de consumo de serviço público, cujas fontes normativas são próprias, especiais e distintas das que regem as relações tributárias, inexistindo ofensa ao art. 9º da Lei nº 8.987/97.

Isto porque a concessionária, por força da Constituição federal e da legislação aplicável à espécie, não ostenta o poder de impor exações, por isso que o preço que cobra, como *longa manu* do Estado, categoriza-se como tarifa.

Assim, “A tarifa, como instrumento de remuneração do concessionário de serviço público, é exigida diretamente dos usuários e, consoante cedição, não ostenta natureza tributária”.

No mesmo diapasão, entendeu o STJ que o repasse de tributos para o valor da tarifa, consecutivamente, não obedece ao regime tributário da responsabilidade tributária, por transferência, sucessão ou substituição, senão ao edital, ao contrato de concessão, aos atos de regulação do setor; e ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), consoante o REsp 976.836 /

RS, julgado em 25/08/2010 sob o regime do art. 543-C do CPC, do qual foi Relator o Ministro Luiz Fux.

A legitimidade do repasse econômico do PIS e da COFINS aos usuários do serviço de energia integra os custos repassáveis para efeito de composição do valor final da tarifa cobrada pela concessionária.

Com efeito, o PIS e a COFINS são tributos incidentes sobre a receita e o faturamento da empresa e como qualquer custo, seja fiscal ou não, são considerados no momento de formação do preço, seja nos serviços privado ou público, a repercussão econômica do tributo é natural, como forma de manter a receita maior do que os custos e despesas da empresa, preservando a margem de lucro do negócio.

Assim, não há como se entender como ilegal ou abusivo a prática de repassar o custo econômico da despesa tributária ao preço do serviço ou produto.

O sistema de concessão pressupõe controle das tarifas e a Anatel, em observância à premissa de que os custos devem compor o preço dos produtos e serviços, autorizou o repasse do PIS e da COFINS aos consumidores, de modo a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão (Leis nºs 8.987 de 1995 e 9.472 de 1997).

Neste sentido, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp nº 976.836:

“Esse argumento equivocado, de justificar com base no direito tributário a ilegitimidade do repasse das contribuições do PIS e da COFINS, foi também invocado em relação às tarifas de telefonia, objeto de exame nesta Seção no REsp 976.836/RS, Min. Luiz Fux, julgado em 25.08.10 sob o regime do art. 543-C do CPC. Na oportunidade, a Seção, por representativa maioria, deixou anotada a impropriedade da qualificação tributária que se pretendeu dar à questão, cujo deslinde, na verdade, deveria se dar à luz do regime jurídico estabelecido pelas normas próprias da concessão do serviço público e da correspondente política tarifária. Conforme registrou o Mi-

nistro Luiz Fux, na ementa do acórdão, “o repasse de tributos para o valor da tarifa (...) não obedece ao regime tributário da responsabilidade tributária, por transferência, sucessão ou substituição, senão ao edital, ao contrato de concessão, aos atos de regulação do setor e ao Código de Defesa do Consumidor”. **Nessa consideração, a Seção decidiu que a legitimidade do repasse tinha sustento no art. 9º, §§ 2º e 4º da Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, e dos artigos 93, VII e 103, § 4º da Lei 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, bem como nos atos normativos da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL e nos contratos de concessão.** Invocou-se, nomeadamente, no voto do Ministro Mauro Campbell Marques, a Lei 8.666/93, que disciplina o regime das licitações e dos contratos administrativos, cujo art. 65, II, d e § 5º consagra o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, autorizando a revisão da tarifa, entre outras hipóteses, em face do advento de encargos de natureza tributária que produzam repercussão nos preços contratados.” **(STJ – Resp nº 1.185.070 – Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI – julgado em 22.09.2010)** (grifos nossos)

Diante do exposto, **JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS.** Condene o autor ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado que fixo em R\$1.800,00 (mil e oitocentos reais). Condenação sobrestada na forma do art. 12 da Lei 1060/50.”

