



ISSN 1808 - 6470

**Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**

# **THEMIS**

## **REVISTA DA ESMEC**

Publicação Oficial da Escola Superior da Magistratura  
do Estado do Ceará – ESMEC

**Themis** Fortaleza V.7 n.2 p. 1-243 ago/dez 2009

Pede-se que acusem o recebimento deste volume da "Revista"

*Rogamus ut acceptionem nunties*

*Se ruego acusar recibo dei presente numero*

*Con preghiera di accusare ricevuta dei presente numero*

*On prie de vouloir bien accuser reception de cette revue*

*Please acknowledge receipt of this exemplar*

*Bitte, den Empfang dieser Zeitchrift zu beschinigen*

*Oni peats konfirmi la ricevon*

**FICHA CATALOGÁFICA ELABORADA POR  
MARIA DO SOCORRO CASTRO MARTINS – CRB-3/775**

**THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da  
Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, 2009**

**v. 7, n. 2, ago/dez  
Semestral  
ISSN 1808-6470**

**1. Doutrina. 2. Jurisprudência.**

**I. Escola Superior da Magistratura do Estado do  
Ceará-ESMEC**

**CDU: 340(05)**

## Permuta

Solicita-se permuta / *Exchange requested / On prie e'échange/ We request exchange/ On demande l'échange/Wir erbitten Austausch/ Se solicita canje/ Si chiede lo scambio/ Se pide intercambio*

### Endereço para permuta:

#### **Biblioteca da ESMEC**

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 – Água Fria  
CEP 60.811-670 Fortaleza-Ceará-Brasil

Tel./fax: (85) 3492-9100 ou (85) 3492-9114

E-mail: [esmectj@gmail.com](mailto:esmectj@gmail.com)

### Correspondências e Artigos:

#### **Secretaria da ESMEC**

Editores da Revista THEMIS - Revista Científica da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 – Água Fria  
CEP 60.811-670 Fortaleza-Ceará-Brasil

Tel./fax: (85) 3492-9100 ou (85) 3492-9114

E-mail: [esmectj@gmail.com](mailto:esmectj@gmail.com)

### Permitida a reprodução desde que citada a fonte.

THEMIS - Revista Científica da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) possui tiragem de 500 exemplares impressos e 100 (cem) exemplares em CD-ROM e é distribuída, gratuitamente, aos alunos e professores da ESMEC e às bibliotecas e instituições das principais universidades, escolas de magistratura e institutos de pesquisa, em especial àqueles que nos solicitarem, pelo sistema de permuta.

Consulte a versão eletrônica da THEMIS - Revista Científica da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) em:

<[http://www.tjce.jus.br/esmec/esmec\\_publicacoes.asp](http://www.tjce.jus.br/esmec/esmec_publicacoes.asp)>

E-mail: [esmectj@gmail.com](mailto:esmectj@gmail.com)

<http://www.tjce.jus.br/esmec>



**© TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ****ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ****Edifício Desembargador Júlio Carlos de Miranda Bezerra****Tel. (0XX85) 3278-6242/4013 E-mail: esmectj@gmail.com****Rua Ramires Maranhão do Vale, 70 – Edson Queiroz****CEP 60811-670 Fortaleza-CE****DIREÇÃO**

Desembargador João Byron de Figueirêdo Frota

**COORDENAÇÃO**

Juiz Washington Luiz Bezerra de Araújo

**ORGANIZAÇÃO DE TEXTOS**

Flávio José Moreira Gonçalves

**REVISORA**

Maria de Fátima Neves da Silva

**CONSELHO CONSULTIVO**

Águeda Passos Rodrigues Martins – Alberto Silva Franco – Antônio de Pádua Ribeiro – César Asfor Rocha – Ernando Uchoa Lima – Fernando Luiz Ximenes Rocha – Luiz Carlos Fontes de Alencar – José Ari Cisne – José Maria de Melo – José Paulo Sepúlveda Pertence – Marco Aurélio Farias de Mello – Paulo Bonavides – Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite – Sálvio de Figueiredo Teixeira – Vicente Leal de Araújo

**CONSELHO EDITORIAL**

Almir Pazzianotto Pinto – Antônio Augusto Cañado Trindade – Carlos Roberto Martins Rodrigues – Carlos Facundo – Celso Antônio Bandeira de Melo – César Oliveira de Barros Leal – Dimas Macedo – Edgar Carlos de Amorim – Ernani Barreira – Fátima Nancy Andrighi – Fernando Luiz Ximenes Rocha – Flávio José Moreira Gonçalves – Francisco de Assis Filgueiras Mendes – Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque – Francisco Luciano Lima Rodrigues – Gizela Nunes da Costa – Hugo de Brito Machado – João Alberto Mendes Bezerra – José Afonso da Silva – José Alberto Rola – José Alfredo de Oliveira Baracho – José Evandro Nogueira Lima – José Filomeno de Moraes Filho – Luiz Flávio Borges D’Urso – Márcio Thomaz Bastos – Napoleão Nunes Maia Filho – Oscar Vilhena – Rogério Lauria Tucci – Sérgio Ferraz – Sílvio Braz Peixoto da Silva – Valeschka e Silva Braga – Valmir Pontes Filho

**Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta e exclusiva responsabilidade de seus autores**

Tiragem: 1500 exemplares

## COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Presidente

**Des. Ernani Barreira Porto**

Vice-Presidente

**Des. José Arísio Lopes da Costa**

Corregedor Geral da Justiça

**Des. João Byron de Figueiredo Frota**

### **TRIBUNAL PLENO**

*Des. Ernani Barreira Porto - Presidente*

*Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque*

*Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha*

*Des. Rômulo Moreira de Deus*

*Desa. Gizela Nunes da Costa*

*Des. José Arísio Lopes da Costa*

*Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido*

*Des. João Byron de Figueiredo Frota*

*Des. Ademar Mendes Bezerra*

*Desa. Edite Bringel Olinda Alencar*

*Desa. Maria Iracema do Vale Holanda*

*Des. José Mário Dos Martins Coelho*

*Desa. Maria Sirene de Souza Sobreira*

*Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira*

*Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes*

*Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes*

*Des. Lincoln Tavares Dantas*

*Des. Celso Albuquerque Macedo*

*Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva*

*Des. Francisco Sales Neto*

*Des. Raul Araújo Filho*

*Desa. Maria Esteia Aragão Brilhante*

*Des. Francisco Gurgel Holanda*

*Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira*

*Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo*

*Des. Francisco Pedrosa Teixeira*

*Desa. Vera Lúcia Correia Lima*

*DR.: Wilton Machado Carneiro-Juiz convocado para substituir  
o Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque*

*Dr. Raimundo Hélio Leite - Secretário Geral*

**RELAÇÃO DOS DIRETORES E COORDENADORES DA  
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA  
DO ESTADO DO CEARÁ (ESMEC)**

**Diretor Atual:** Des. João Byron de Figueirêdo Frota

**Ex-Diretores:**

Des. Ademar Mendes Bezerra (2006-2007)  
Des. Francisco Hugo Alencar Furtado (2005)  
Des. José Cláudio Nogueira Carneiro (2003-2004)  
Desa. Gizela Nunes da Costa (2001-2002)  
Des. Raimundo Bastos de Oliveira (1999-2000)  
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha (1997-1998)  
Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque (1995-1996)  
Des. José Maria de Melo (1993-1994)  
Des. Ernani Barreira Porto (1991-1992)  
Des. Julio Carlos de Miranda Bezerra (1987-1990)

**Coordenador Atual:**

Juiz Washington Luiz Bezerra de Araújo

**Ex- Coordenadores:**

Juiz Haroldo Correia Máximo (2007)  
Juiz Marcelo Roseno de Oliveira (2006-2007)  
Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho (2005)  
Juiz Mantovanni Colares Cavalcante (2003-2004)  
Juiz Francisco Luciano Lima Rodrigues (2001-2002)  
Juiz Francisco de Assis Filgueira Mendes (1988-2000)

# SUMÁRIO

## ARTIGOS

- STANDARDS: O QUE SÃO E COMO CRIÁ-LOS?** ..... 15  
*Siddharta Legale Ferreira*
- A CONSTITUIÇÃO: BREVE ENSAIO SOBRE UM CONCEITO** ..... 57  
*Nagibe de Melo Jorge Neto*  
*Felipe Augusto Araujo Muniz*
- O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O APERFEIÇOAMENTO DA MAGISTRATURA NACIONAL** ..... 75  
*Epitácio Quezado Cruz Junior*
- A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA A PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO INADIMPLENTES, EM FACE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA** ..... 97  
*Bianca Sarquis Melo Amorim Tavares*
- O EXERCÍCIO DO MAGISTÉRIO GERAL POR MILITARES ESTADUAIS – O CASO HIPOTÉTICO DO CEARÁ** ..... 127  
*Juarez Gomes Nunes Junior*
- APOSENTADORIA ESPECIAL DO POLICIAL CIVIL** ..... 135  
*José Heitor dos Santos*  
*Silvio Carlos Alves dos Santos*
- A LEGALIZAÇÃO DO USO DE ENTORPECENTES FACE À LEI N° 11.343/06** ..... 143  
*Francisca Vanusa Barroso Costa*



**PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO NA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL ..... 159**

Maria da Conceição de Medeiros Costa

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA  
RESPONSABILIDADE CIVIL DO DANO AMBIENTAL ..... 183**

Ana Carolinne P. Do Nascimento

Orientador: Samuel Miranda Arruda

**DA PATRÍSTICA À ESCOLÁSTICA ..... 207**

Vicente Eduardo Sousa e Silva

**SENTENÇA ..... 221**

## *ARTIGOS*



## STANDARDS: O QUE SÃO E COMO CRIÁ-LOS?\*

**Siddharta Legale Ferreira**

*Residente jurídico da Procuradoria Geral do  
Estado do Rio de Janeiro. Advogado.  
Coordenador da Revista de Direito dos  
Monitores da UFF*

**Sumário:** Aspectos gerais. I. Breve incursão histórica II. Conceituação preliminar. III. Espécies de parâmetros. IV. Justificativas para utilização. V. Reflexão metodológica sobre o processo de construção de parâmetros: Existe um roteiro? V.1. O estudo do caso. V.2. O estudo de casos: A elaboração do catálogo. V.3. A condensação linguística dos parâmetros. Apontamentos finais. Referências.

**Resumo:** Este texto pretende depurar as reflexões teóricas sobre o conceito e as espécies de uma técnica de ponderação chamada “parâmetros”. Em seguida, investiga/propõe um roteiro para construí-los.

### ASPECTOS GERAIS

Certo dia, descobri, num texto do Affonso Romano de Sant’Anna, que não é raro um autor encalhar numa palavra. Ele explicava que “*A pessoa vai lá no seu barquinho vida adentro e, de repente, encalha numa palavra. Pode ser: ‘marxismo’, ‘Deus’, ‘pai’, ‘vanguarda’, ‘revolução’, ‘Paris’, ‘aposentadoria’.* Algumas palavras são mesmo paralisantes. O Brasil, por exemplo, no princípio do século encalhou na ‘febre amarela’, Nos últimos anos reencalhou na ‘ditadura’ e na ‘censura’. Há trinta anos estava encalhado na inflação. Já conseguiu desencalhar um pouco da corrupção, mas está difícil desencalhar da ‘reforma agrária’ e

*totalmente do 'subdesenvolvimento'.*"<sup>1</sup>

De repente, foi como se tivesse me dado conta do quanto o direito constitucional anda encajado em palavras, especialmente nas palavras "proporcionalidade" e "razoabilidade". A ponderação de interesses, de fato, tornou-se uma técnica muito conhecida, difundida especialmente por meio da proporcionalidade. Mas é preciso ir além. Os parâmetros, ou *standards*, também constituem uma técnica de ponderação bastante importante. O objetivo do texto, por isso, é refletir sobre tal técnica, sobretudo, considerando que sua utilização ainda necessita de uma reflexão teórica mais depurada, capaz de sublinhar seu potencial prático.

A doutrina brasileira difundiu a ponderação através do uso do princípio da proporcionalidade<sup>2</sup>, percorrendo tanto discussões

---

<sup>1</sup> \* O presente artigo é uma versão reduzida do texto que se classificou em primeiro lugar no Prêmio Monografia do Ano de 2009, promovido pela ESMEC - Escola Superior da Magistratura do Ceará.

SANT'ANNA, Afonso Romano. **Palavras que ajudam e atrapalham a viver**. In: Que presente te dar. Rio de Janeiro: Expressão e cultura, 2002, p. 208.

<sup>2</sup> Diversas controvérsias acadêmicas estão relacionadas à proporcionalidade, mas optamos não abordá-las, tais como se sua natureza é de regra (Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva), se é princípio (Paulo Bonavides) ou se seria postulado (Humberto Ávila). Outra diz respeito a se é possível considerar como sinônimo da razoabilidade (Luís Roberto Barroso) ou não (Humberto Ávila), uma vez que a razoabilidade supostamente teria uma dimensão própria, relacionada ao deveres de congruência, equidade e equivalência. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2000, p. 223 - 250; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 392-434; BARROSO, Luis Roberto. **Os princípios da Razoabilidade e da proporcionalidade no Direitos Constitucional**. *Revista Forense*, n. 336, out./dez. 1996, p. 125 – 136, , 1998.; ÁVILA, Humberto Bergman. **A distinção entre princípios e regras a redefinição do dever de proporcionalidade**. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, 1999, p. 151-179. Do mesmo autor, cf. o seu livro: **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

sobre sua natureza (regra, princípio ou postulado) e sua estrutura interna (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)<sup>3</sup>, quanto a sua aplicação aos mais diversos ramos do direito o que conduziu a um verdadeiro esgotamento hermenêutico.

Resta ainda acelerar processo de desencantamento hermenêutico em relação à proporcionalidade. Falta perceber que existem limites ao seu emprego, tais como o fato de a mesma estrutura utilizada para considerar uma medida razoável poder ser aplicada para o oposto: taxá-la de desproporcional. Outro limite é que, mesmo uma medida considerada adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, pode não realizar na mesma intensidade o bem jurídico contraposto. Se não bastasse isso, é possível falar em adequação forte e fraca, necessidade forte e fraca e proporcionalidade *strito sensu* forte e fraca<sup>4</sup>. Resta a dúvida de como determinar, na prática, esses graus de intensidade diferenciados entre forte e fraco, diante do caso concreto, bem como em que exatamente eles são relevantes para tomada de decisão. Resultado: a proporcionalidade já não reduz a subjetividade, nem racionaliza a tomada de decisões tão bem quanto num primeiro momento. Sem dúvida, a proporcionalidade cumpriu seu papel, mas é preciso estudar e empregar outros métodos. Os *standards*

---

<sup>3</sup> Sobre tal estrutura, Cf. Cf. ALEXY, Robert. **On Balancing and subsumption. A structural comparison.** *Ratio Juris*, n. 16, 2003, p. 436 e ss.

<sup>4</sup> Sobre a aplicação das dicotomias forte ou fraca, qualitativa ou quantitativa aplicadas à estrutura interna da proporcionalidade (adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade estrito senso), Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 324 e ss.

podem suprir essa lacuna<sup>5</sup>.

Em relação aos parâmetros, o mesmo não acontece. Há uma verdadeira escassez de reflexões metodológicas depuradas sobre seu conteúdo, bem como de leituras sistemáticas sobre a aplicação prática de parâmetros específicos<sup>6</sup>. Muitas vezes se confunde a aplicação dos *standards* com a proporcionalidade<sup>7</sup>. O motivo é que, provavelmente, embora eles

---

<sup>5</sup> Robert Alexy explica que em determinados julgamentos é inevitável recorrer aos *standards* que não podem ser encontrados pura e simplesmente na ponderação. Exemplifica com duas decisões da Corte Constitucional alemã. O primeiro refere-se à necessidade dos produtores que tabaco advertirem os consumidores dos riscos de fumar, havendo neste caso uma restrição justificadamente mais rigorosa da necessidade de uma controle mais rigoroso da liberdade dos produtores e tabaco. Outro caso diz respeito à liberdade de um jornal satírico que chamou um indivíduo paraplégico de “aleijado”, razão pela qual, mesmo reconhecendo que a liberdade de expressão em casos de sátira deve em geral sofrer um controle mais brando, nesse caso em particular, representava uma humilhação inaceitável. Note-se que, em ambos os casos houve a intensidade do controle pressupõe a aplicação de parâmetros costumeiros (“*customary standards*”), já que a estrutura abstrata da proporcionalidade não aponta se o controle deve ser fraco, forte ou moderado. Cf. ALEXY, Robert. *Op.cit.* p. 437 e ss.

<sup>6</sup> Existem textos que empregam a técnica de forma pontual, mas ainda falta uma obra que se dedique exclusivamente a uma visão panorâmica e sistemática do emprego de parâmetros específicos em áreas diversas. A melhor obra sobre o tema é a tese de doutorado que tratou da ponderação, dedicando capítulos substanciais. Cf. BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 159 e ss.

<sup>7</sup> Até mesmo alguns autores renomados e talentosos, por vezes, confundem as duas técnicas. J.J. Gomes Canotilho, por exemplo, ao comentar a técnica *en passant*. Confira-se: “Através de **standards** jurisprudenciais como o da proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, é possível hoje recolocar, a administração ...”. V. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7<sup>o</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 268.

tenham o potencial de reduzir o subjetivismo e racionalizar a tomada de decisões, exigem um maior esforço interpretativo e uma reflexão mais complexa sobre os fatos, normas, valores envolvidos e decisões judiciais pertinentes. Como se sabe, infelizmente, as ideias mais simples - mesmo que imprecisas - costumam prevalecer sobre as complexas - ainda que sejam melhores. Embora possam funcionar de forma associada, proporcionalidade e *standards* não se confundem.