CONCLUSÃO:

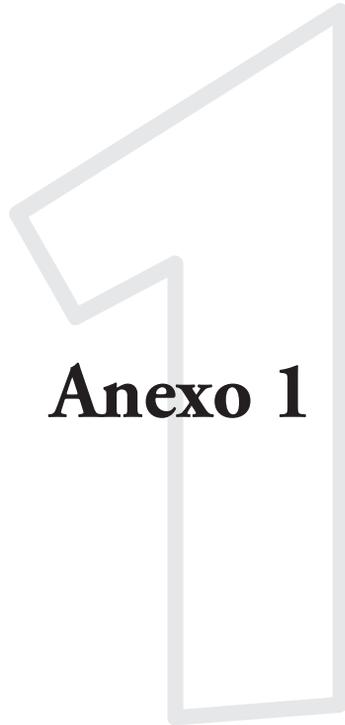
Em princípio, nos parece que o procedimento do recurso repetitivo guarda grande semelhança com o instituto das “súmulas vinculantes”, na medida em que determina a adoção do julgado pelo STJ, com a denegação dos recursos que contrariem o entendimento estabelecido pela Corte. Nesse aspecto, a decisão do STJ ganha força de vinculação com relação aos demais Recursos Especiais em tramitação na Corte, de modo a que os demais relatores não tenham mais a autonomia para julgar os recursos, e tenham que se amoldar, de forma impositiva, ao entendimento adotado pela Corte.

Contudo, há uma questão que parece afastar a natureza vinculante: os tribunais inferiores devem reexaminar a matéria, mas não estão obrigados a julgar em pleno acordo com a decisão do STJ, de modo que o Recurso Especial deverá ter sua admissibilidade apreciada por aquela Corte. Ora, se não é obrigatória a adoção do julgado do STJ, a força vinculante do acórdão é de alcance limitado ao âmbito de competência do próprio STJ, servindo apenas como diretriz de julgamento aos Tribunais Federais e de Justiça dos Estados.

Como se vê, trata-se de procedimento híbrido, por ser parcialmente vinculante no âmbito do STJ, mas ao mesmo tempo instituir um reexame necessário não impositivo no âmbito dos Tribunais de Justiça e Federais, de forma a possibilitar ao tribunal recorrido que possa denegar o recurso, se entender por reconhecer como correta a interpretação dada à matéria de fundo pelo STJ.

No caso, só caberia recurso especial ao STJ na hipótese de manutenção da decisão anterior pelo Tribunal competente quando do reexame da matéria, não sendo, ao nosso sentir, possível o Resp se houver a adequação da decisão aos termos preconizados por aquela Corte Superior.

Em resumo, o procedimento não se enquadra, pelo menos à primeira vista, com os institutos processuais atualmente previstos na legislação, podendo ser chamado de nova espécie jurídico-processual, a qual deverá, ao longo dos próximos meses, ganhar os contornos doutrinários e jurisprudenciais que lhe permitirão a perfeita identificação e qualificação, cuja tarefa não nos arriscamos a realizar nesse breve trabalho. ♦



Anexo 1

Programação do evento

Curso de Controle da Constitucionalidade

Local: Auditório Nelson Ribeiro Alves – Fórum Central
Av. Erasmo Braga, nº 115 – 4º Andar

DIA 20/05/11

Das 9h às 11h

NORMA CONSTITUCIONAL. TEXTO, NORMA E VALOR. CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO E NEOCONSTITUCIONALISMO.

Palestrante: Des. Nagib Slaibi Filho.

Das 11h às 13h

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL. CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONFORME. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM OU SEM REDUÇÃO DE TEXTO.

Palestrante: Dr. Christiano Taveira

DIA 23/05/11

Das 9h às 11h

HISTÓRIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

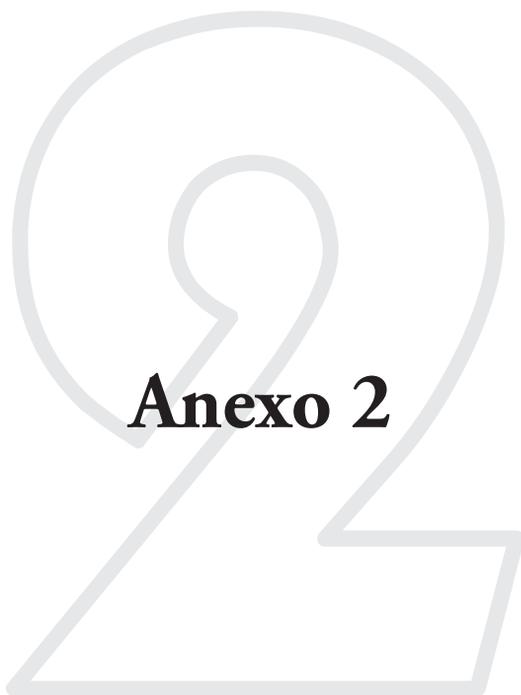
Palestrante: Nagib Slaibi Filho

Das 11h às 13h

CONTROLE INCIDENTAL.