O objetivo do presente texto é cuidar dos *standards*, como técnica autônoma, emprestando-lhe maior status teórico para chamar atenção sem descuidar de chamar atenção para o seu potencial prático. A principal tarefa deste estudo será, por isso, conceituar e apresentar as espécies parâmetros, bem como expor as justificativas, críticas e contra-argumentos à sua aplicação. A principal inovação, contudo, fica por conta de um ensaio de uma “fórmula”, melhor, um roteiro para facilitar o processo de confecção de parâmetros.

Não se está propondo, ao empregar ostensivamente os parâmetros como ferramenta hermenêutica, uma dogmática constitucional transformadora, tampouco uma dogmática reacionária. Tão importante quanto romper com a tradição, é saber preservá-la, quando for adequado. Não se está propondo uma dogmática liberal, muito menos social ou dirigente. Especialmente em contextos democráticos, onde impera o desacordo moral, manter ou romper com algo pressupõe a avaliação de inúmeras variáveis, como o momento, o local, as implicações sob a ótica de uma moralidade crítica, os ganhos e as perdas sócio-econômicas. Tudo que possa indicar motivos para ser contra ou a favor de algo. Somado isso ao pluralismo em sociedades democráticas com a internacionalização do direito, especialmente, no diálogo entre direitos humanos e direitos fundamentais, observa-se que o desacordo aumenta e as questões tornam-se ainda mais complexas. O direito revela-se maleável<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Sobre a transformação da soberania e o pluralismo entre os diversos grupos sociais como fatores que tornaram a dogmática fluída, Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p.9-45.



Os *standards* apresentam o elevado potencial para fundamentar decisões em contextos democráticos e de gradativa internacionalização do direito.

## I BREVE INCURSÃO HISTÓRICA

Os *parâmetros* constituem uma temática eminentemente da tradição judicial norte-americana<sup>9</sup>. Tanto é assim que a própria ponderação (*balancing*), no sentido norte-americano, chega a ser definida por alguns autores como o método de teoria da interpretação constitucional no qual, por exemplo, o juiz em seu voto analisa uma questão constitucional, identificando os interesses concorrentes (*competing interests*) para chegar a uma decisão ou construir uma norma de direito constitucional por um processo que, implícita ou explicitamente, destaca os valores nos interesses identificados. Entendem, por isso, que a ponderação representa uma forma diferente de pensar que considera a comparação entre os interesses e fatores envolvidos<sup>10</sup>.

No direito norte-americano, é comum ainda diferenciar algumas espécies de *balancing*. A primeira é a *definitional*

---

<sup>9</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p.895: “A doutrina constitucional europeia assinala devidamente a importância dogmática do plano da fundamentação e da argumentação jurídica na cristalização de um sistema, aberto mas normativamente orientador, de relações de precedência. (...) Porém é indiscutivelmente na tradição judicial norte-americana que encontramos desenvolvimentos, a nosso ver iluminantes, desta possibilidade de racionalização dos procedimentos de ponderação através da tipificação de grupos de casos, da institucionalização de *tests* de verificação judicial e de *standards* dos controlos das restrições.”

<sup>10</sup> Cf. ALENIKOFF, T. Alexander. **Constitutional Law in age of balancing**. *The Yale Law Journal*, n. 5, 1987, p. 943 e ss.

*balancing* que pode ser conceituado como aquele que estabelece um princípio constitucional de aplicação geral<sup>11</sup> que passa a orientar definições e critérios passam a orientar decisões futuras<sup>12</sup>. Já o *ad hoc balancing* ou ponderação *ad hoc* é a ponderação propriamente dita, considerando os interesses em jogo no caso em particular.

Não deve ser levada ao extremo a diferença entre ambos, porque não é razoável que se etiquete um caso como pertencente à mesma lógica já decidida pelo *definitional balancing* para afastar a necessidade. Alexander Aleinikoff explica que, após os votos do Justice Rehnquist, a diferença teria se tornado artificial e frágil, uma vez que se a Corte pode sempre “reabrir” para a ponderação, então todas as ponderações seriam transformadas em *ad hoc*. Acreditamos que existe uma diferença embora seja tênue. Precisamente, o ônus argumentativo para superar (*overruled*) ou distinguir (*distinguish*) o caso concreto dos parâmetros instituídos no *balancing definitional* é maior do que quando se está diante de um caso particular em relação ao qual deverão ser ponderados os interesses pela primeira vez<sup>13</sup>.

Do ponto de vista histórico, os parâmetros para ponderação surgem, no contexto norte-americano, a partir do direito da responsabilidade civil e dos atos ilícitos (*law of torts*). Naquele momento, o objetivo era tornar vinculante certos comportamentos ou interesses sociais em relações

---

<sup>11</sup> Idem. *Ibidem*, p. 948.

<sup>12</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 268 e ss.

<sup>13</sup> De forma semelhante, após contrapor a ponderação preventiva e a ponderação real ou concreta, explica que esta uma é uma ponderação *prêt-a-porter*, enquanto a outra é um modelo de alta costura realizada caso a caso. Depois disso, conclui a ponderação em abstrato dispensará o intérprete de refazer a ponderação *ad hoc*, mas que será sempre possível refazê-la com um ônus argumentativo maior se desejar se afastar dela. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 146-155.

obrigacionais, embora, inicialmente, tenham sido enxergados como “tipos médios de conduta social”, cujo conteúdo depende sempre de atualização por meio dos mecanismos decisórios. Com essa lógica, os *standards* como o do homem razoável (*reasonable man*) passaram a ser invocados como medidas de comportamento ou interesses relevantes judicialmente.<sup>14</sup>

Roscoe Pound foi o responsável por, pela primeira vez, conceituar e analisar o instituto com cautela<sup>15</sup>. Definia os *standards* jurídicos como medidas da conduta social correta<sup>16</sup>. O filósofo do direito enxergava o instituto como elementos “operadores jurídicos” de um sistema aberto, rebelando-se claramente contra as tentativas de encarcerar o direito em opções jusfilosóficas rígidas, unilaterais e totalizantes<sup>17</sup>. Segundo

---

<sup>14</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Métodos de proteção de direitos, liberdade e garantias**. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 154 e ss.

<sup>15</sup> Apesar disso, o autor remete os *legal standards* para o direito romano, notadamente para idéia de equidade a ser aplicada pelo pretor, por exemplo através de conceito como o homem médio, na tentativa de adaptar o direito ao caso concreto ao invés de simplesmente aplicar as leis. Cf. POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law**. New Haven: Yale University Press, 1954. Parece, contudo, que o autor possui um pensamento próprio, singularizado pela ênfase na inexistência de um valor absoluto (seja o interesse comunitário ou uma comunidade de indivíduos livres), que o conduz à necessidade de equilibrar, harmonizar os interesses em jogo por meio da ponderação (*balancing*).

<sup>16</sup> POUND, Roscoe. The administrative application of legal standards, p. 12 *apud* STATI, Marcel O. **Le standard Juridique**. Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1927, p. 35.

<sup>17</sup> No capítulo 2 da obra, “O fim do Direito”, o autor lista diversas dessas teorias e procurar mostrar o atrito entre os diversos interesses em jogo. No capítulo seguinte que trata da aplicação do direito, conclui que existem diversas técnicas para individualização na aplicação do direito, como o recurso a equidade e os *legal standards* aplicados às condutas geralmente quando o dano resulta de certas relações. Cf. Cf. POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law**, p.64.

ele, as sociedades modernas precisam de mecanismos, cujo grau de abstração permita ao Judiciário lidar com os inúmeros interesses divergentes, que existem na sociedade para, dessa forma, ser capaz de incorporar e concretizar os valores, deveres e critérios de cuidado e responsabilidade<sup>18</sup>. O autor enxerga nos *standards*, por isso, uma tripla dimensão: (i) moral, ao valorar os comportamentos; (ii) prática, por pressupor o emprego de critérios extra-jurídicos com a experiência e a intuição; (iii) flexibilização, que torna possível adaptar as regras aos casos concretos<sup>19</sup>.

Do ponto de vista judicial, a decisão proferida no caso *United States v. Carolene Products* foi o grande marco na ponderação de interesses norte-americana. O julgado de 1938

---

<sup>18</sup> A visão de Pound a respeito dos interesses divergentes na sociedade, Cf. POUND, Roscoe. **A survey of social interests**. *Harvard Law Review*, n. 52, 1943, p. 1 e ss.

<sup>19</sup> POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law**. New Haven: Yale University Press, 1954, p. 58: "For three characteristics may be seen in legal standards: (1) They all involve a certain moral judgment upon conduct. It is to be 'fair', or 'conscientious', or 'reasonable', or 'prudent', or 'diligent' (2) They do not call for exact legal knowledge exactly applied, but for common sense about common things or trained intuition about things outside of everyone's experience. (3) They are not formulated absolutely and given an exact content, either by legislation or by judicial decision, but are relative to times and places and circumstances and are to be applied with reference to the facts of the case in hand. They recognize that within the bound fixed each case is to be applied with reference to the facts of the case is to a certain extent unique. In reaction from equity and natural Law, and particularly in the nineteenth century, these standards were distrusted." Um breve, mas elucidativo e pertinente, comentário sobre Roscoe Pound pode ser encontrado em: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Métodos de proteção de direitos, liberdade e garantias**. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 154 e ss. e STATI, Marcel O. **Le standard Juridique**. Paris : Librairie de Jurisprudence Ancinne et Moderne, 1927, p.43.

considerou constitucional a lei federal que regulamentava o comércio de leite, impugnada sob o argumento de violação ao devido processo legal em sentido substantivo que lá é utilizado, a despeito das diferenças, de forma semelhante à razoabilidade. Na famosa nota de rodapé nº4, o Juiz Stone consagrou certos parâmetros para ponderação que, em linhas gerais, tem se mantido até hoje.

Nesse precedente, a jurisprudência norte-americana desenvolveu critérios diferenciados para lidar com a constitucionalidade das normas que grosso modo são os seguintes: (i) Caso se trate de regulação da atividade econômica, então, o controle jurisdicional em relação aos critérios do Legislador e da Administração devem ser mais brandos; (ii) Quanto às restrições aos direitos civis básicos e as liberdades, o controle será mais rígido (*strict scrutiny*) por considerar suspeitas tais restrições e por tolerá-las apenas nos casos em que estejam justificadas por necessidades públicas essenciais e indeclináveis; (iii) quanto as normas que instituíssem discriminações, à luz da noção de *equal protection of laws*, opera com parâmetros que consideram suspeitos alguns critérios utilizados pelo Legislador para desigualar as pessoas, tais como raça, religião, descendência e etc. Dessa forma, a legislação nessas hipóteses se submetem a um controle mais rigoroso do que a mera razoabilidade.<sup>20</sup>

Contudo, apenas na década de 50 e 60, o discurso de aplicação da ponderação (*balancing*) se difundiu no cenário norte-americano. Especialmente após Ronald Dworkin, o direito norte-americano resgata o emprego e a finalidade do termo. É bem verdade o termo passa a ser empregado em um sentido

---

<sup>20</sup> Para uma breve exposição do caso e da ponderação de bens na jurisprudência norte-americana, Cf. SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens**. In: LOBO TORRES, Ricardo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.73-77.

amplíssimo e o aborda num contexto completamente diferente do realismo jurídico que impera na época em que Roscoe Pound discutia. O contexto é marcado por uma contestação ou ruptura com o positivismo. Os *standards* passam a ser enxergados, de certa forma, em oposição às regras, porque funcionam de forma diferente, mais precisamente, como princípios ou diretrizes<sup>21</sup>. Os *standards* estabelecem relações entre princípios ou regras. Vale lembrar que os princípios, na visão do autor, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), aplicável na medida do possível. Ponto em que diferem das regras, cuja aplicação recorre ao esquema do tudo ou nada (*all-or-nothing*)<sup>22</sup>.

O autor exemplifica o uso dos *standards* com o precedente *Riggs v. Palmer*. Apesar de inexistirem regras que proibissem expressa e claramente que o assassino do próprio avô de herdar a herança do mesmo, a vedação foi extraída de uma conexão de sentido entre diversos casos existentes, como, por exemplo, os que vedavam alguém de lucrar com a própria fraude ou tirar vantagem do próprio erro ou adquirir legalmente uma propriedade por um crime. A lógica subjacente, ou, em outras palavras, o *standard* escondido entre os casos, era o de que ninguém pode

---

<sup>21</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking the rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p.22: "I want to make a general attack on positivism, and I shall use H.I.A. Hart's version as a target, when a particular target is needed. My strategy will be organized around the fact that when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards. Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules."

<sup>22</sup> Para uma análise mais detida da teoria dos princípios, Cf. BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 51 e ss.

se beneficiar da própria torpeza. Por essa razão, se o herdeiro adquirir a herança antecipadamente daquele que matou, serão violados também os preceitos jurídicos e morais.

De forma semelhante, o autor faz menção a alguns testes para restringir de forma legítima à liberdade de expressão, consagrada na primeira emenda, só poderá restringida a partir da ponderação (*balancing*) com a noção de “perigo claro e iminente” (*clear and present danger*). O autor exemplifica, ainda, com outras expressões, tais como “reasonable”, “negligent”, “unfair” e “significant”. Dá exemplos também referentes aos contratos ostensivamente injustos (*grossly unfair*) ou desarrazoados (*unreasonable*) que devem ser evitados e não poderão ser exigidos.

Nota-se, então, a existência de uma modalidade própria de parâmetros, construída como testes de ponderação através de “*conceitos específicos*”. Conclui-se, ainda, que, de Roscoe Pound para Ronald Dworkin, o direito constitucional norte-americano deu uma virada de um modelo de *balancing* baseado nos interesses (*interests-based balancing*) para um modelo de ponderação baseado em direitos (*rights-based balancing*)<sup>23</sup>.

Já no Brasil, as primeiras obras a tratar da ponderação, com autonomia e profundidade, datam do final da década de 90 a partir de um movimento inspirado claramente na busca de um novo direito constitucional, um neoconstitucionalismo. A partir desse período, deu-se, ainda, uma verdadeira jurisprudencialização do direito. Técnicas, como a ponderação, ganharam terreno nos tribunais e na doutrina. As palavras são testemunhas muito mais fortes de que houve a

23

Sobre a passagem de um modelo para outro, com uma maior riqueza de detalhes e a partir também dos casos da jurisprudência norte-americana, e não da simplista comparação entre dois autores que fizemos (Pound e Dworkin), Cf. PORAT, Iddo. **From interest-based balancing to rights based balancing: Two models of balancing in the early days of American constitutional balancing**. Disponível em: << <http://ssrn.com/abstract=1012592> >>.

jurisprudencialização do direito do que qualquer documento ou estudo estatístico poderia ser. Vejam-se apenas algumas que testemunharam que, nos últimos tempos, ocorreu mais intensamente a aproximação entre os sistemas de *common law* e *civil law*. São palavras, como, por exemplo, efeito vinculante (*binding effect*), regras extraídas da decisão (*holding*), fundamentos (*rationale*), os argumentos laterais para resolução do caso (*obiter dictum*), a superação total de um precedente (*overruling*), a restrição do âmbito de aplicação de um precedente (*overriding*), a distinção de um caso em face do precedente (*distinguish*) e casos paradigmáticos (*leading cases*).

Não é preciso trazer planilhas de quantas decisões o Supremo Tribunal Federal julgou no ano passado, tampouco de quanto a sua atuação foi difundida no meio jurídico e até mesmo na mídia em geral. Não é preciso mostrar gráficos do crescimento do uso das decisões judiciais para construir e explicar o direito por parte dos manuais jurídicos brasileiros. É fácil perceber que uma ou duas décadas atrás o uso era praticamente nulo. Atualmente, apesar, da utilização em geral carente de bases metodológicas de todo consistentes, é difícil encontrar um livro ou artigo jurídico que não cite pelo menos algumas decisões judiciais, ainda que não raro como argumento de autoridade. No direito brasileiro, a jurisprudência passou, academicamente, do nada ao alguma coisa.

De fato, algumas publicações (livros e artigos) recentes demonstram a interpenetração entre os sistemas de *civil law* e o *common law*. Cada vez mais, as decisões judiciais citam os precedentes. Embora ainda existam dificuldades na pesquisa nos tribunais estaduais e em alguns tribunais superiores, o site do STF se destaca pelo bom desempenho: uma Constituição comentada pela própria Corte com trechos das decisões mais importantes após cada um dos artigos, um buscador na maioria das vezes é eficiente quando bem utilizado, um sistema *push* através do qual qualquer cidadão pode se cadastrar para receber periodicamente um informativo dos julgamentos considerados



mais importantes pelo tribunal, um sistema de notícias diário que não raro procura suprir a demora inevitável entre o julgamento e a publicação, um esquema televisivo que, mesmo necessitando ser democratizado, tem realizado a transmissão dos bons e maus momentos do tribunal. Atualmente, os julgamentos do tribunal estão disponíveis no site *youtube* e, até mesmo no *twitter*, o STF possui uma página.

Não é preciso se alongar nas explicações para perceber que, de fato, houve uma jurisprudencialização do direito. Constata-se que todo esse processo não veio acompanhado de uma reflexão metodológica consistente. Apesar de não constituir mais nenhuma novidade muitas das técnicas interpretativas, especialmente os princípios de interpretação constitucional<sup>24</sup>, como a proporcionalidade, são escassos os estudos sobre os precedentes e as técnicas para relacioná-los. Ainda mais escassas, são as reflexões metodológicas sobre o estudo detido de um caso específico, como construir um catálogo de casos e de como, a partir desse catálogo, trilhar o caminho a ser seguido antes de propor parâmetros (*standards*) para que a atuação judicial se dê de forma cada vez mais não só racional, isonômica e previsível<sup>25</sup>, mas também de forma justa.

---

<sup>24</sup> Uma excelente e didática exposição, ilustrada inclusive com a jurisprudência pertinente, relativa aos princípios de interpretação constitucional pode ser encontrada em: BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 151-246.

<sup>25</sup> A utilização dos *standards* preocupa-se em atribuir ao intérprete, com seus valores e pré-compreensões, o dever de reconstruir o sistema jurídico à luz das inúmeras variáveis que o caso apresenta. Sobre a noção de pré-compreensões, Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica** (Trad. Flávio Paulo Meurer). v. I. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 354 e ss. Sobre as justificativas para a utilização de parâmetros, Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação**. Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional, n.1, 2007.

Sem dúvida, o fenômeno se refletiu nos escritos da “escola fluminense”, se é que podemos denominar assim os livros e artigos dos professores Luís Roberto Barroso, Ricardo Lobo Torres, Daniel Sarmento, Ana Paula de Barcellos, Jane Reis Gonçalves Pereira, Cláudio Pereira de Souza Neto e, mais recentemente, também da jovem Patrícia Perrone. Da interpretação jurídica e constitucional, passou-se à discussão sobre a ponderação especialmente por meio da proporcionalidade. Mais recentemente, começou-se a debater os precedentes. É verdade que apenas após a tese de doutorado de Ana Paula de Barcellos os parâmetros receberam uma discussão metodológica mais consistente. Mesmo com a tese, ainda restam aspectos da técnica a serem explorados, que possibilitam agregar novos elementos ao tema, especialmente no que se refere às espécies e ao processo de construção de *standards*.

## II CONCEITUAÇÃO PRELIMINAR

Do ângulo terminológico, os parâmetros podem ser traduzidos como parâmetros, critérios, padrões, medidas, modelos, tipos ou fatores. Já em termos conceituais, representam os elementos de apreciação necessários para a avaliação de determinados fatos, cujas variações são acompanhadas de alterações norma, de tal modo que, as relações estabelecidas relacionam-se, em particular, à solução jurídica de um problema<sup>26</sup>. Embora tal solução seja inevitavelmente intuitiva e valorativa, os parâmetros correspondem a verdadeiras diretrizes<sup>27</sup> ou pontos de apoio

---

<sup>26</sup> A definição de parâmetro foi extraída do Dicionário Eletrônico Houaiss

<sup>27</sup> Em sentido contrário, M. Hariou diferencia diretriz e parâmetro, por entender que o standard seria o elemento do método que permite descobrir a diretriz e a solução do problema. Cf. M. Hariou, *Police juridique ET fond Du droit*, Ver. Trim., 1923, p. 269 apud STATI, Marcel O. **Le standard Juridique**. Paris : Librairie de Jurisprudence Ancinne et Moderne, 1927, p. 36

teórico-práticos para tomada de decisões judiciais, administrativas ou, mesmo, legislativas<sup>28</sup>.

Em sentido estrito, os parâmetros representam uma técnica de ponderação para atingir fundamentações racionais e justas, que procura estabelecer “relações de precedência condicionada”, presunções ou preferências em favor de um dado direito ou interesse quando presentes certas condições (*preferred rights* ou *preferred interests*). Seu emprego, na doutrina constitucional tradicional, consiste em detectar diante de quais variáveis de um interesse ou princípio deve prevalecer em relação ao outro ou, até mesmo, excepcionalmente, poderá afastar a incidência de uma regra no caso concreto. Em geral, tais preferências podem ser estabelecidas a partir da generalização de elementos comuns de alguns casos ou a experiência prática da vida que se transformam em padrão decisório para os demais.

No direito internacional, especialmente no âmbito dos direitos humanos, os parâmetros são concebidos como “um complexo combinatório de normas juridicamente vinculativas, de caráter cogente, programático ou indicador de fins, com

---

<sup>28</sup> Em sentido semelhante, STATI, Marcel O. **Le standard Juridique**. Paris : Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1927, p. 35: “Appliqué au droit, le ‘standard’ a été défini (7) ‘un type modèle ou réunion d’éléments et de conditions acceptées comme corrects et parfaites’ et il est employé pour ‘désigner ex vivo termine, une mesure ou critérium d’appréciation qui a l’assentiment général et est unanimement admis et reconnu par une catégorie de personnes liées par un rapport contractuel dans une affaire déterminée civile ou commerciale’(8)” No entanto, em passagem mais adiante o autor acaba circunscrevendo os standards às atividades judiciais. Cf., STATI, Marcel O. *op. cit.*, p. 45: “Si, néanmoins, on essayait de le définir suivant lès procedes de la logique, impropres dans la circonstance, on pourrait toujours dire que, au point de vue de la technique moderne Du droit, le standard juridique est le procedédé qui prescrit au juge de prende en considération le type moyen de conduite sociale correcte pour la catégorie déterminée d’actes qu’il s’agit de juger.”

normas de outra natureza, muitas vezes desprovidas de conteúdo imperativo, mas com grande força ética, como resoluções, recomendações, declarações, conferências e apelos.”<sup>29</sup>

A despeito da conceituação adotada, é certo que os parâmetros constituem um método de solução de conflitos de interesses e que, especificamente no caso judicial, tenta resolver o caso, considerando os diversos aspectos econômicos, sociais e morais. Há uma dose de pragmatismo e empirismo em sua aplicação<sup>30</sup>. De fato, a construção dos parâmetros pressupõe uma avaliação comprometida com os impactos e resultados das decisões judiciais.

### III ESPÉCIES DE STANDARDS

Os parâmetros podem ser classificados segundo quatro critérios. Quanto à *origem*, podem ser: (i) Normativos; (iii) Jurisprudenciais; e (iv) Doutrinários. Quanto à *função* que desempenham, classificam-se em: (i) Orgânico-funcionais; (ii) Procedimentais; e (iii) Materiais. Quanto ao grau de *precisão*, subdividem-se em: (i) Gerais; e (ii) Especiais. Quanto à *forma* que se revestem, podem ser: (i) Diretrizes; (ii) Testes específicos de ponderação; (iii) Relações de precedência condicionada; (iv) deveres *prima facie*.

Quanto à origem, desde que tomados em sentido amplo, os parâmetros podem ser normativos, jurisprudenciais e

---

<sup>29</sup> Inspirado em Eibe Riebel, *Theorie der Menschenrechtsstandards*, Berlin, 1986 *apud* Canotilho propõe tal conceito. Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Métodos de proteção de direitos, liberdade e garantias**. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 156.

<sup>30</sup> BIELSA, Rafael. **Metodología jurídica**. Librería y Editorial Castellví S.A. Santa Fe: Argentina, 1961, p.509-10.

doutrinários. Afinal, se as proposições jurídicas do Legislador e do Judiciário não se diferenciam substancialmente, a não ser pelo grau de generalidade e pela maior margem de ponderação; então, não faz sentido que o Legislador ou a Administração também não possam ou devam operar também com parâmetros.

Reconhecida essa ideia, é possível pensar que o Legislativo circunscreve-se tão-somente aos limites constitucionais, possuindo a maior margem de ponderação. Os parâmetros traçados por ele, em razão disso, tomam muito mais a forma de diretrizes normativas do que relações de precedência condicionada. Constituem bem mais *hard law* do que *soft law*. No direito norte-americano, fala-se em leis esqueleto (*legislation of skeleton type*), enquanto do direito francês “leis quadro” (*loi cadre*) que são leis que, à semelhança das leis delegadas, condicionam, em alguma medida, a elaboração posterior dos atos do Executivo<sup>31</sup>. Embora a lei delegada não tenha chegado a estimular a produção de parâmetros em razão da preferência do uso das medidas provisórias pelo Executivo; no direito comparado, tais leis acabam por estimular a elaboração de parâmetros normativos. Já a Administração e o Judiciário devem se manter nos limites constitucionais e legais. O Legislador institui parâmetros mais genéricos, enquanto o Judiciário, a Administração e a doutrina procuram desenhar contornos mais precisos, observando via de regra as disposições legais e administrativas. Não raro a doutrina também procura sistematizar os parâmetros e observações parciais colhidas da jurisprudência.

Até por isso, os parâmetros produzem efeitos numa gradação que combina *hard law* e *soft law*, disposições vinculantes e regras de ética, política, nacional e internacional. Os parâmetros legislativos têm maior grau de incidência que os jurisprudenciais.

---

<sup>31</sup> PESANHA, Charles. O Poder Executivo e o processo legislativo nas Constituições brasileiras: teoria e prática. In: WERNECK VIANNA, Luiz. **A democracia e os três poderes**. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p.151-3

Isso porque é o Legislador que tem competência para instituir normas gerais e abstrata, respeitando apenas a Constituição e os direitos internacional, notadamente os direitos humanos. Não obstante o Judiciário tem ampla competência interpretativa, seus parâmetros devem resultar das possibilidades constitucionais e legais do ordenamento jurídico. Os parâmetros jurisprudenciais incidem de forma mais forte, se comparados aos parâmetros doutrinários. Em todos, contudo, o intérprete poderia exigir um ônus argumentativo maior para afastar das diretrizes traçadas nos parâmetros ou, ao contrário, menor caso eles fossem obedecidos. Deixadas as diferenças de lado, sabendo-se que os *standards* prestam-se a harmonizar em especial valores, interesses, regras e princípios constitucionais contrapostos, não faz sentido confiná-la à esfera judicial. Se nas sociedades contemporâneas, cada vez mais, se busca construir uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de fato, isso não faria sentido<sup>32</sup>.

Quanto à função que desempenham, os parâmetros podem ser orgânico-funcionais, procedimentais e materiais<sup>33</sup>. Os parâmetros funcionais procuram delinear as “capacidades institucionais dos poderes”<sup>34</sup> (Executivo, Legislativo e Judiciário) e dos demais órgãos do Estado. Estabelecem os limites e as

---

<sup>32</sup> Sobre a noção de sociedade aberta dos intérpretes da constituição, Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

<sup>33</sup> Apesar das pequenas e naturais diferenças de conteúdo dos conceitos, colhemos a classificação de BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.224 e ss.

<sup>34</sup> Sobre as capacidades institucionais, Cf. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions.** *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 28, 2002.

possibilidades de atuação das instituições, considerando sua estrutura e a dinâmica dos resultados dos papéis desempenhados. Os parâmetros também podem ser procedimentais, se tiverem a preocupação de conferir maior fluidez e precisão ao encadeamento dos atos jurídicos. Os parâmetros podem ser classificados, ainda, como materiais, caso se prestem a pautar a tomada de decisões mais racionais e isonômicas por parte das instituições, considerando o conteúdo dos atos.

Quanto ao grau de precisão ou generalidade, os parâmetros podem ser gerais ou especiais. Os primeiros são parâmetros gerais ou metaparâmetros, isto é, aqueles que servem para orientar a criação e aplicação de novos parâmetros. Não se prendem, portanto, a uma situação específica. Ana Paula de Barcellos, por exemplo, após destacar o caráter preferencial e não absoluto dos princípios, classifica os princípios em gerais e particulares. Sugere como pauta hermenêutica dos parâmetros gerais as seguintes idéias, extraídas do sistema jurídico como um todo: (i) a preferência das regras sobre princípios, devido a maior precisão que estas encerram; (ii) a preferência das normas que realizam diretamente direitos fundamentais dos indivíduos sobre normas relacionadas apenas indiretamente com os direitos fundamentais. Já os parâmetros específicos que, na visão da autora, envolvem conflitos normativos específicos, como, por exemplo, entre os que ocorrem entre a liberdade de imprensa e informação em face do direito à intimidade, vida privada e honra e podem ser guiados, entre outros parâmetros, pela noção de que caso se trata de local público estabelece-se uma presunção *prima facie* em favor da liberdade de expressão<sup>35</sup>.

Por fim, quanto à forma que se revestem,

---

<sup>35</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: renovar, 2005, p. 159 e ss.

complementamos as classificações existentes com a seguinte: (i) diretrizes; (ii) testes específicos de ponderação; (iii) relações de precedência condicionada; (iv) deveres *prima facie*. As *diretrizes* consubstanciam linhas gerais dentro das quais uma atuação deve se enquadrar. Os testes específicos de ponderação através de conceitos específicos, como próprio nome indica, são idéias que pautam a solução de um rol de problemas precisos, por exemplo, no direito norte-americano fala-se em “dano claro e iminente” (*clear and present damage*) em razão dos quais o Estado pode atuar para restringir a liberdade de expressão, por exemplo, para conter o *hate speech*. Do contrário, enquanto permanecerem como palavras apenas, o Estado não deve cercear a liberdade de expressão. Ou ainda, a ideia de *reasonable man* para as hipóteses de responsabilização civil por negligência. Por fim, o estabelecimento de parâmetros pode ser implementado por meio de as “relações de precedência condicionada” que via de regra fazem conexões entre normas, determinando a calibragem dos efeitos. Por exemplo, se um princípio for efetivado, outro princípio ou outra consequência fática deverá ser mais implementada. Outro exemplo é a realização em igual medida, em menor ou maior proporção, conforme o caso concreto. Podem se manifestar ainda como deveres *prima facie* que significam “deveres condicionais”, isto é, presentes certas condições são extraídas certas consequências, a não ser que existam outras condições capazes de afastá-las<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Embora José Juan Moreso não trate os deveres *prima facie* como parâmetros, mas sim como condições para tentar hierarquizar a ponderação e aproximá-la da subsunção, acreditamos ser possível, ao contrário do autor, enxergá-las sim como parâmetros em razão da sua semelhante formulação lógica e lingüística. V. MORESO, José Juan. **Conflictos entre principios constitucionales**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 107.



#### IV JUSTIFICATIVAS PARA UTILIZAÇÃO

A utilização dos parâmetros preocupa-se em atribuir ao intérprete, com seus valores e pré-compreensões<sup>37</sup>, o dever de reconstruir o sistema jurídico à luz das inúmeras variáveis que o caso apresenta. A reconstrução da norma, de um lado, opera preservando a unidade e coerência do sistema jurídico e, de outro, possibilita a tomada de decisões racionais, previsíveis, isonômicas e justas.

O próprio conceito de sistema jurídico pressupõe ordem e unidade. A ordem significa que as normas do sistema não estão dispostas de forma aleatória. Pelo contrário, são classificadas e dispostas de acordo com suas semelhanças. Essa arrumação permite que elas sejam racionalmente apreensíveis. A unidade, por sua vez, implica certo grau de sinergia no interior da ordem estabelecida, impedindo que as normas se dispersem num conjunto de singularidades desconexas através, sobretudo, de princípios fundamentais<sup>38</sup>.

O intérprete pode perceber essa complexa teia normativa dotada ordem e unidade de modo a reconstruir no caso concreto, ao invés de simplesmente recorrer à subsunção de normas

---

<sup>37</sup> Sobre a noção de pré-compreensões, Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer **vol. I** Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 354 e ss.

<sup>38</sup> Sobre o conceito de ordenamento jurídico e as características da unidade, coerência e completude. V BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999. Sobre o conceito de sistema como caracterizado pelas idéias de ordenação e unidade, V. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito** (Trad. A. Menezes Cordeiro). Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 2002, p. 9-18.

isoladas. Mais precisamente, recorre-se aos parâmetros capazes de harmonizar às tensões existentes no interior do sistema, considerando os diversos interesses em jogo. Não há novidade nisso, mesmo porque existem diversas técnicas de interpretação para isso, tais como a interpretação sistemática, a concordância prática e o princípio da unidade da constituição.

O esforço em estabelecer parâmetros de ponderação presta-se igualmente a ensinar decisões racionais, previsíveis, isonômicas e justas. Isso porque parâmetros definidos previamente para tomada de decisões proporcionam uma expectativa razoável quanto à solução dos problemas. Os padrões resultam da repetição de soluções a casos recorrentes que acabam se institucionalizando para efetivar a segurança jurídica tão cara ao Estado de direito. A padronização torna previsível em relação aos casos futuros e evita que, a cada colisão concreta, todos os argumentos envolvidos na ponderação sejam novamente mobilizados, embora não dispense a eventual necessidade de adaptações dos argumentos. Adaptações essas que só são possíveis, porque a valoração do intérprete do caso concreto, com sua racionalidade e intuição, pode contribuir para adaptar flexibilizar o conteúdo e aplicação das regras, considerando a época, o lugar e as circunstâncias<sup>39</sup>. Efetiva-se a racionalidade ao implementar tomadas de decisões mais céleres, seguras, isonômicas e justas.

Por certo, os magistrados não estarão obrigados a decidir de acordo com os parâmetros doutrinários e jurisprudenciais consolidados, mas, para afastá-los, devem aceitar o ônus argumentativo daí decorrente, ressaltando as diferenças consubstanciadas no precedente sob sua análise. Dessa maneira, o Poder Judiciário tem as diretrizes para realizar um controle da atuação administrativa, mantendo-se dentro dos seus

---

<sup>39</sup> BIELSA, Rafael. **Metodología jurídica**. Librería y Editorial Castellví S.A. Santa Fe: CastellvíArgentina, 1961, p. 509.

limites funcionais<sup>40</sup>. A Administração torna-se mais técnica e racional por apresentar de forma clara os motivos e as fronteiras da legitimidade de sua atuação. O Legislador, por sua vez, torna-se mais democrático e plural a medida que consegue harmonizar os diversos interesses em jogo por meio do uso público da razão. O princípio da legalidade não é desvalorizado. Pelo contrário, os parâmetros consideram a lei em função de um ordenamento pluralista, dentro das interconexões no interior do ordenamento jurídico.<sup>41</sup> Não há razões plausíveis para nenhum dos Poderes afastar ou sequer evitar o seu emprego.

As principais críticas ao emprego dos parâmetros apontam que haveria usurpação da função legislativa por outros sujeitos e violação à separação dos poderes e ao Estado democrático de direito, porque cabe, em regra, ao Legislativo editar padrões de conduta gerais e abstratos<sup>42</sup>. Não falta, contudo, legitimidade democrática para tal propositura, porque os parâmetros judiciais auxiliam a harmonizar os diversos interesses em conflito, notadamente entre as normas constitucionais, os interesses das maiorias governamentais momentâneas e os Poderes e

---

<sup>40</sup> Sobre a previsibilidade, “calculabilidade” e a tutela judicial constitucionalmente adequada através dos parâmetros, leia-se: NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.832 e ss.