Palestrante: Dr. André Cyrino – Professor da FGV

DIA 27/05/11**Das 9h às 11h****CONTROLE CONCENTRADO.****Palestrante:** Dr. Rodrigo Lourenço - Procurador Legislativo**Das 11h às 13h****INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ADIN, AADC, APE, ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.****Palestrante:** Dr. Álvaro Jorge - Professor da FGV**DIA 30/05/11****Das 9h às 11h****TRANSIÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL PARA O CONTROLE CONCENTRADO.****Palestrante:** Des. Nagib Slaibi**Das 11h às 13h****TÓPICOS: COMPETÊNCIAS NO REGIME FEDERATIVO, CONFLITO DE NORMAS, NORMAS REPRODUZIDAS, OS ÓRGÃOS LEGISLATIVOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.****Palestrante:** Dr. Rodrigo Lourenço - Procurador Legislativo**DIA 03/06/11****Das 9h às 13h****O CONTROLE DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO E NA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO.****Palestrante:** Dr. Christiano Taveira



Anexo 2



Parecer da Enfam

PROCESSO Nº 201196

PARECER Nº 201196 – 0012011

ESCOLA: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

CURSO: Controle de Constitucionalidade

Senhora Coordenadora Acadêmica,

I – Relatório

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ solicita, em 26 de abril de 2011, através do Sisfam, o credenciamento do curso intitulado “**Controle de Constitucionalidade**”, sob a modalidade presencial, com carga horária de 20 (vinte) horas-aula, oferecidas 100 (cem) vagas. O curso será ministrado no período de 27 de maio a 10 de junho de 2011

Ao justificar a necessidade do evento assim aduz a escola:

“O que se pretende aqui é proporcionar ao magistrado, a atualização permanente sobre temas de sua realidade laborativa que estão a provocar reflexão e ações qualificadas mediante o aprofundamento de valores, princípios e compromissos que estão postos pelo contemporâneo sistema jurídico nacional e internacional”.

O curso proposto tem como objetivo amplo analisar, interpretar e aplicar as normas sobre o controle de constitucionalidade das leis.

A abordagem pedagógica desenvolver-se-á por meio de um trabalho interativo, com aulas expositivo/dialogadas, voltadas para o desenvolvimento de habilidades e competências atinentes à profissão da clientela-alvo, no âmbito do cotidiano forense. Nesse viés, o trabalho pedagógico assumirá, com o foco escolhido, uma formação baseada na interação entre teoria e prática, desde o início do curso, com vistas ao aprimoramento de

magistrados já experientes, buscando desta forma, instrumentalizá-los para as decisões adequadas e pertinentes ao tema proposto.

A avaliação dos cursistas está condicionada aos seguintes critérios: observação dos seguintes aspectos: relacionamento interpessoal, pontualidade, interesse, postura, participação nas atividades presenciais da classe, além de frequência mínima de 75% (setenta e cinco por cento) das aulas do curso na modalidade presencial; essa aferição é feita mediante lista de presença. Apresentação de trabalho: findo o curso, no prazo de 10 (dez) dias, os participantes deverão entregar texto de 5 a 8 laudas, em que aplicarão a um caso concreto o conhecimento ministrado no curso; a esse trabalho será atribuído conceito ótimo, bom, regular ou insuficiente, segundo avaliação a cargo do coordenador do curso; Ficha de avaliação do curso: o exame do trabalho está condicionado a entrega dessa ficha.

A avaliação do curso será feita pelos cursistas, através do preenchimento de folha própria de avaliação, conforme escala de valores para cada quesito, alinhada às diretrizes da ENFAM, tais como: avaliação dos professores, avaliação dos temas apresentados, carga horária, qualidade do material de apoio e integração dos participantes durante o curso.