<sup>41</sup> MANGANARO, Francesco. **Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi**. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 2000, p. 171 *apud* ARAGÃO, Alexandre. **A concepção pós-positivista do princípio da legalidade**. *Revista de Direito Administrativo*, n. 236, 2004, p. 58.

<sup>42</sup> Sobre a crítica de subjetivismo e falta de legitimidade do judiciário para realizar a ponderação, bem como uma defesa da racionalidade da técnica da ponderação. Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.275 e ss.

instituições envolvidas<sup>43</sup>. Servem, ainda, eventualmente para arrefecer o desacordo existente e não raro para proteger os direitos fundamentais e das minorias. A atuação judicial não pode se circunscrever à subsunção. Pelo contrário, deve moldar as normas aos casos concretos no que for pertinente. Enfatize-se, por fim, que não apenas o Judiciário opera com parâmetros, embora tenha sido essa a ênfase ao tratar do tema. O Legislativo e a Administração podem fazê-lo. Mais uma razão pela qual as críticas ao seu emprego restam esvaziadas.

Por certo, existe quem sustente, de forma ingênua e otimista, que a construção de parâmetros poderia chegar a reduzir toda a ponderação à subsunção, na medida em que sempre poderia existir um parâmetro ou uma condição *prima facie* para determinar o que deve prevalecer diante do caso concreto se subsume.<sup>44</sup> Isso sim violaria o princípio democrático. Felizmente, por mais ostensiva que seja a “*standardização*” do direito, em realidade, isso não será possível. O papel do intérprete é imprescindível na reconstrução dos sentidos dos enunciados normativos e das interconexões entre interesses, regras e princípios. Com os parâmetros, essa tarefa pode ser devidamente calibrada, servindo para harmonizar os poderes e proteger de direitos fundamentais.

## V REFLEXÃO METODOLÓGICA SOBRE O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DE PARÂMETROS: EXISTE UM ROTEIRO?

Há quem diga que não existe uma “fórmula” ou roteiro para confecção de *standards*. No máximo, seria possível sugerir três

---

<sup>43</sup> Nesse sentido, ALEINIKOFF, T. Alexander. **Constitutional Law in age of balancing**. *The Yale Law Journal* n<sup>o</sup> 5, vol. 96, 1987, p. 985-6.

<sup>44</sup> Nesse sentido, Cf. MORESO, José Juan. **Conflictos entre principios constitucionales**. In: CARBONELL, Miguel (organizador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 112 - 113 e p. 120 - 121.

grupos de perguntas para auxiliar o intérprete nessa tarefa. Perguntas sobre a natureza do enunciado normativo, o impacto do enunciado normativo sobre os fatos e as circunstâncias sobre o enunciado normativo. O problema é que quem parte dessa premissa pensa o processo de construção de parâmetros, única e exclusivamente, pautada na noção de conflito entre princípios e regras, quando os “interesses” também são importantes. Essa opção, além disso, torna a reflexão limitada, porque o rol de perguntas é empregado, inconscientemente, através de uma lógica dedutiva, isto é, da norma para o caso concreto<sup>45</sup>. Lógica essa, ainda que mais refinada, ainda guarda traços típicos do raciocínio empregado na subsunção<sup>46</sup>.

Se a ideia do *standard* é justamente encontrar uma solução que possa ser generalizada para um grupo de casos da vida real, então, tal premissa não é a melhor. Seria mais adequado

---

<sup>45</sup> Nesse sentido, Cf. BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 278. O *segundo conjunto* de perguntas está associado ao conteúdo material do enunciado: os efeitos que ele pretende produzir no mundo dos fatos, as condutas necessárias e exigíveis à realização desses efeitos e, afinal, as prerrogativas que ele confere. As respostas obtidas aqui, dentre outras utilidades, auxiliarão o intérprete a visualizar o núcleo dos princípios e a empregar o segundo parâmetro geral proposto acima (preferência das normas que de forma direta promovem os direitos fundamentais dos indivíduos, sobre aquelas que o fazem apenas de forma indireta), caso isso seja necessário. O *terceiro grupo* de perguntas procura identificar circunstâncias que interferem de forma relevante na definição do sentido e propriamente com a aplicação do enunciado.”

<sup>46</sup> Robert Alexy reconhece que a subsunção utiliza uma lógica tipicamente dedutiva, enquanto a ponderação uma lógica aritmética não entre números, mas sim entre o julgamento do grau de interferência e o peso abstrato das obrigações. Cf. ALEXY, Robert. **On Balancing and subsumption. A structural comparison**. *Ratio Juris* nº16, nº4, 2003, p. 433 e ss.

inverter a ordem das perguntas e, a partir do “caso”, e não do “enunciado normativo” para, na medida do possível, comparar seus elementos fáticos relevantes (*material facts*) aos demais e, só então, sopesar ou não regras e princípios que se prestariam preferencialmente como balizas ou elementos para comparação entre os casos. A lógica aplicada seria a indutiva e não a dedutiva, tomando como referencial a realidade, ao invés da norma. O caso concreto, ao invés do enunciado normativo<sup>47</sup>.

O caso aqui deve ser entendido de forma ampla como acontecimentos problemáticos que procurem resolver questões relevantes para e por meio do ordenamento jurídico. Logo, a resolução do caso pressupõe que o intérprete entenda o seu sentido, atribuindo valor as categorias jurídicas que dispõe de modo a submeter os fatos ao qual se entende, compreende e experimenta soluções. Não apenas o caso deve se orientar pelas normas. Também as normas devem orientar-se pelos casos. Como bem colocou Gustavo Zagrebelsky, *“Levar em consideração exclusivamente os casos daria lugar a uma casuística, incompatível com a existência do direito como ordenamento; levar em consideração exclusivamente o ordenamento conduziria a uma ciência teórica, inútil para finalidade de direito. Excesso de concreção em um caso;*

---

<sup>47</sup> É possível notar em todas as perguntas sugeridas pela autora o centro de referência no enunciado normativo. Sua primeira etapa de ponderação começa detectando os enunciado normativo, e, mesmo quando passa a segunda etapa, e ou as perguntas referente aos fatos, o olhar é sempre para os efeitos dos enunciados normativos sobre os fatos e não os fatos propriamente. Cf. BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 92 e ss e 278 e ss. A proposta se insere, de forma muito lógica e coerente, na sistematização da tese de doutorado que prevê como parâmetro geral a preferência de regras sobre princípios. Contudo, outras formas de pensar os parâmetros, como a sugerida acima, são possíveis.

*excesso de abstração em outro.*"<sup>48</sup>

Sem dúvida, as perguntas e a observação dos conflitos entre princípios e regras são úteis. Mas não constituem a única possibilidade hermenêutica. É possível propor uma fórmula, ou melhor, um roteiro para construir parâmetros por meio de uma lógica indutiva. Embora não sejam ignoradas as regras e princípios, a inversão do raciocínio lógico empreendida aqui atribui de forma consciente destaque aos casos concretos e suas interconexões. É verdade que o processo de confecção permanece em certa medida intuitivo e artesanal. Mesmo assim, a racionalização do processo ocorre se for obedecida e bem compreendida cada uma das três etapas do roteiro sugerido: (i) estudo do caso; (ii) o catálogo dos casos; (iii) condensação linguística para obtenção dos parâmetros<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> De forma semelhante, Luis Pietro Sanchís explica que para ponderar é preciso mostrar que o caso individual em exame faz parte de um universo de casos para, em seguir, mostrar quais princípios são relevantes para propor uma regulação *prima facie* do caso e a construção. De todo modo, existem algumas diferenças teóricas entre o modelo do autor e o aqui proposto, tais como (i) a comparação com outros casos deve ser feita no interior de um catálogo com certas características e não pura e simplesmente com outros casos, (ii) em relação ao produto da ponderação, segundo o autor, uma vez generalizado pelo precedente, teria a natureza de regra e tornaria desnecessária a ponderação. Tal como abordamos anteriormente, em relação ao *definitional balancing* e ao *balancing ad hoc*, o ônus argumento será menor no primeiro do que no segundo, embora a reconstrução dos argumentos da ponderação e a eventual discordância dele, nunca poderão ser afastadas completamente ao ponto de tornar, como defende o autor, a ponderação desnecessária. Cf. SANCHIS, Luis Pietro. **Neonconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neonconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 145 - 146.

<sup>48</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p.132 e ss.

## V.1. O ESTUDO DO CASO

A primeira etapa consiste em estudar atentamente o caso em questão, observando os argumentos contrários e favoráveis a tomada de decisão<sup>50</sup>. O estudo desse caso concreto, por sua vez, subdivide-se em outras três: (i) pontuar os fatos e as controvérsias relevantes; (ii) agrupar os fundamentos da decisão que poderiam conduzir a uma decisão e, depois, os que poderiam conduzir a decisão contrária; (iii) comentar a decisão final consiste em estudar atentamente o caso em questão, observando os argumentos contrários e favoráveis a tomada de decisão<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> A opção de estudar o caso concreto ou uma dada decisão se inspira no modelo da tópica de primeiro grau, bem como na dialética. Procurou-se observar o problema os fatos traziam, bem como as teses, as antíteses e as sínteses. Sobre a tópica, Cf. ARISTÓTELES. **Tópicos**. In: Aristóteles (Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1983. VIEHWEG, Theodor. **Tópica (tópica e jurisprudência)**: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos científicos (Trad. Kelly Susane Alften da Silva). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. Para uma aplicação da tópica, em especial a de primeiro grau ao raciocínio jurídico brasileiro, com diversos exemplos na jurisprudência do STF, Cf. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro:Renovar, 2003,p. 273 e ss.

<sup>51</sup> O roteiro para estudar um caso concreto foi desenvolvido no âmbito do Observatório de Jurisprudência da STF, durante a monitoria de direito constitucional de 2007. O projeto, que estudou uma série de casos do ano em questão, venceu a semana de monitoria da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense e seu conteúdo foi parcialmente utilizado para confecção do artigo que foi publicado. Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles; LEGALE FERREIRA, Siddharta; SOUZA, Taiguara Líbano Soares e SILVA, Anna Carolina Pinheiro da Costa. **O ano do direito constitucional**. *Revista de Direito do Estado*, n. 9, 2008, p. 3 - 20.



Nem sempre é fácil pontuar os fatos e as controvérsias relevantes suscitadas. O objetivo, com isso, é extrair a norma do caso concreto que vincula as partes também os tribunais inferiores (*holding ou ratio decidenti*), colocando em segundo plano as considerações marginais que, normalmente, produzem efeitos meramente persuasivos (*obiter dictum*). Para tal extração da *holding*, será importante examinar elementos como (i) os fatos relevantes para o caso concreto; (ii) a questão posta em juízo; (iii) a fundamentação; (iv) o que restou efetivamente decidido<sup>52</sup>.

Dois métodos são possíveis. De um lado, um fático-concreto, que analisa fatos relevantes e, separando os fatos irrelevantes, então, procede a tomada de decisão a partir de um grupo de casos. Por outro lado, há um método abstrato-normativo é importante observar que a pretensão do tribunal, ao decidir a lide, é simplesmente solucioná-la e enunciar a regra para o exame de demais casos<sup>53</sup>. Os dois métodos não são excludentes. Pelo contrário, são complementares, especialmente por se tratar de enfoques diferentes. Mesmo assim, delimitar a classe de fatos abrangidos pela decisão (*breadth component*), bem como o *standard* jurídico deles decorrente (*content component*) não deixa de ser uma tarefa árdua. Pressupõe agrupar os fatos de modo a prepará-los para servir de base para que sejam submetidos, posteriormente, a um comando jurídico ou a uma relação de comandos jurídicos parametrizáveis.

Em relação especificamente aos casos judiciais, suas fundamentações podem ser estudadas a partir de um processo

---

<sup>52</sup> PERRONE, Patrícia. **Precedentes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.120.

<sup>53</sup> PERRONE, Patrícia, *op. cit.*, p. 127.

dialético entre tese, antítese e síntese<sup>54</sup>. Uma vez que no início do primeiro parágrafo já foram transmitidas as controvérsias relevantes, resta ao parágrafo subsequente expor a primeira os argumentos encontrados no voto do relator e daqueles que o acompanharam, seja pelos mesmos argumentos, seja por argumentos diferentes ou acrescentando novos. No terceiro, faz-se o mesmo, expondo argumentos dos votos divergentes.

Por fim, no parágrafo conclusivo, esclarece-se a posição prevalente no tribunal seja destacando a importância da decisão em análise, seja realizando uma crítica. O comentário do caso pode lançar mão de duas alternativas. A primeira procede a uma comparação com demais precedentes antecedentes e subsequentes, dando uma feição eminentemente jurisprudencial ao comentário. A segunda opção é destacar um dos assuntos abordados na decisão com intuito de explicar melhor um determinado conceito jurídico empregado, o enquadramento jurídico e as classificações no qual ele está envolvido, as conexões existentes com os demais institutos jurídicos e as possíveis aplicações práticas. Nessa hipótese, o comentário ganha contornos mais doutrinários. É certo, contudo, que um comentário bem realizado, mesmo com um dado foco, mescla as contribuições da doutrina com as da jurisprudência. Em qualquer caso, não é recomendável ignorar os dispositivos da legislação e dos tratados pertinentes.

---

<sup>54</sup> Vale a pena transcrever um trecho da nota de rodapé em que Rafael Bielsa enfatiza a conexão entre a dialética e os *standards*. Cf. BIELSA, Rafael. **Metodología jurídica**. Librería y Editorial Castellví S.A. Santa Fe: Argentina, 1961, p.508: “Sin embargo, para justificar el ‘standards’ hay que recurrir también a la dialética, porque una modificación o interpretación nueva de las reglas tradicionales no se impone solamente con el solo criterio de la utilidad práctica en justicia, a diferencia de lo que ocurre en los negocios. Es necesario un fundamento de derecho, es decir, una motivación jurídica de la decisión, y en esa motivación, puede obrar la dialética.”.

## V.2. O ESTUDO DE CASOS: A ELABORAÇÃO DO CATÁLOGO

A segunda etapa refere-se à construção de um catálogo dos casos. O catálogo de julgados pode ser construído de duas formas. Se existirem casos anteriores, é possível reunir os julgados relativos ao assunto para o qual se deseja estabelecer parâmetros. Quando não existam precedentes anteriores, os parâmetros podem ser obtidos recorrendo aos julgados dos tribunais estrangeiros<sup>55</sup>, de preferência oriundos de países com semelhanças culturais relevantes para o caso concreto, ou dos tribunais de organizações internacionais, preferencialmente as quais o país se filie. Se não forem encontrados casos, podem ser estudados os atos administrativos<sup>56</sup>, exemplos históricos e eventos mesmo que jornalísticos podem ser comparados e utilizados subsidiária e complementarmente.

Note-se, por fim, que a preferência no uso de precedentes judiciais – e de precedentes nacionais – não resulta de uma crença ingênua no Judiciário, tampouco de um ufanismo

---

<sup>55</sup> Sobre esse intercâmbio de experiência judicial e o uso recíproco de precedentes como fator do constitucionalismo internacionalizado, Cf. STAMATO, Bianca. **Constitucionalismo Mundial e 'Intercâmbio mundial entre Juízes'** In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.) *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

<sup>56</sup> Também é possível, ao menos, de forma auxiliar, estudar atos administrativos diferentes para construir parâmetros. Por exemplo, parâmetros para a estruturação constitucionalmente adequada da política de cotas podem ser obtidos da construção de um catálogo, com os pontos em comum e diferentes, entre os diversos editais das universidades do país. Sobre os parâmetros para as cotas, veja-se o original e excelente texto de SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e FERES JUNIOR, João. **Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade**. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, DANIELA. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

judicialista. Ocorre que, nesses casos, com todas as limitações que o Judiciário possa ter e tem, ainda assim, a realidade, os valores e as normas específicas desse país, em geral, já foram ponderadas considerando seu contexto, o que facilita substancialmente a construção do catálogo e também dos parâmetros.

Em qualquer hipótese, recomenda-se que a organização do catálogo se pautar pela classificação temática dos casos, considerando os aspectos que, provavelmente, serão relevantes para construção do parâmetro, como, por exemplo, (i) a variação da intensidade dos princípios e interesses envolvidos em razão do tempo, modo e lugar; (ii) o papel dos titulares dos direitos em jogo e (iii) de quem deve respeitar ou efetivar tais direitos, (iv) o contexto sócio-econômico e cultural. Construído o catálogo, torna-se mais fácil, segura, previsível e isonômica a resolução dos casos posteriores, bem como condensar linguisticamente o parâmetro<sup>57</sup>.

### V.3. A CONDENSAÇÃO LINGÜÍSTICA DOS PARÂMETROS

A terceira etapa envolve a construção dos parâmetros propriamente. Consistirá em coligar fatos ou casos de modo a reunir uma multidão de observações parciais em uma só

---

<sup>57</sup> A idéia de construir um catálogo a partir de certos aspectos para facilitar a resolução de problemas inspirou-se no estudo da tópica de segundo grau ou o catálogo de *topoi*. V. VIEHWEG, Theodor. **Tópica (tópica e jurisprudência)**: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos científicos. Trad. Kelly Susane Alften da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. Para uma visão crítica da tópica, sugerindo seu uso de forma apenas subsidiária aos casos em que o ideal de justiça justifique a quebra da unidade e a segurança jurídica proporcionado pelo sistema jurídico. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e conceito de sistema**. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 243 e ss. Em sentido contrário, e, com o melhor posicionamento, Paulo Roberto Soares

proposição. Opera-se, assim, em uma lógica indutiva<sup>58</sup>, partindo do conhecido –os casos e o catálogo– rumo ao desconhecido: os parâmetros<sup>59</sup>.

---

Mendonça critica Canaris em diversos aspectos. Por exemplo, afirma que o autor ignora o fato de que, a despeito do direito inglês e norte-americano derivar suas normas dos casos concretos, eles possuem um caráter sistemático (ordem e unidade) o que provaria que não é impossível um esboçar uma teoria do direito a partir da tópica, sobretudo tendo em vista a convergência das tradições romano-germânicas e da *common Law*. Contesta, ainda, a argumentação de Canaris segundo a qual a Tópica estaria ligada à retórica através da existência da Nova retórica, na linha de Perelman. Por fim, argumenta que confinar a tópica à integração de lacunas e à concretização de cláusulas gerais evidencia uma “visão limitada do procedimento hermenêutico”. O autor prossegue com outras críticas a Canaris e com diversos contra-argumentos em defesa da tópica que acabam por desfazer uma série de mitos que se formaram quanto ao seu uso. Cf. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 243 e ss.

<sup>58</sup> Roscoe Pound afirma que duas doutrinas são fundamentais para o *Common Law*: *supremacy of Law* e *precedents*. Os precedentes, segundo o autor, não são julgados arbitrariamente a partir das regras estabelecidas arbitrariamente da soberania popular, mas sim indutivamente de princípios e Standards obtidos da experiência judicial nos casos concretos. Cf. POUND, Roscoe. **The Spirit of the Common Law**. New Hampshire: Marshall Jones Company Publishers, 1921, p. 176 e ss.

<sup>59</sup> Essa proposta se inspirou na concepção de Stuart Mill, segundo o qual a lógica indutiva implica coligar fatos, comparando-os, para sair do conhecido rumo ao desconhecido. V. STUART MILL, John. **Sistema de Lógica Dedutiva e Indutiva**: exposição dos princípios da prova e dos métodos de investigação científica. <Trad. João Marcos Coelho> São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 163-170. Ao comentar a obra, Hans-Georg Gadamer chama atenção para o fato de que John Stuart Mill demonstra que, embora o método indutivo esteja na base de todas as ciências experimentais, ele também pode ser aplicado às “ciências do espírito”. Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método vol. I**. Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 37. Por óbvio, o direito também pode ser considerado uma ciência do espírito passível de ser estudado também através da lógica indutiva.

Em termos mais claros, os parâmetros devem ser colocados em formulações sintéticas, obtidas a partir da reunião de observações parciais e comparações entre os diversos elementos do catálogo. Ocorre uma verdadeira condensação linguística da proposta de parâmetro que representa um esforço de a generalização da experiência, balizada, ainda que *a posteriori*, nos princípios, regras e interesses. Essa condensação linguística resulta da comparação das variáveis envolvidas no processo de comparação, em geral, expressam-se basicamente de duas formas.

A primeira delas formula locuções que acabam sendo empregadas de forma típica para resolução de um nicho de casos. Essa solução é mais comum no direito constitucional norte-americano e surgiram no direito da responsabilidade civil e dos atos ilícitos (*law of torts*). Naquele momento, o objetivo era tornar vinculante certos comportamentos ou interesses sociais em relações obrigacionais, embora, inicialmente, tenham sido enxergados como “tipos médios de conduta social”, cujo conteúdo depende sempre de atualização por meio dos mecanismos decisórios. Com essa lógica, os parâmetros passaram a ser invocados como medidas de comportamento ou interesses relevantes judicialmente. É ilustrativo o caso do parâmetro “*clear and present damage*” para apenas guiar a possibilidade de restringir, no direito norte-americano, à liberdade de expressão. Quando se tratar apenas de as palavras às ações, a liberdade é plena. A restrição é admitida, diante da possibilidade de causar dano. Nos Estados Unidos, chegou-se a admitir o discurso do ódio (*hate speech*), vedando-o quando estejam prestes a causar danos a alguém ou constitua crime de ameaça<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Sobre o tema, Cf. SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”**. In: Livres e iguais – Estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 207 e ss.

A segunda opção consiste, como bem observou Robert Alexy, em estabelecer relações de precedência condicionada<sup>61</sup>, isto é, circunstância em razão da qual um princípio ou interesse deve prevalecer em relação ao outro. Imagine-se, por exemplo, a colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. A circunstância dessa colisão ocorrer em um local público ou envolver uma pessoa pública faz com que a liberdade de expressão prevaleça, a princípio, sobre o direito à imagem. Outro exemplo de parâmetro nesses moldes poderia ser extraído da política de cotas: Quanto maior o percentual da minoria e a desigualdade fática, maior poderá ser o percentual de reserva de vagas com intuito de efetivar a igualdade substancial<sup>62</sup>. Em geral, as relações de precedência condicionada podem ser expressas nos seguintes termos: “quanto mais..., mais...” ; “quanto mais..., menos...”; “quanto menos... , menos...” ; “se..., então...” ; “Isso têm preferência *prima facie* sobre aquilo”.

---

<sup>61</sup> “La solución de la colisión consiste más bien e que, teniendo em cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedência condicionada. La determinación de la relación de precedência condicionada consiste em que, tomando em cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales um principio precede al outro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedência puede ser solucionada inversamente.” V. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 92.

<sup>62</sup> Esse é apenas um dos parâmetros. Para mais detalhes, Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e FERES JUNIOR, João. **Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade**. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, DANIELA. Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. No mesmo sentido, V. LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Políticas de cotas: Parâmetros para mitigação constitucionalmente adequada da isonomia formal**, 2008.

É bem verdade que tal roteiro é um tipo-ideal para construção dos parâmetros. Nem sempre é possível esmiuçar o estudo de cada caso concreto, com a merecida atenção, por conta de sua densidade. Nem sempre o catálogo construído é o mais abrangente possível. Nem sempre a comparação entre os elementos consegue se amoldar a condensação linguística sugerida. Apesar de tantos “nem sempre”, acreditamos que o roteiro pode ser bastante útil para superar o atual processo de construção de parâmetros que, muitas vezes, tem se dado de forma tímida e intuitiva.

## APONTAMENTOS FINAIS

Em desfecho, é possível compendiar de forma sintética as principais ideias do texto:

1. Os parâmetros são típicos da abordagem norte-americana, mas vêm ganhando terreno no Brasil e, em linhas gerais, os parâmetros representam uma técnica de ponderação para atingir fundamentações racionais e justas, que procura estabelecer “relações de precedência condicionada”, presunções ou preferências em favor de um dado direito ou interesse quando presentes certas condições;

2. Os parâmetros podem ser classificados segundo quatro critérios. Quanto à *origem*, podem ser: (i) Normativos; (iii) Jurisprudenciais; e (iv) Doutrinários. Quanto à *função* que desempenham, classificam-se em: (i) Orgânico-funcionais; (ii) Procedimentais; e (iii) Materiais. Quanto ao grau de *precisão*, subdividem-se em: (i) Gerais; e (ii) Especiais. Quanto à *forma* que se revestem, podem ser: (i) Diretrizes; (ii) Testes específicos de ponderação; (iii) Relações de precedência condicionada; (iv) Deveres *prima facie*.

3. Embora exista quem defenda que não é possível traçar uma fórmula para construir parâmetros, entendemos que pode ser sugerido o seguinte roteiro: (i) Estudo do caso; (ii) Elaboração do catálogo dos casos; (iii) Condensação linguística para obtenção dos parâmetros;



Procurou-se contribuir depurar as reflexões teóricas sobre os parâmetros, deixando mais evidente as espécies existentes e propondo um roteiro para guiar a sua construção. Saber quais são as espécies e como é possível chegar até elas é muito importante, porque permite unir a teoria e a prática, justamente por essa técnica de ponderação estar no meio do caminho. A palavra que nos ajudará a “desencalhar” de velhas palavras e antigos problemas que vêm acometendo o direito público, notadamente a proporcionalidade e razoabilidade no direito constitucional brasileiro. “Reencalhar” será positivo? O tempo vai responder.

## REFERÊNCIAS

ALENIKOFF, T. Alexander. **Constitutional Law in age of balancing**. *The Yale Law Journal*, n. 5, 1987.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_. **On Balancing and subsumption. A structural comparison**. *Ratio Juris*, n. 16, 2003.

\_\_\_\_\_. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 66, 2002.

ARISTÓTELES. **Tópicos**. In: Aristóteles (I). São Paulo: Abril Cultural, 1983.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios** : da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **A distinção entre princípios e regras a redefinição do dever de proporcionalidade**. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. **O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy.** In: LOBO TORRES, Ricardo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição.** São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Os princípios da Razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional.** *Revista Forense*, n. 336, out./dez. 1996, p. 125 – 136.

\_\_\_\_\_. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação interpretação constitucional adequada do Código civil e da Lei de imprensa.** In: Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial,** 2008. Disponível em: [www.lrbarroso.com.br](http://www.lrbarroso.com.br)

\_\_\_\_\_. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: Teoria e jurisprudência no mundo contemporâneo.** In: Daniel Sarmento (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea.* Rio de Janeiro: Lumen Juris editor, 2009. BIELSA, Rafael. **Metodología jurídica.** Librería y Editorial Castellví S.A. Santa Fe: Argentina, 1961.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.**

São Paulo: Malheiros, 2003

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Métodos de proteção de direitos, liberdade e garantias**. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Taking the rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica** (Trad. Flávio Paulo Meurer) v. I. Petrópolis: Vozes, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

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

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORESO, José Juan. **Conflictos entre principios constitucionales**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERRONE, Patrícia. **Precedentes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PESSANHA, Charles. **O Poder executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática**. In: WERNECK VIANNA, Luiz. *A democracia e os três poderes*. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

PORAT, Iddo. **From interest-based balancing to rights based balancing: Two models of balancing in the early days of American**

**constitutional balancing**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1012592>

POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law**. New Haven: Yale University Press, 1954.

\_\_\_\_\_. **A survey of social interests**. *Harvard Law Review*, n. 57, 1943.

\_\_\_\_\_. **The Spirit of the Common Law**. New Hampshire: Marshall Jones Company Publishers, 1921, pp. 176 e 182-3. Disponível em: < <http://digitalcommons.unl.edu/lawfacpub/1> >.

SANCHIS, Luis Pietro. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: CARBONELL, Miguel (organizador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SANT'ANNA, Afonso Romano. **Palavras que ajudam e atrapalham a viver**. In: Que presente te dar. Rio de Janeiro: Expressão e cultura, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens**. In: LOBO TORRES, Ricardo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. **A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech"**. In: Livres e iguais – Estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **A liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado**. In: Livres e iguais – Estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Uruguay: Konrad Adenauer-stiftung, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009

\_\_\_\_\_. **O Proporcional e o Razoável**. *Revista dos Tribunais* nº 798, 200, p. 223-50;

SOUZANETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação**. Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional, n. 1, 2007.

\_\_\_\_\_. e FERES JUNIOR, João. **Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade**. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, DANIELA. Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. e FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles ; LEGALE FERREIRA, Siddharta ; SOUZA, Taiguara Líbano Soares e ; SILVA, Anna Carolina Pinheiro da Costa . **O ano do direito constitucional**. *Revista de Direito do Estado*, n. 9, 2008.

STATI, Marcel O. **Le standard Juridique**. Paris : Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1927.

STUART MILL, John. **Sistema de Lógica Dedutiva e Indutiva**: exposição dos princípios da prova e dos métodos de investigação científica. (Trad. João Marcos Coelho). São Paulo: Abril Cultural, 1974.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 28, 2002.

VIERA, José Ribas (Org.). **Temas de direito constitucional norte-americano**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VIERA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2007.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica (tópica e jurisprudência)**: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos científicos (Trad. Kelly Susane Alften da Silva). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

## **A CONSTITUIÇÃO: BREVE ENSAIO SOBRE UM CONCEITO**

**Nagibe de Melo Jorge Neto**

*Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.  
Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará.  
MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/Rio.  
Professor de Direito Constitucional da Faculdade Christus. Autor das  
obras O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando  
a democracia e os direitos sociais fundamentais e Sentença Cível:  
teoria e prática.*

**Felipe Augusto Araujo Muniz**

*Aluno do 10º semestre do Curso de Direito da Faculdade Christus.  
Monitor de Filosofia do Direito e de Direito Constitucional I.*

1 Introdução 2 O desenvolvimento histórico do conceito 3 Normas material e formalmente constitucionais 4 Normas constitucionais extraconstitucionais: os tratados internacionais de direitos humanos 5 Constituição material e Constituição formal 6 Conclusão 7 Referência bibliográfica

### **Resumo**

Trata-se de um estudo que tem como objetivo principal analisar conceito de constituição à luz de sua evolução histórica. Tenta distinguir a ideia de normas material e formalmente constitucionais da ideia de constituição formal e constituição material. E focaliza a expansão da constituição promovida pelas normas de direito internacional.

### **Palavras-chave**

Constituição. Constituição material e formal. Normas material e formalmente constitucionais. Tratados internacionais de direitos humanos.

## 1 INTRODUÇÃO

O conceito de constituição, como qualquer conceito cultural, tem evoluído continuamente ao longo da história da sociedade e do pensamento ocidental. O objetivo do presente estudo é apresentar essa evolução desde a ideia de constituição como simples descrição política de uma sociedade até a constituição como comando normativo resultante dos movimentos hermenêuticos de um determinado povo, em determina época e lugar.

Os temas abordados orbitam em torno de um conceito central: a constituição. Suas derivações e conceitos afins precisam ser investigados minuciosamente, sobretudo por se tratar de um ramo da ciência jurídica que, estando inevitavelmente envolto por debates de cunho político, social, filosófico, acaba inspirando amplas discussões controversas. Ainda que este estudo não tenha a pretensão de dirimir os possíveis entendimentos divergentes acerca dos conceitos aqui tratados, pretende lançar luzes sobre eles de modo que possamos compreender um pouco melhor o fenômeno constitucional.

Para isso, será feita uma rápida introdução histórica do conceito de constituição, que servirá de alavanca para expor com maior cautela e precisão o exame das terminologias, de extrema importância à disciplina, aqui proposto. A seguir, tentaremos distinguir as normas materialmente constitucionais das normas formalmente constitucionais. Introduziremos o problema da expansão da constituição por meio dos tratados internacionais de direitos humanos, apresentando o seu fundamental papel às novas perspectivas e alcance das normas de natureza constitucional.

Por último, apresentaremos a distinção entre constituição material e constituição formal, como uma distinção que resulta de um processo hermenêutico, e suas implicações com os movimentos sociais, políticos e econômicos da nação, de modo a articular essas ideias com o próprio conceito de constituição.

## 2 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONCEITO

A Constituição, tal qual é conhecida hoje, com o *status* de a mais importante lei de um Estado, só surgiu no séc. XVIII, mais precisamente em 1787, com a Constituição norte-americana. Antes de existir no mundo jurídico, ela passou por um longo e lento processo histórico de evolução.

Na Grécia antiga, a noção que se tinha de Constituição pouco ou nada se relacionava com a ciência normativa. Estaria mais relacionada com a ciência política e a sociologia se tais ciências existissem naquele tempo. Em obras como *Política* do filósofo Aristóteles, a referência ao termo expressava o modo como o Estado se organizava, se estruturava, sem que, com isso, houvesse referência a qualquer aspecto normativo. A Constituição nada mais era que uma simples descrição da realidade político-social das Cidades-Estado.

A concepção de Constituição como lei que trata da organização do Estado e relaciona os direitos fundamentais apareceu na modernidade, a partir das revoluções políticas do século XVIII, como um ato de vontade, o supremo ato de vontade política de um povo.

No momento em que os países europeus, ainda em clima revolucionário, estavam no auge do civilismo, editando seus mais importantes diplomas legais, os Códigos Civis, os Estados Unidos da América estavam prestes a criar aquela que seria a sua maior contribuição jurídico-cultural à humanidade: a Constituição.

A interpretação do direito posto, à luz da Constituição, é, pois, característica histórica da experiência americana, que desde o início lhe atribuiu caráter de documento jurídico, ao contrário do modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político.

Dentre as grandes inovações que o recém-nascido constitucionalismo americano trouxe, além do fato de estar a



Constituição posta em um diploma legal escrito, destacam-se a afirmação do princípio da supremacia da Constituição sobre as leis (de fundamental importância ao surgimento do controle de constitucionalidade) e a garantia judicial dos direitos humanos.

O princípio da supremacia constitucional é de suma importância para garantir à Constituição sua posição hierárquica mais elevada no sistema, como fundamento de validade das demais normas. Assim, nenhuma lei ou ato normativo poderá subsistir validamente se em desconformidade com a Constituição.

[...] Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.<sup>1</sup>

Com efeito, é também a Constituição a norma responsável por proteger os direitos fundamentais, que se manifestam por valores materiais compartilhados pela sociedade os quais devem ser preservados das injunções estritamente políticas. Mas o que vem a ser a Constituição hoje? É meramente um documento escrito, a constituição folha-de-papel?

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p 41.

### 3 NORMAS MATERIAL E FORMALMENTE CONSTITUCIONAIS

Em primeiro lugar, antes de adentrarmos no conceito mesmo de constituição, convém distinguir entre normas materialmente e formalmente constitucionais, seja porque essa distinção ajudar-nos-á a apreender o próprio conceito de constituição, seja porque, não poucas vezes, o conceito de constituição é reduzido ao conceito de norma constitucional.

A distinção entre normas materialmente e normas formalmente constitucionais, de certo modo, é uma resposta à seguinte pergunta: para que serve a constituição? Ora, a constituição cristalizou-se historicamente como um documento escrito que tem por finalidade primeira (a) organizar e estruturar o Estado, limitando o seu poder por meio da divisão de funções entre órgãos diversos; (b) além de estabelecer o rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão. Organizar o Estado significa estabelecer competências e mecanismos de controles recíprocos com vistas a limitar o poder estatal, o que vimos chamando de separação de poderes.