1

O conteúdo programático está assim esquematizado: (Carga horária total: 20 horas-aula).

DISCIPLINAS	CARGA HORÁRIA
NORMA CONSTITUCIONAL	2 horas-aula
EMENTA	
Norma Constitucional. Texto, norma, valor. Constitucionalismo clássico. Neoconstitucionalismo. Transconstitucionalismo.	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
Norma jurídica. <i>Common Law</i> . <i>Civil Law</i> . A objetividade jurídica como causa da norma jurídica. Legalidade- CPC, art.126. Equidade - CPC, art. 127. Constitucionalismo clássico ou liberal. Neoconstitucionalismo. Transconstitucionalismo e a Constituição. A prática judicial.	
OBJETIVO ESPECÍFICO	
Conhecer os postulados básicos do constitucionalismo hodierno e aplicá-los na prática judicial em qualquer instância. Compreender a normatividade jurídica como instrumento de realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.	

DISCIPLINA	CARGA HORÁRIA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	2 hora-aula
EMENTA	

Hermenêutica Constitucional. Princípios de Interpretação Constitucional.
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO
Princípios da supremacia da Constituição. Presunção de validade das leis e atos normativos. Interpretação conforme a Constituição. Princípio da máxima efetividade. Princípio da unidade da Constituição. Princípio da proporcionalidade.
OBJETIVO ESPECÍFICO
Permitir aos magistrados uma visão moderna acerca da doutrina e jurisprudência pátrias envolvendo a questão da hermenêutica constitucional, proporcionando-se, dessa forma, uma maior carga de racionalidade às decisões judiciais.

DISCIPLINA	CARGA HORÁRIA
HISTÓRIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	2 horas-aula
EMENTA	
Controle de Constitucionalidade nos EUA, Europa Continental e Brasil.	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
O controle incidental. Marbury x Madison. A Constituição Americana. Constituição do Império. Constituição de 1891. Emenda de 1926. Constituição de 1934. A Constituição Austríaca de 1922; Constituição de 1937; Constituição de 1946; Emenda Constitucional de 18/65. Constituição de 1967/1969. Constituição de 1988.	
OBJETIVO ESPECÍFICO	
Compreender a influência de outros sistemas no controle de constitucionalidade no Brasil. Conhecer as principais diferenças dos sistemas jurídicos do <i>Civil Law</i> e do <i>Common Law</i> e sua influência no Brasil.	

DISCIPLINA	CARGA HORÁRIA
CONTROLE INCIDENTAL	2 horas-aula
EMENTA	
Origem. Previsão na Constituição de 1988, relação com o controle concentrado. Súmula Vinculante, teoria dos motivos determinantes e teoria da mutação constitucional do art. 52, X da Constituição de 1988.	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
O Caso Marbury vs. Madison 1803. A evolução na jurisprudência americana. A Constituição de 1891 e a Lei nº. 221/94. A evolução na Constituição de 1988 e a prática no Supremo Tribunal Federal. Amplitude da decisão no controle concentrado. Interpretação conforme a Constituição: Efeitos: a norma inconstitucional é nula ou ineficaz? Vinculação dos juizes monocráticos e a da Turma Recursal. O art. 52, X, da Constituição e a teoria da mutação constitucional. A Súmula Vinculante nº10.	
OBJETIVO ESPECÍFICO	
Conhecer o vigente sistema nacional de controle incidental de constitucionalidade. Compreender a relevância do tema na prática da judicatura.	

DISCIPLINA	CARGA HORÁRIA
CONTROLE CONCENTRADO	2 horas-aula

EMENTA
Origem. Previsão na Constituição de 1988. Discussão sobre a constitucionalidade e características da ADC. Efeito do julgamento. Modulação temporal e funções da jurisdição constitucional contemporânea.
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO
Histórico na Europa Continental. Os sistemas alemão, francês e britânico. A representação para intervenção e a ação declaratória de inconstitucionalidade. Os diversos procedimentos de processo objetivo: ADIn, ADcI, ADPF, ADIn estadual. Efeitos da cautelar e da decisão definitiva. Modulação temporal.
OBJETIVO ESPECÍFICO
Conhecer o sistema nacional de controle concentrado e sua prática atual. Compreender a relevância do tema na prática

DISCIPLINA	CARGA HORÁRIA
INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ADIn, AADC, APF, ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE	2 horas-aula
EMENTA	
ADIn: legitimados; Controle com os legitimados para a representação por inconstitucionalidade nos Estados. ADC. APF: cabimento e efetividade.	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
Aspectos dos instrumentos jurídicos; natureza jurídica, objeto, legitimidade ativa e passiva, procedimento, papel do Ministério Público e do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral do Estado. Competência funcional do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça. Meios de impugnação das decisões. Reversibilidade das decisões.	
OBJETIVO ESPECÍFICO	
Conhecer o vigente sistema nacional dos instrumentos de controle de constitucionalidade. Compreender a relevância do tema na prática da judicatura.	

DISCIPLINA	CARGA HORÁRIA
TRANSIÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL PARA O CONTROLE CONCENTRADO	2 horas-aula
EMENTA	
Controle incidental e seus efeitos. Controle concentrado e seus efeitos. Lei nº.9868/99. A norma constitucional inválida ou ineficaz.	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
Controle incidental- Efeitos. Controle Concentrado. Lei nº.9868/99. Art.484, parágrafo único, art.557, do CPC.	
OBJETIVO ESPECÍFICO	
Conhecer o sistema de ampliação dos efeitos do controle de constitucionalidade através da denominada abstrativização do controle incidental. Compreender o papel do juiz no julgamento dos casos concretos em face dos efeitos da abstrativização.	

DISCIPLINA	CARGA HORÁRIA
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	2 horas-aula

EMENTA
Federação. Repartição de Competências. Inconstitucionalidade Formal. Formas de Controle de Constitucionalidade. Conflito entre Leis de Entes Federativos Diversos.
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO
<p>1- Federação</p> <p>1.2- Entes da Federação</p> <p>1.2.1 - Distinção entre o Brasil e a União Federal</p> <p>1.2.2- Distinção entre Município e Região Metropolitana</p> <p>1.3- Repartição de Competências</p> <p>1.3.1- Competência Legislativa e Administrativa</p> <p>1.3.2- Competência Exclusiva e Privativa</p> <p>1.3.3- Competência Concorrente e Comum</p> <p>2- Inconstitucionalidade Formal</p> <p>2.1- Conceito</p> <p>2.2- Distinção de Inconstitucionalidade Material</p> <p>3- Formas de Controle de Constitucionalidade</p> <p>3.1- Controle Concentrado e Controle Difuso</p> <p>3.2- Aplicabilidade do art.97 da Constituição da República</p> <p>3.3- Aplicabilidade do Verbete nº 10 da Súmula Vinculante do Egrégio Supremo Tribunal de Federal</p> <p>4- Conflito entre Leis de Entes Federativos Diversos</p> <p>4.1- A questão da "Lei Ilegal"</p> <p>4.2- A nova redação do art. 102,III,c e do art.105,III,b, da Constituição da República.</p>
OBJETIVO ESPECÍFICO
O escopo da disciplina é identificar os principais conflitos decorrentes da peculiar Forma de Estado brasileira, especialmente o decorrente da contradição entre leis federais, estaduais e municipais e sua solução dentro dos parâmetros da Constituição da República.

DISCIPLINA	CARGA HORÁRIA
CONTROLE DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO E DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO	4 horas-aula
EMENTA	
O Controle na Constituição do Estado e na Lei Orgânica do Município.	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
Elaboração e conteúdo da Constituição do Estado. Princípios e regras aplicáveis. Normas de reprodução e sua adaptação ao Regime Federativo. O Tribunal de Justiça como Órgão de Controle da Constituição do Estado. ADin estadual. O Município como ente federativo. Elaboração de conteúdo da Lei Orgânica do Município. O Tribunal de Justiça e o Controle da Lei Orgânica do Município. O juízo monocrático e a Constituição do Estado. O juízo monocrático e a Lei Orgânica do Município. Abstrativização do controle incidental da Constituição do Estado.	
OBJETIVO ESPECÍFICO	
Conhecer os mecanismos de controle de textos legais. Compreender o sistema de controle de Constituição em nível Estadual e Municipal.	

Foi apresentada a bibliografia básica que deverá ser sugeridas aos alunos/magistrados.. A indicação dos ministrantes veio acompanhada da síntese dos respectivos currículos.