A constituição presta-se, pois, para organizar e limitar o poder do Estado, seja por meio da divisão de poderes propriamente dita, seja por meio do rol das garantias e direitos fundamentais. Assim, as normas constitucionais por excelência, as chamadas normas materialmente constitucionais são aquelas que cumprem a função constitucional primeira, são aquelas que estabelecem (a) a organização e a estrutura do Estado, a competência e o funcionamento de seus órgãos e (b) os direitos e garantias fundamentais.

No momento mesmo da abolição do *Ancien Régime*, os revolucionários franceses chegaram a afirmar que “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, art. 16). Essas matérias, por serem consideradas

imprescindíveis em qualquer Constituição, são chamadas normas materialmente constitucionais.

Fenômeno posterior, denominado *constitucionalização do direito*, caracterizou-se pela incorporação à Constituição formal de inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais, até então considerados de valor jurídico-constitucional irrelevante. Segundo Luís Roberto Barroso, “trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988”.<sup>2</sup>

É perfeitamente compreensível que tenha ocorrido no Brasil um largo processo de constitucionalização do Direito. Os direitos que, após suprimidos (pelas ditaduras), retornam ao mundo jurídico (no processo de redemocratização), tendem a voltar com imensa força. Isso explica o porquê de nossa Constituição apresentar uma enorme gama de direitos que poderiam compor a legislação infraconstitucional, além de estarem alguns tantos envoltos por uma cláusula de imodificabilidade.

Essas normas, acrescentadas à Constituição formal por conveniência política, não consideradas matérias essencialmente constitucionais, são as denominadas normas formalmente constitucionais. Após inseridas no texto, embora não sejam matérias constitucionais por excelência, sob a ótica da teoria constitucional, passam a ser normas constitucionais como qualquer outra, devendo, portanto, receber o mesmo tratamento. Na prática, após inseridas no texto da Constituição, não há qualquer diferença entre uma norma material e uma formalmente constitucional, mas saber sua distinção é importante, sobretudo, para efeito de debates de cunho jurídico-doutrinário ou mesmo político.

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. In. Revista Opinião Jurídica. Ano III - nº 3, 2005. p. 220.

Existem, por exemplo, aqueles que afirmam que o fato de nossa Constituição ser extremamente dirigente acaba dificultando a governabilidade do Estado. Talvez por ser ela exemplo clássico de uma Constituição de Estado Social, que acaba entrando em confronto direto com as atuais tendências neoliberais. Na verdade, tal afirmação, muitas vezes, serve de pretexto para aqueles que, a todo tempo, querem emendar o texto constitucional, chegando inclusive a propor uma nova constituinte. É preciso criar, no Brasil, uma cultura de respeito à Constituição e aprender a trabalhar da melhor forma possível com as possibilidades interpretativas da Constituição que temos, emendando-a apenas quando realmente for inevitável.

#### **4 NORMAS CONSTITUCIONAIS EXTRACONSTITUCIONAIS: OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS**

Debate relevante diz respeito à natureza das normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais, ou seja, aquelas não previstas originariamente na Constituição Federal. Preconiza o § 2º do art. 5º da Constituição da República, de forma inovadora, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

É possível depreender desse dispositivo que o rol dos direitos humanos enumerados na Constituição não é taxativo. Assim, exemplo de normas materialmente constitucionais que não são formalmente constitucionais seriam as normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Apesar de não serem normas formalmente constitucionais, por não integrarem o texto constitucional, seriam normas materialmente constitucionais, tendo em vista a Constituição permitir uma abertura de todo o ordenamento jurídico nacional ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Esse dispositivo é, por isso,

chamado pela doutrina de *cláusula de expansão* dos direitos fundamentais. Convém ressaltar que não são todos os tratados internacionais que teriam *status* constitucional, mas apenas aqueles que versam sobre direitos humanos.

Vários são os autores internacionalistas afiliados a essa interpretação, que representa verdadeiro processo de constitucionalização do Direito Internacional, afirmando ter, todo tratado internacional que verse sobre direitos humanos, *status* material constitucional. Na lição de Flávia Piovesan,

[...] por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, a Carta de 1988 atribui aos tratados de internacionais a hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata.<sup>3</sup>

E ainda, Carlos Weis reforça,

[...] só a noção de que os direitos humanos são em essência constitucionais fornecem suporte à abertura da Constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direito materialmente fundamentais mas não formalmente [...].<sup>4</sup>

Segundo esse entendimento, as normas materialmente constitucionais são mais abrangentes que a Constituição formal. Elas compõem um conjunto de normas denominado de *bloco*

---

<sup>3</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 46.

<sup>4</sup> WEIS, Carlos. *Direitos Humanos contemporâneos*. Malheiros Editores, 2006. p. 28.

*de constitucionalidade*, ou seja, o catálogo de direitos e garantias fundamentais protegidos, capaz de gerar enorme repercussão em todo o ordenamento, pois teria aptidão para, inclusive, servir de parâmetro de controle de constitucionalidade.

Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal vinha entendendo, desde 1977<sup>5</sup>, que, independentemente da matéria envolvida, os tratados internacionais possuíam hierarquia infraconstitucional, em paridade com a legislação ordinária,<sup>6</sup> posição bastante criticada pela doutrina por permitir que lei ordinária revogasse tratado anterior, indiferente às consequências do descumprimento do tratado no plano internacional.

Em 2004, a EC nº 45 introduziu o §3º ao art. 5º, CR, estabelecendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Aparentemente, a intenção deste dispositivo era dirimir as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a hierarquia dos tratados internacionais. Entretanto, acabou gerando mais polêmica sobre a matéria, pois passaram a existir duas espécies de tratados de direitos humanos: os materialmente constitucionais, porém formalmente infraconstitucionais, com *status* de lei ordinária, e os material e formalmente constitucionais, equivalentes à emenda constitucional, após

---

<sup>5</sup> RE 80.004/1977.

<sup>6</sup> ADI 1480/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Publicada em 18.05.2001. Também neste sentido: “Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (...) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; (...)” - HC 73.044-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 19.03.96, DJU 20.09.96, p. 34.534.

passar pelo procedimento do §3º.

Recentemente, com nova composição dos Ministros, o Supremo Tribunal Federal vem gradativamente modificando seus entendimentos sobre o tema, acatando, aos poucos, a tese defendida há algum tempo pela doutrina internacionalista, que visa a preservar a máxima efetividade dos direitos fundamentais. Isso ocorre dentro das discussões levadas a cabo pelo Tribunal em julgados nos quais se discutem a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia, em que conflitam o inciso LXVII do art. 5º, CR e o art. 7º, VII do Pacto de São José da Costa Rica.

O Ministro Gilmar Mendes, ao proferir voto no RE 466.343, manifestou o entendimento no sentido de que os tratados de direitos humanos passam a ter *status* supralegal, acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição. Seguiram seu voto seis outros Ministros. Também o Ministro Celso de Mello, recentemente, no inédito julgamento do HC 87.585, modificou seu posicionamento anterior, reconhecendo que os tratados de direitos humanos se revestem de hierarquia constitucional, já tendo sido seu voto acompanhado por sete outros Ministros.

O Min. Celso de Mello, entretanto, também considerou, na linha do que exposto no voto do Min. Gilmar Mendes, que, desde a ratificação, pelo Brasil, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não haveria mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Contrapondo-se, por outro lado, ao Min. Gilmar Mendes no que respeita à atribuição de *status* supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos subscreitos pelo Brasil, afirmou terem estes hierarquia constitucional. No ponto, destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: 1)

os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o iter procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade. *RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 12.3.2008.*<sup>7</sup>

Apesar de terem se posicionado o Ministro Gilmar Mendes pela estranha figura da supralegalidade e o Ministro Celso de Mello pela constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, ambos convergem em um ponto: a superioridade dos tratados em relação às leis ordinárias, o que não deixa de ser um grande avanço da Suprema Corte brasileira.

## **5 CONSTITUIÇÃO MATERIAL E CONSTITUIÇÃO FORMAL**

Estabelecida a distinção entre normas formalmente constitucionais e normas materialmente constitucionais, podemos retomar nossa pergunta inicial: o que vem a ser

---

<sup>7</sup> Informativo nº 498, STF - Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 5. RE 466343/SP. [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).



constituição hoje? É o documento escrito que contém as normas? É a constituição folha-de-papel? Agora estaríamos tentados a responder que constituição é o conjunto de normas promulgadas pelo titular do poder constituinte que cuida da organização do Estado e estabelece o rol de direitos e garantias fundamentais.

A resposta, contudo, como vimos, não esgota a questão. Paralelamente às normas constitucionais formalmente inseridas no texto da constituição, passam a ganhar *status* de norma constitucional normas de direito internacional que não fazem parte do texto da constituição. Além disso, é preciso atentar que a constituição não se resume ao texto, mas vai além dele, embora seja por ele condicionada.

Tanto quanto distinguir entre normas material e formalmente constitucionais, devemos estabelecer a diferença entre a constituição material e a constituição formal. Não raras vezes, contudo, há certa confusão entre esses conceitos. Confunde-se constituição material com norma materialmente constituição, confunde-se constituição formal com normas formalmente constitucionais. Intentaremos separar essas noções.

O primeiro jurista a fazer a distinção entre os conceitos formal e material de Constituição foi Ferdinand Lassalle, em meados do séc. XIX, quando percebeu um distanciamento entre o que estava escrito na Constituição e o que realmente acontecia na sociedade. Buscando estabelecer a correlação que existia entre esses dois pontos, Lassalle proferiu, numa associação liberal-progressista em Berlim, sua tese, que fazia a distinção entre Constituição real e Constituição jurídica.

Lassalle foi aluno de Karl Marx e pode-se ver, por trás de seu conceito, a ideia marxista de intraestrutura e superestrutura. Para ele, as questões constitucionais não eram questões jurídicas, mas políticas. Isso porque, segundo ele, as relações fáticas de poder (militar, social, econômica) constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade.

Esses fatores reais do poder formam a Constituição real do país. Por outro lado, a Constituição jurídica não passa de um pedaço de papel que, na prática, terá de sucumbir diante das forças reais de poder dominantes no país.

Assim, o fundamento da Constituição jurídica, a força ativa que pode influir nas demais leis são os fatores reais de poder que regem uma determinada sociedade.

Onde a Constituição reflete os fatores reais e efetivos do poder, não pode existir um partido político que tenha por lema o respeito à Constituição, porque ela já é respeitada, é invulnerável. [...] E se isto não acontecer, se esse divorcio existir, a Constituição escrita está liquidada: não existe Deus nem força capaz de salvá-la.<sup>8</sup>

Podemos fazer uma primeira aproximação entre a constituição jurídica de Lassalle e o conceito de constituição material que pretendemos introduzir, e entre a constituição real de Lassalle e o conceito de constituição formal. Contudo e por óbvio, o Direito, enquanto ciência normativa, não se ocuparia de estudar a Constituição se ela se resumisse a um reflexo das relações sociais. Como adverte Konrad Hesse, a Constituição é, fundamentalmente, norma jurídica, constitui-se em um dever-ser

Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; diferencia-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política, enquanto ciência da realidade. Se as normas Constitucionais nada mais expressam do que as

---

<sup>8</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6ª ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2001. p. 39.

relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhes restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes. Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser.<sup>9</sup>

É evidente que a Constituição não configura apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser. A relação que existe entre a realidade sócio-política e a Constituição é uma relação de coordenação dialética. Condicionam-se mutuamente. A Constituição é, sem dúvida, influenciada pelas forças reais de poder, mas também ela procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

A Constituição é, portanto, um fenômeno de mão dupla entre o ser (*sein*) e o dever ser (*sollen*). A Constituição formal é aquele texto máximo de um determinado Estado que procura condicionar a sua realidade. Por outro lado, a influência político-social sobre este texto e, fundamentalmente, as interpretações do texto da constituição que resultam dessas influências, representam a Constituição material.

Em outras palavras, é formal a Constituição enquanto lei constitucional, consubstanciada na forma escrita, posta no papel, ao passo que a Constituição material é o sentimento que se faz

---

<sup>9</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre, 1997. p. 11.

desse texto no dia-a-dia, por meio de uma evolução histórica, é o resultado da interpretação do texto imposto pelos fatores reais de poder, é, enfim, a maneira como a sociedade efetiva realmente os direitos ali previstos.

A constituição material é, pois, a essência, a substância mesma da Constituição. Tome-se o seguinte exemplo: caso desaparecessem todas as Constituições brasileiras, todas as folhas de papel em que o texto constitucional está impresso, disso não decorreria que o Brasil não mais possuísse uma Constituição. A Constituição permaneceria em sua essência, na interpretação que a sociedade faz dela, como comando normativo vivo que regulamenta o funcionamento do Estado.

Nesse sentido, podemos afirmar que o texto da constituição, a constituição formal, é apenas a lembrança, o registro, a memória, do que a constituição deve de fato ser. A constituição material é o texto tal qual aplicado e interpretado pelos órgãos do Estado e por todos os atores sociais.

Na lição de Konrad Hesse, “[...] a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição”<sup>10</sup>. Poderíamos acrescentar que a interpretação da constituição é a constituição material, é a própria essência da constituição, o que vai além do texto. Metaforicamente, poder-se-ia dizer que a Constituição formal é a partitura musical e a Constituição material, a própria música enquanto tocada e escutada pelo corpo social.

A distinção entre os dois conceitos pode ser facilmente percebida quando a um mesmo texto, em épocas distintas, são dadas interpretações completamente diferentes, de acordo com o fluxo e refluxo dos movimentos sociais, econômicos, políticos, mas também de acordo com o pensamento filosófico e moral do tempo.

Recentemente (apenas no final do século passado), no

---

<sup>10</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre, 1991. p. 22-23.

estudo do Direito, foi abandonada a idéia de que ele se resume à lei. Essa mudança de paradigma, obviamente, não poderia ocorrer desvinculada da hermenêutica constitucional, que a cada dia ganha mais evidência no estudo do Direito. De acordo com essa nova hermenêutica, o texto constitucional não é a Constituição, mas apenas a linguagem que a expressa. A Constituição propriamente dita é a interpretação que se extrai do texto, o sentido que lhe é imprimido. Esta é a Constituição materialmente falando.

## 6 CONCLUSÃO

A Constituição, ao longo de um extenso processo político e jurídico-doutrinário, vem sofrendo paulatinas mudanças, que acabam tornando sua estrutura mais complexa. De simples constatação da realidade político-social das cidades-Estado, passando por um documento escrito, fruto apenas da soberania estatal, a Constituição ganhou novos contornos e se encontra agora inserida num sistema internacional, no qual representam normas constitucionais não só aquelas contidas no texto formal da Constituição, mas também outras, provenientes de tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja signatário.

O Direito Constitucional assume uma posição de indissociável interdisciplinaridade com o Direito Internacional, que quebra aquele paradigma da Constituição como fruto de uma soberania absoluta, para considerá-la elemento essencial do sistema mundial de proteção internacional dos direitos humanos.

A relativização da soberania nacional é um dos fundamentos desse sistema internacional, e, aos poucos, os constitucionalistas vão se rendendo a esta nova e inevitável tendência. Assim, as normas de direitos humanos internacionais, agora com o *status* de Lei Maior, se enraízam cada vez mais no ordenamento brasileiro, de forma a tornar o Estado brasileiro cada vez mais suscetível à supervisão internacional, e controle pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos em caso de descumprimento dos tratados assinados.

Com isso, a República Federativa do Brasil passa a estar

mais próxima de atingir seus objetivos perante as nações internacionais, preconizados no art. 4º, dentre os quais o de reger-se nas suas relações internacionais com prevalências dos direitos humanos, buscando a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Mas é preciso advertir que, embora a constituição seja condicionada pelo texto, inclusive textos de direito internacional, mas absolutamente não se resume a ele. A norma constitucional, resultado da interpretação do texto, é fruto de um conjunto de forças sociais, políticas, econômicas, bem como do pensamento filosófico de uma determinada época. O momento na história do constitucionalismo é de transição.

Se por um lado a constituição material encontra-se em um processo de expansão, caminhando para ampliar o catálogo de direitos e garantias fundamentais protegidos, chamado de bloco de constitucionalidade, por outro lado podemos também afirmar que essa expansão depende da interpretação que é dada ao texto constitucional pelo conjunto das forças e dos atores sócio-político-econômicos.

## 7 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª edição. Editora Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. In. Revista Opinião Jurídica. Ano III - nº 6, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª edição. Malheiros Editores, 2006.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Apontamentos sobre o (des)respeito à essência e à forma normativa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. In. Revista Opinião Jurídica. Ano II - nº 3, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: 05 de outubro de 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos**

- humanos**. 4ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Réquiem para uma Constituição**. In: FIOCCA, Demian & GRAU, Eros Roberto. Debate sobre a Constituição de 1988. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- DROBOWOLSKI, Sílvio. **Direitos Fundamentais - a cláusula de expansão do art. 5º, parágrafo 2º da Constituição de 1988**. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. nº 7, 2006.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.
- GONÇALVES, Flávio José Moreira. **Direito, Política e Constituição**. In: Revista Opinião Jurídica. Ano II - nº 3, 2004.
- GUERRA, Marcelo. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. Revista dos Tribunais, 2003.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1997.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. [Die normative Kraft der Verfassung] Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Potro Alegre, 1997.
- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. [Über die Verfassung] 6ª ed. Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2001.
- MACEDO, Dimas. **Princípios fundamentais da Constituição**. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. nº 1, 2003.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. Melhoramentos, 2001.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Humanos e Cidadania: à luz do Direito Internacional**. Campinas: Minelli, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Direito Internacional Público: parte geral**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª edição. Atlas Jurídico, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 2ª edição. Max Limonad. São Paulo, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- WEIS, Carlos. **Direitos Humanos contemporâneos**. Malheiros Editores, 2006.

## O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O APERFEIÇOAMENTO DA MAGISTRATURA NACIONAL

**Epitácio Quezado Cruz Junior**

*Especializado em Direito Processual Civil e em Direito*

*Processual Penal pela UFC/ESMEC.*

*Especializando em Direito Constitucional pela UVA/ESMEC.*

*Juiz de Direito de Entrância Intermediária, Titular da 4ª Vara  
da Comarca de Caucaia, Estado do Ceará.*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 As origens e a criação do Conselho Nacional de Justiça. 3 A estruturação, a composição e as atribuições do CNJ. 4 Resoluções do CNJ. 5 Conclusão. 6 Referências.

### RESUMO

O Conselho Nacional de Justiça e o Aperfeiçoamento da Magistratura. A criação do CNJ, sua estruturação, composição e as atribuições do órgão. A atuação do CNJ nos primeiros anos de instalação, e, especialmente, análise de algumas de suas Resoluções expedidas, que melhoraram o funcionamento da Justiça e aperfeiçoaram a magistratura brasileira.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Resoluções do CNJ. Aperfeiçoamento da Justiça e da Magistratura brasileira.

### 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda os primeiros anos de atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão integrante do Poder Judiciário, criado pela Emenda Constitucional nº 45/04, depois de tanta polêmica, inclusive sobre a sua constitucionalidade, que acabou sendo reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF).



Elaborado com base em pesquisas bibliográficas, busca analisar as atividades realizadas pelo CNJ, em prol da melhoria da prestação jurisdicional e do aperfeiçoamento da magistratura nacional, citando e comentando algumas das Resoluções que foram editadas pelo CNJ, nos quase quatro anos de instalação e funcionamento do Órgão.

Inicialmente, será analisado o contexto sócio-jurídico em que foi criado o CNJ, sua constitucionalidade, estruturação e composição, suas atribuições, traçando ligeiros comentários sobre algumas das Resoluções do CNJ que digam respeito, direta ou indiretamente, à magistratura nacional, ou que disciplinem sobre a atividade judicante em nosso País.

Citarei vários exemplos de ações do órgão que tem trabalhado sempre com a melhor das intenções, sendo responsável pelo fim de práticas condenáveis, como o nepotismo, não apenas no âmbito do Poder Judiciário, mas, também, de modo indireto, nos demais Poderes da República.

Mencionarei que em alguns casos, na ausência de leis que complementem as normas constitucionais sobre o Poder Judiciário, o CNJ tem agido não como órgão de planejamento ou de fiscalização dos atos administrativos e financeiros do Poder Judiciário, mas como autêntico legislador, em hipóteses que alguns magistrados e doutrinadores sustentam que deveria haver lei complementar disciplinando tais disposições constitucionais.

O intento do trabalho não é esmiuçar ou esgotar o assunto, sendo nossa pretensão, como dito acima, apenas colacionar aspectos doutrinários e jurisprudenciais sobre o CNJ e a atuação do órgão, com o intuito de tornar a Justiça mais ágil e acessiva ao povo.

## **2 AS ORIGENS E A CRIAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**

A ideia de um Conselho de Justiça, com a atribuição de exercer algum controle externo no Poder Judiciário não é nova,

remonta ao ano de 1883, na Itália, com a criação do Conselho da Magistratura italiano, depois a França instituiu o Conselho Superior da Magistratura na Constituição Francesa de 1946, e em seguida, Portugal e Espanha implantaram, também, os seus Conselhos de Justiça.

Em nosso País, a Emenda Constitucional 07/1975 instituiu o Conselho Nacional da Magistratura, incluindo tal Órgão como integrante do Judiciário no art. 112 da Constituição de 1967, e tinha um papel claramente correicional, provavelmente com a finalidade de censurar os magistrados que não simpatizavam com o regime militar autoritário, então vigente.

Ao ser promulgada, a Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã por Ulisses Guimarães, não manteve a existência de um controle do Poder Judiciário, garantindo o autogoverno dos tribunais, e consagrou, expressamente, inúmeros direitos e garantias individuais não contemplados na Carta Magna anterior, quando criou os Juizados Especiais e fortaleceu a instituição da Defensoria Pública, ampliando, sobretudo, o acesso à Justiça.

Essa ampliação do acesso à Justiça causou um grande aumento do número de novos processos, o que, somado ao sistema recursal pátrio - que prevê inúmeros recursos, tornando certos processos quase infundáveis -, ao insuficiente número de magistrados e à falta de uma ideal estrutura, física e de pessoal, surgiu um congestionamento de processos em vários Juízos e Tribunais no Brasil, gerando o que se convencionou chamar “morosidade da Justiça”.

Com essa morosidade e as atuações improbas, as decisões ilegais ou esdrúxulas de alguns integrantes da magistratura, noticiadas na mídia com frequência, instalou-se uma chamada “crise da Justiça”, até que se iniciou um movimento no início deste século XXI para se criar um Conselho, com competência para corrigir desvios e desmandos por parte de magistrados, e com o propósito de diminuir a falta de agilidade no julgamento de processos.

Estando o País em um regime democrático, vivenciando um Estado Democrático de Direito e, diante das falhas de alguns magistrados e do congestionamento de processos na Justiça, provocado pela explosão de litigiosidade depois que a Constituição de 1988 ampliou o acesso à Justiça, advogados representados pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), congressistas e uma parte dos integrantes da magistratura apoiaram um movimento que foi crescendo, até que em 2004, ocorreu a chamada Reforma do Judiciário, na qual foi promulgada a Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 45/04, a qual instituiu o CNJ no Brasil, como um Órgão do Poder Judiciário de natureza administrativa e não-jurisdicional, com atuação em todo o território nacional.

Consoante entendimento de Uadi Lammêgo Bulos:

a inserção do Conselho Nacional de Justiça no art. 92, inciso I-A, da Carta Maior foi inadequada, porque suas atribuições são exclusivamente administrativas, e não jurisdicionais, motivo pelo qual não se enquadra no organograma do Poder Judiciário.<sup>1</sup>

A aprovação de um Conselho de Justiça foi considerada, pela maioria dos juristas de renome, como mais uma conquista no processo democrático brasileiro, pois constituiu uma tentativa de melhorar o funcionamento do Poder Judiciário e de modernizar a gestão jurisdicional.

Após a criação do CNJ, foi levantada a sua inconstitucionalidade na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n<sup>o</sup> 3.367 movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), por suposta ofensa aos arts. 2<sup>o</sup>

---

<sup>1</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1089.

e 18 da CF/88 e por vício formal, e em 13/04/2005, o STF, unanimemente, rejeitou a alegação de vício formal, e quanto à matéria de fundo, por maioria, julgou improcedente o pedido, declarando constitucional o CNJ.

### **3 A ESTRUTURAÇÃO, A COMPOSIÇÃO E AS ATRIBUIÇÕES DO CNJ**

A sede do CNJ fica em Brasília/Distrito Federal, funcionando no edifício Anexo II do Supremo Tribunal Federal, Praça dos Três Poderes, e tem como órgãos: o Plenário, a Presidência, a Corregedoria, as Comissões e a Secretaria-Geral.

Preside o CNJ o Ministro do Supremo Tribunal Federal, que somente vota em caso de empate, e assim como o Ministro-Corregedor do CNJ, exercido por Ministro do Superior Tribunal de Justiça, fica excluído da distribuição de processos, competindo ao Corregedor: receber as reclamações e denúncias de qualquer interessado relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de Juízos ou Tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Diferencia-se o CNJ instituído pela Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 45/2004, do Conselho Nacional da Magistratura criado pela Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 07/1975, notadamente pela sua composição, pela indicação dos membros e por suas atribuições.

Era o Conselho Nacional da Magistratura composto apenas por integrantes do próprio Poder Judiciário, conforme noticia Ricardo Chimenti:

a Constituição Federal de 1967, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 07, de 13.04.1977, trazia o Conselho Nacional da Magistratura como órgão do Poder Judiciário. O órgão era composto por sete ministros do C.

Supremo Tribunal Federal, escolhidos pelos próprios ministros, e sua atribuição era nitidamente correccional dos atos praticados pelos Magistrados em geral (arts. 112 e 120 da CF/1967, na redação da EC 07/1977).<sup>2</sup>

Já o CNJ tem, em sua composição, pessoas estranhas ao quadro do Poder Judiciário, sendo composto por 15 (quinze) membros com mais de 35 anos e menos de 66 anos de idade, com mandato de 2 (dois) anos, sendo admitida uma recondução, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; um Desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um Juiz Estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um Desembargador de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um Juiz Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um Juiz do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; um membro do Ministério Público Estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República, dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois Advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos

---

<sup>2</sup> CHIMENTI, Ricardo Cunha. Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional n. 45/2004. In: LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12<sup>o</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 499.

Deputados e outro pelo Senado Federal.

Lecionando sobre os conselhos superiores de administração e de gestão das magistraturas de Portugal, que têm certa semelhança com o nosso CNJ, Canotilho afirma que:

a composição mista – membros democraticamente eleitos pela AR e membros eleitos pelas magistraturas – aponta no sentido de órgãos independentes de administração da justiça mas sem as características dos esquemas organizatórios da <<automovimentação corporativa>>, livres de qualquer ligação à representação democrática. Neste sentido se diz que eles <<legitimam>> a independência da magistratura furtando-a à <<opacidade corporativo-institucional>>. Por outro lado, a presença de um número significativo de magistrados impede qualquer tentativa de politicização de órgãos que pela sua própria razão de ser de destinam a assegurar a independência externa das magistraturas.<sup>3</sup>

Sem participarem como membros, oficiam necessariamente junto ao CNJ o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

Foi o CNJ instalado em 14 de junho de 2005, dentro do prazo de 180 dias da promulgação da Emenda 45/2004,<sup>4</sup> ocorrida em 08 de dezembro de 2004, com a solenidade de posse dos primeiros quinze membros.

É o CNJ órgão do Poder Judiciário,<sup>5</sup> sendo um “apêndice”

---

<sup>3</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. ***Direito Constitucional***. 7<sup>a</sup> edição, Coimbra: Almedina, 2003, p. 686.

<sup>4</sup> Tal prazo foi previsto no art. 5<sup>o</sup> da Emenda 45/2004.

<sup>5</sup> Conforme art. 92, I-A, da Constituição Federal.

do STF, e é responsável pelo planejamento e pela fiscalização administrativa e financeira do Judiciário, inspecionando os desvios funcionais de magistrados.

Para José Adércio Leite Sampaio, a “inexistência de autonomia orçamentária e financeira plena, eis que vinculado, sob tais aspectos, ao Supremo Tribunal Federal, retira a possibilidade de seu reconhecimento de órgão autônomo sem outro adjetivo”.<sup>6</sup>

Nos termos dos incisos do art. 103-B da Constituição, as atribuições do CNJ são: zelar pela autonomia do Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, expedindo atos regulamentares ou recomendando providências; zelar pela observância do art. 37 da CF e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; receber reclamações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e julgá-los, assegurada ampla defesa, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas; representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou abuso de autoridade; rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e

---

<sup>6</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 264.

membros de tribunais julgados há menos de um ano; elaborar e publicar semestralmente relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o país; e elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

De todas essas incumbências deveras relevantes, encarregadas pelo legislador constitucional derivado ao CNJ, vale realçar a elaboração do relatório anual, que se compara a uma radiografia do Poder Judiciário, mediante o qual se detectam deficiências e falhas que devem ser sanadas, e se estabelecem metas para a solução dos problemas verificados.

Não tem o CNJ competência para interferir em decisões judiciais, e nem poderia, pois, acaso pudesse, além de retirar a independência funcional do magistrado, ocorreria ofensa à cláusula pétrea que não permite a confusão de poderes, e ao princípio constitucional do juiz natural consagrado na Constituição.

A maior parte dos pedidos que chegam ao CNJ, segundo o professor de Direito Constitucional e membro do CNJ Joaquim Falcão, trata de representações feitas por partes sobre a morosidade de processos, pedindo providências, e em segundo lugar, são os pleitos formulados por membros da magistratura.

Existe também o delicado tema da politização interna do Judiciário. A experiência do Conselho Nacional de Justiça nesse setor é avassaladora. Sobretudo nos tribunais estaduais. Ainda que não se possa nem se deva generalizar esse aspecto como algo presente em todos os tribunais. Tais disputas têm dois eixos principais. Disputas intermagistrados, isto é, entre desembargadores e juízes de



primeira instância. E disputa intra-magistrados, ou seja, entre desembargadores entre si, e juízes entre si. Depois da morosidade, o maior número de processos que chega ao Conselho Nacional de Justiça é composto por demandas dos próprios magistrados e dizem respeito a disputas internas, se não de natureza *prima facie* políticas, de conseqüências inevitáveis para os múltiplos e mutantes grupos políticos.<sup>7</sup>

Além das atribuições conferidas pela Constituição Federal, o CNJ vem realizando, campanhas, estimulando o registro civil para os que não têm, incentivando a adoção, promovendo anualmente a semana da conciliação, ou seja, sempre primando pelo acesso efetivo à cidadania e à Justiça.

#### **4 RESOLUÇÕES DO CNJ**

Nos quase quatro anos de instalação, o CNJ já editou, até aqui, 84 (oitenta e quatro) Resoluções, das quais comentarei de forma sucinta, a seguir, as que considero principais no tocante à padronização de atividades e à moralidade do Poder Judiciário, bem como ao aperfeiçoamento da magistratura nacional.

##### **4.1 RESOLUÇÃO 03**

Editada no dia 16/08/2005, com base na ininterrupção dos serviços judiciários, determinada no inciso II do parágrafo 4º do art. 103-B da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004, a Resolução 03 do CNJ

---

<sup>7</sup> FALCÃO, Joaquim. **Revista Jurídica Consulex** – ano XII – n.º 287 – 31/12/2008, p. 41.

extinguiu as férias coletivas nos Juízos e Tribunais de Segundo Grau, que ocorriam nos meses de janeiro e julho de cada ano.

Antes da Resolução 03, nos aludidos meses somente eram praticados atos e apenas tramitavam regularmente os processos considerados urgentes nos termos da lei, e depois de sua vigência, os Juízos e Tribunais de Segundo Grau passaram a realizar audiências e sessões e a decidir todas as espécies de feitos, urgentes ou não, o que, indiscutivelmente, propiciou celeridade processual.

Embora o CNJ tenha extinguido as férias coletivas com a Resolução 03/05, foram mantidas as férias individuais dos magistrados, de trinta dias em cada semestre, e como somente os advogados ficaram sem um necessário período de descanso, posteriormente foi estabelecido um recesso nos Fóruns e Tribunais entre 20 de dezembro e 06 de janeiro, o que parece haver atendido ao anseio da classe dos advogados.

## **4.2 RESOLUÇÃO 06**

A Resolução 06, de 13/09/2005, dispõe sobre a aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º Grau, e a primeira mudança altamente positiva estabelecida na dita Resolução foi determinar, em seu art. 1º, que as promoções por merecimento de magistrados serão realizadas em sessão pública, em votação nominal, aberta e fundamentada.

Antes dessa Resolução, as sessões nos Tribunais em que ocorriam promoções não eram transparentes, eram secretas, fechadas e nem os próprios interessados poderiam estar presentes e acompanhar a votação.

Manteve a Resolução 06 a necessidade de dois anos de exercício na entrância ou no cargo e de integrar a primeira quinta parte da lista de antiguidade, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago, e também preservou a obrigatoriedade de promoção do juiz que figurar três vezes

consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento.

A outra alteração trazida pela Resolução 06, de grande importância para a independência da magistratura, foi estatuir que o merecimento será apurado e aferido conforme o desempenho e por critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição, e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento, estabelecendo tal Resolução o prazo de 120 (cento e vinte) dias para os Tribunais editar atos administrativos disciplinando a valoração objetiva dos referidos critérios.

#### **4.3 RESOLUÇÃO 07, COM AS ALTERAÇÕES DAS RESOLUÇÕES 09 E 21**

Com o intuito de combater o nepotismo no Poder Judiciário, e assegurar a aplicação dos princípios da moralidade, eficiência e impessoalidade constantes do art. 37 da CF/88, o CNJ baixou a Resolução 07, de 18/10/2005, vedando tal prática e especificando as hipóteses de nepotismo. Posteriormente, a mencionada Resolução foi alterada ou complementada pela 09, de 06/12/2005, e pela 21, de 29/08/2006.

Muitos consideravam que as hipóteses de nepotismo não poderiam ser estabelecidas por Resolução do CNJ, e que deveriam ser previstas em lei, porém, conforme lição do constitucionalista Alexandre de Moraes:

O Supremo Tribunal Federal, por ampla maioria (9 X 1), declarou a constitucionalidade da Resolução CNJ n<sup>o</sup> 07/05 (resolução anti-nepotismo), reconhecendo como competência constitucional do Conselho Nacional de Justiça o *poder normativo primário* no âmbito das matérias descritas

---

<sup>8</sup> MORAES, Alexandre de. ***Direito Constitucional***. 21<sup>a</sup> edição atualizada até a EC 53/06, São Paulo: Atlas, 2007, p. 502.

no parágrafo 4º, do art. 103-B, da Constituição Federal.<sup>8</sup>

Com essa decisão, foi também proibida nos Poderes Executivo e Legislativo a contratação de parentes até o terceiro grau, para os cargos de chefia, direção e assessoramento.

#### **4.4 Resolução 11**

Outra importante Resolução do CNJ importante para a magistratura nacional é a 11, de 31/01/2006, que impõe a necessidade de três anos de atividade jurídica para ingresso na carreira de juiz substituto, considerando como atividade jurídica aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito, bem como o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico, vedada contagem do estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à colação de grau.

Com a Resolução 11/2006, o CNJ prioriza a experiência do bacharel em Direito, pretendendo evitar que recém-formados, quase sem experiência na vida ou prática forense, ingressassem na magistratura, apenas com o mero exercício de um estágio.

Pedro Lenza entende que o tema deveria ser regulamentado, necessariamente, por lei complementar do Congresso Nacional, de iniciativa exclusiva do STF (competência reservada).<sup>9</sup>

#### **4.5 Resolução 34**

Disciplina a Resolução 34, de 24/04/2007, o exercício das atividades do magistério pelos integrantes da magistratura nacional, permitido pelo inciso I do parágrafo único do art. 95 da CF.