É o Relatório.

II – Fundamentação

Trata-se de curso de aperfeiçoamento de magistrados para fins de promoção por merecimento. A matéria encontra-se disciplinada na Enfam, através da Resolução nº 2, de 17 de novembro de 2007; Instrução Normativa nº 2, de 6 de fevereiro de 2008; e Resolução nº 2, de 16 de março de 2009.

O tema “**Controle de Constitucionalidade**”, se insere no conteúdo previsto nos incisos II e III do 8º da Resolução nº 2, de 17 de setembro de 2007.

Art. 8º O conteúdo programático dos cursos incluirá, no mínimo, estudos relacionados com os itens seguintes:

I –

II – situações práticas da atividade judicante; e

III – temas teóricos relativos a matérias jurídicas e disciplinas afins...”

Ademais, o § 1º do art.2º da Instrução Normativa nº 2, de 16 de fevereiro de 2008, autoriza às escolas a possibilidade de ampliação do conteúdo programático elencado no art. 8º da Resolução nº 2/2007. Tal possibilidade ficou explícita no anexo 2 da Resolução nº 2, de 16 de março de 2009.

“.....os tribunais têm liberdade de conformar o processo de formação permanente e continuada de seus juízes a partir de demandas mais pontuais”.

O conteúdo programático e a carga horária mostraram-se compatíveis entre si, porquanto o tema “Controle de Constitucionalidade”– com foco na norma constitucional, hermenêutica constitucional, história do controle de constitucionalidade, controle incidental, controle concentrado, instrumentos jurídicos de controle de constitucionalidade, arguição de inconstitucionalidade, transição do controle incidental para o controle

concentrado, controle de constitucionalidade e controle da Constituição do Estado e da Lei Orgânica do Município, será estudado em 20 horas-aula.

Pela análise do currículo, vê-se que os ministrantes são devidamente qualificados para ministrarem o curso, pois têm formação acadêmica relacionada com as disciplinas que vão apresentar.

Quanto à avaliação do cursista, convém lembrar o disposto no anexo 2 da Resolução nº 2/2009: *torna-se importante que haja, para qualquer evento de formação e aperfeiçoamento, instrumento de avaliação uniforme, observadas as diretrizes estabelecidas pela Enfam para toda a ação formativa, ou seja, esta deverá contar, no mínimo, com processo e instrumentos de avaliação, entre os quais, obrigatoriamente, um estudo de caso em que possam ser aplicados os conteúdos programáticos.*

No presente caso, consistirão da abordagem pedagógica, aulas presenciais expositivas/dialogadas objetivando um trabalho interativo. Ao final, além da exigência de frequência obrigatória de 75% das aulas ministradas, deverá ser apresentado um trabalho em que será aplicado a um caso concreto o conteúdo ministrado no curso.

O curso será avaliado pelos participantes.

III - Conclusão

Diante do exposto, preenchidos os requisitos dos atos normativos que regem a matéria (Resolução nº 2, de 17 de setembro de 2007; Instrução Normativa nº 2, de 6 de fevereiro de 2008; e Resolução nº 2, de 16 de março e 2009), opino pelo deferimento do pedido de credenciamento do curso “Controle de Constitucionalidade”, a ser realizado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

À superior consideração.

Brasília 04 de maio de 2011.

Nely van Boekel
Analista Judiciária

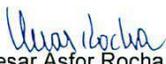
ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS**PORTARIA Nº 98 DE 9 DE MAIO DE 2011.**

Credencia o curso de aperfeiçoamento denominado "**Controle de Constitucionalidade**", ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

O DIRETOR-GERAL DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS, usando de suas atribuições e tendo em vista o disposto na Resolução nº 2 da Enfam, de 16 de março de 2009,

RESOLVE

Credenciar, para efeitos do disposto na mencionada resolução, o curso de aperfeiçoamento denominado "**Controle de Constitucionalidade**", com carga horária total de 20 (vinte) horas-aula, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), nos termos do Processo nº 2011196 - Credenciamento.


Ministro Cesar Asfor Rocha
Diretor-Geral

EnfamPortaria de credenciamento nº 98 de 09/05/11Publicada no DJ de 27/05/11Conferido por 