---

<sup>9</sup> LENZA, Pedro. op. cit., 2008, p. 504.

Veda a Resolução 34 aos magistrados da União e dos Estados o exercício, ainda que em disponibilidade, de outro cargo ou função, salvo o magistério, desde que haja compatibilidade entre os horários fixados para o expediente forense e para a atividade acadêmica, devidamente comprovada perante o Tribunal.

Permite a Resolução 34 o exercício de cargos ou funções de coordenação acadêmica, mas veda o desempenho de cargo ou função administrativa ou técnica em estabelecimento de ensino, salvo se exercidos em curso ou escola de aperfeiçoamento dos próprios Tribunais, de associações de classe ou de fundações estatutariamente vinculadas a esses órgãos e entidades.

Deve o magistrado que exercer qualquer atividade docente, inclusive em cursos preparatórios para ingresso em carreiras públicas e em cursos de pós-graduação, comunicar formalmente ao órgão competente do Tribunal, com a indicação do nome da instituição de ensino, da(s) disciplina(s) e dos horários das aulas que serão ministradas, e os Tribunais devem repassar referidos dados ao CNJ, encaminhando a relação nominal de magistrados que exercem a docência, sem prejuízo de outras informações.

#### **4.6 RESOLUÇÃO 36**

Com fundamento na exigência do art. 93, inciso XII, acrescentado pela EC 45/2004, de que atividade jurisdicional seja ininterrupta, assegurada pelo estabelecimento de plantões permanentes, o CNJ editou a Resolução 36, de 24/04/2007.

Referida Resolução, que não se aplica aos Tribunais Superiores, determina a regulamentação dos plantões judiciais implantados no âmbito de cada Tribunal, que deve observar certas regras mínimas, como o funcionamento em ambos os graus de jurisdição e em todos os períodos em que não haja expediente normal, assim alcançando feriados, fins de semana e dias úteis

fora do horário de atendimento ordinário.

Prescreve a Resolução do CNJ 36/2007 a prévia e periódica divulgação dos locais de funcionamento do plantão, da forma de acesso e contato com o plantonista, inclusive, com inserção nos sites dos Tribunais, e comunicação ao Ministério Público, OAB, Defensoria Pública, Secretaria de Segurança ou chefia das Polícias.

#### **4.7 RESOLUÇÃO 37**

Trata a Resolução 37, de 06/06/2007, da obrigatoriedade de os Tribunais regulamentarem os casos excepcionais de Juízes residirem fora das respectivas Comarcas, assinalando prazo de sessenta dias para os Tribunais editassem atos normativos regulamentando autorizações para tais casos excepcionais.

No país, nem todo Município oferece aos seus munícipes uma boa estrutura para se morar, no tocante à saúde, educação, lazer, e a sensação de insegurança é bem maior em Cidades pequenas, onde o policiamento geralmente é insuficiente, em comparação com outras Cidades de maior porte.

Assim, por esses e outros motivos, e desde que não cause prejuízo à efetiva prestação jurisdicional, é perfeitamente justificável que, em casos excepcionais, um magistrado resida fora do território da Comarca onde exerça as duas funções, para que tenha, juntamente com sua família, uma qualidade de vida necessária ao bom desempenho de suas atribuições.

Registra a Resolução do CNJ 37/2007, para o efetivo cumprimento do disposto no inciso VII do art. 93 da Constituição Federal, e no inciso V do art. 35 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN, que a residência de magistrado fora da Comarca, sem a autorização do respectivo Tribunal, caracteriza infração funcional, sujeita a procedimento administrativo disciplinar.

## **4.8 RESOLUÇÃO 52**

A Lei 6.454, de 24/10/1977, veda a atribuição de nome de pessoa viva a bem público, mas, por ser anterior à Constituição Federal de 1988, o CJN, com a competência atribuída no art. 103-B, parágrafo 4º, da CF, deu interpretação da referida norma conforme a Lei Maior, especialmente com o princípio da impessoalidade previsto no art. 37 da CF, editando a Resolução 52, de 08/04/2008, que proíbe, em todo o território nacional, atribuir nome de pessoa viva a bem público sob a administração do Poder Judiciário nacional, salvo se o homenageado for ex-integrante do Poder Público, e se encontre na inatividade, em face da aposentadoria decorrente de tempo de serviço ou a compulsória, e determina a adoção de providências dentro do prazo de sessenta dias, para a retirada de placas, letreiros ou outras referências aos nomes de pessoas que não se enquadrem na Resolução.

Ao fazer a ressalva de atribuições de nomes de pessoas vivas aposentadas a bens da Justiça, o CNJ considerou que o intuito do parágrafo 1º do art. 37 da Constituição Federal é o de evitar a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, de sorte que o regramento está vinculado à atividade, ao exercício de cargo ou função.

A ressalva feita pelo CNJ sobre a atribuição de nomes de aposentados a bem público, além de interpretar conforme a Constituição, deve ser louvada pela gratidão que se deve ter a muitos agentes políticos, que depois de saírem da atividade merecem ser homenageados ainda em vida, pelo que muito fizeram em prol da Justiça.

## **4.9 RESOLUÇÃO 60**

A Resolução 60, de 19/09/2008, instituiu o Código de Ética da Magistratura Nacional, levando em consideração que a adoção de tal Código é “instrumento essencial para os juízes

incrementarem a confiança da sociedade em sua autoridade moral”, “traduz compromisso institucional com a excelência na prestação do serviço público de distribuir Justiça e, assim, mecanismo para fortalecer a legitimidade do poder judiciário”, sendo “fundamental para a magistratura brasileira cultivar princípio éticos, pois lhe cabe também função educativa e exemplar de cidadania em face dos demais grupos sociais”.

Para instituir o Código de Ética da Magistratura Nacional - CEMAN, o CNJ levou, ainda, em conta que a Lei Complementar n.º 35/79 (LOMAN) veda ao magistrado “procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decore de suas funções” e comete-lhe o dever de “manter conduta irrepreensível na vida pública e particular”.<sup>10</sup>

Foi o CEMAN elaborado com base no Código Ibero-Americano de Ética Judicial do qual o Brasil faz parte, e a intenção do CNJ não foi instituir um Código de caráter repressivo, mas promover boas práticas de conduta profissional, que deverão ser seguidas por todos os magistrados brasileiros.

De acordo com o CEMAN, o exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos do citado Código e do Estatuto da Magistratura, norteados pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decore, impondo-se ao magistrado primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos, devendo a atividade judicial se desenvolver de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas.

Além dos princípios norteadores do CEMAN, outros devem balizar a conduta ética do magistrado, sendo aqui oportuno

---

<sup>10</sup> Arts. 35, inciso VIII, e 56, inciso II, da Lei Complementar 35/79.



transcrever lição do eminente Mestre e Desembargador Francisco de Assis Filgueiras Mendes:

De todo modo, para perseguir esse ideal ético-profissional, estou convicto de que cada ser-juiz precisa: abjurar a presunção de *divindade*, assumindo mais e mais, sua condição humana falível e limitada, mas capaz de plenificar-se e ultrapassar-se; assumir, a cada passo, o direito de sonhar e de ousar, fugindo à rigidez cartesiana, a fim de poder acompanhar as mutações da vida; cultivar a virtude da humildade, ciente da sua função de agente de um Poder cuja soberania deve ser devolvida ao destinatário, o povo; preservar e defender, interna e externamente, sua independência operacional; não olvidar que, em qualquer processo, circulam vidas, sangue, lágrimas, necessidades existenciais próprias das carências humanas, e isso determina que as decisões não sejam proferidas com *cinzéis e martelos*, como se fossem gravadas em *pedras graníticas*.<sup>11</sup>

Em que pese a boa redação do CEMAN, não poderia o CNJ instituir o Código de Ética da Magistratura Nacional, e ao instituí-lo, exorbitou de sua competência, pois citado Código deveria ser instituído por lei, e não por mera Resolução.

Para o diretor de direitos e prerrogativas da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – ANAMATRA, Marco

---

<sup>11</sup> MENDES, Francisco de Assis Filgueiras A ética na formação do magistrado. *Themis: revista da ESMEC*, v. 3, n. 1, Fortaleza: ESMEC, 2000, p. 199.

Antonio Freitas:

o estabelecimento de um código de ética demanda uma ampla discussão da sociedade, o que somente pode acontecer no âmbito do Congresso Nacional, mediante processo legislativo em que diversos setores sociais possam opinar.<sup>12</sup>

#### **4.10 RESOLUÇÃO 75**

Outra Resolução do CNJ que merece maior destaque para a magistratura é a 75, de 12/5/2009, que dispõe sobre os concursos públicos de provas e títulos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional, com o objetivo de regulamentar e uniformizar o procedimento e os critérios relacionados ao concurso.

Estabelece tal Resolução as etapas necessárias, inclusive, exame psicotécnico, bem como o programa, a classificação e média final, publicidade, a duração, o prazo de validade e o custeio do concurso.

Trata, ainda, a Resolução 75/2009 das Comissões de Concurso e Examinadora, dos recursos, inclusive da reserva de vagas para pessoas com deficiência.

### **5 CONCLUSÃO**

A atuação do CNJ, exercendo o controle do Poder Judiciário, não tem retirado e nem diminuído a independência dos magistrados, como muitos temiam antes de sua criação e implantação.

---

<sup>12</sup> Anamatra manifesta-se sobre o Código de Ética da Magistratura. Postado em 28/08/2008, Disponível em: [www.Anamatra9.org.br/archives/351](http://www.Anamatra9.org.br/archives/351). Acesso em 28 jul. 2009.

Pelo contrário, nos seus primeiros anos de existência, o CNJ tem garantido a indispensável independência para a magistratura nacional, e assegurado as prerrogativas dos magistrados, sendo inegável a sua contribuição para o aprimoramento do Poder Judiciário no Brasil.

Desde a sua criação, o CNJ tem trazido com a sua atuação inúmeros êxitos, e se continuará ou não o CNJ a aperfeiçoar a magistratura, só no futuro se saberá, mas os primeiros anos de existência do Órgão são promissores de que outras melhorias surgirão, e quem certamente ganhará com essas mudanças não será, apenas, a magistratura, mas, também, a sociedade.

Em alguns casos pontuais na sua atuação prática, o CNJ tem exorbitado sua competência, deixado sua natureza eminentemente administrativa, para exercer o papel de legislador, como no caso do Código de Ética da Magistratura Nacional e na Resolução que disciplinou a atividade jurídica de três anos, como requisito para ingresso na magistratura.

O caráter normativo que vem sendo atribuído às Resoluções do CNJ e a validade de Resoluções sobre matérias que devem ser tratadas por leis complementares são temas novos, que precisam ser analisados cuidadosamente, e somente depois que o STF sedimentar entendimento sobre esses assuntos, é que se poderá afirmar se o CNJ tem ou não se equivocado, naqueles casos referidos.

Vale lembrar que a Emenda Constitucional 45/2004 concedeu ao STF a palavra final, no tocante aos atos praticados pelo CNJ, inclusive, atribuindo-lhe o poder de revogar tais atos.

A intenção do CNJ, em todos os casos em que agiu, foi a melhor possível, e deve ser louvada por todos os operadores de Direitos. Mesmo assim, com o passar do tempo, espera-se uma diminuição ou o fim de casos em que o CNJ deixa de exercer as atribuições que lhe foram conferidas pelo legislador constitucional, para praticar tarefas conferidas ao Legislativo, e que jamais retire a independência do magistrado.

## 6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª edição, Coimbra: Edições Almedina, 2003.

FALCÃO, Joaquim. Uma nova lei orgânica da magistratura nacional. **Revista Jurídica Consulex**, ano XII, n.º 287, de 31/12/2008.

LENZA, Pedro, **Direito Constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Francisco de Assis Filgueiras. **A ética na formação do magistrado**. *Themis: revista da ESMEC*, v. 3, n. 1, Fortaleza: ESMEC, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª edição atualizada até a EC 53/06, São Paulo: Atlas, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. **O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.



## **A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA A PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO INADIMPLENTES, EM FACE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

**Bianca Sarquis Melo Amorim Tavares**

*Graduada em Pedagogia (1992.2) e em Direito (1996.2), pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Especialização em Processo Penal (2001), pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Especialização em Direito Processual Civil (2003), pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC); Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*

**Sumário.** Introdução. 1 Dos princípios informadores do Código de Defesa do Consumidor. 2 Fornecedor, consumidor, inadimplência e princípio da dignidade. 3 As pessoas jurídicas de direito público inadimplentes e a possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica. Considerações finais.

### **RESUMO**

O presente estudo versa sobre a possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica a pessoas jurídicas de direito público, em face do princípio da dignidade da pessoa humana. Faz-se um breve comentário acerca dos princípios informadores do Código de Defesa do Consumidor, bem como dos conceitos de fornecedor e consumidor, além de discorrer acerca da inadimplência e do princípio da dignidade para, em seguida, abordar o tema proposto, apresentando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais. Ao final, conclui-se que é possível, ao aplicador da lei, resguardar os interesses do prestador de serviços de fornecimento de energia elétrica sem, contudo, prejudicar os interesses da coletividade e da sociedade, observando não somente a legislação vigente, mas também, os princípios afetos à questão.

**Palavras-chave:** Energia Elétrica. Suspensão do Fornecimento. Pessoa Jurídica de Direito Público. Dignidade da Pessoa Humana.

## INTRODUÇÃO

Até há poucos anos, o Poder Público era o único responsável pela prestação de serviços essenciais à coletividade, tais como telefonia fixa, água e energia elétrica. Não obstante, em tempos mais recentes o Governo brasileiro adotou a ideia das privatizações e, nesse contexto, vários segmentos do serviço público foram privatizados, inclusive aqueles caracterizados como essenciais, ficando reservado ao Governo o poder de fiscalizar a prestação de tais serviços.

Efetivadas, pois, as privatizações na quase totalidade dos serviços prestados por parte dos Poderes Públicos municipais, estaduais e federais, não demorou muito até que surgissem grandes problemas no relacionamento entre fornecedores e os então chamados consumidores, porquanto as referidas privatizações colocaram essas duas figuras em partes contrapostas de uma genuína relação de consumo, nas quais o fornecedor é a parte que visa aos seus interesses particulares de lucro, e o consumidor é a parte vulnerável e, no mais das vezes, hipossuficiente.

Não bastasse isso, o que se pode sentir é uma certa dificuldade do Governo (seja municipal, estadual ou federal) em fiscalizar a prestação de tais serviços, considerando, ainda, as hipóteses em que o fornecedor está autorizado a realizar cortes no fornecimento, observando não apenas a legislação em vigor, mas, sobretudo, contrapondo-as com os princípios jurídicos afetos à matéria.

Ante essa inércia, os fornecedores se sentem livres para, conforme a conveniência de seus interesses e, usando de autotutela, suspender o fornecimento do serviço a quem quer que seja, inclusive a pessoas jurídicas de direito público prestadores de serviços à coletividade, fato este que, não raras vezes, produz

graves prejuízos a esta mesma coletividade, bem como pode até atentar contra a vida de pessoas.

Acrescente-se, ainda, o problema que representa a busca da solução de tais conflitos de interesses no Judiciário, haja vista a burocracia peculiar não só a este, mas aos demais Poderes e setores da Administração Pública, em todas as esferas.

Nesse contexto, o presente estudo justifica-se no sentido de mostrar que existem meios de a concessionária/fornecedora de energia elétrica ser resguardada dos seus direitos de receber seus créditos ou mesmo de cobrar/suspender a prestação de seus serviços sem, contudo, usar de “autotutela” e, conseqüentemente, afrontar princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, o da continuidade dos serviços públicos e o da legalidade.

Noutros termos, esta pesquisa justifica-se, também, no interesse de mostrar que o Judiciário quando acionado para resolver litígios dessa natureza, pode fazer – conforme anteriormente mencionado – aquilo que a concessionária/fornecedor não fez, ou seja, aplicar a lei, resguardando tanto os interesses deste como os interesses da coletividade e da Administração Pública, representada por suas pessoas jurídicas de direito público.

A presente pesquisa objetiva, de forma geral, analisar a possibilidade de corte do fornecimento de energia elétrica para pessoas jurídicas de direito público e, especificamente, pretende apresentar considerações gerais acerca das figuras do fornecedor, do consumidor, da inadimplência e dos princípios orientadores do direito do consumidor, tudo em contraponto com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, pois, serão abordados os princípios que orientam o Estatuto Consumidor, a conceituação e principais características do fornecedor de bens e serviços e do consumidor. Busca-se, ainda, identificar a inter-relação existente entre os princípios do referido Estatuto com o princípio da dignidade da pessoa humana para, então, analisá-los conjuntamente em face da hipótese de suspensão de fornecimento de energia elétrica



para pessoas jurídicas de direito público, prestadoras de serviços à comunidade, valendo-se, para tanto, da metodologia de revisão bibliográfica, especialmente das obras de José Fernando Simão (2003), Cláudia Lima Marques (2004), José Gerardo Brito Filomeno (2001), entre outros, recorreremos também a julgados dos Tribunais Superiores quanto à matéria.

## **1 DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Antes de examinar os princípios informadores das relações consumeiristas, cumpre fazer uma breve diferenciação acerca do que vem a ser normas, regras e princípios, contudo, sem adentrar em eventuais debates doutrinários. Nesse sentido, – e juridicamente considerada – Reale (2002, p. 93) compreende a norma como “[...] um elemento constitutivo do Direito, como que a célula do organismo jurídico”.

De acordo com Vasconcelos (1993), a norma é, antes de tudo, norma ética e, em sendo norma jurídica, cuida de disciplinar os modos de conduta convenientes ao convívio social, caracterizando-se como expressão formal do Direito. Destarte, o conjunto das normas jurídicas formará o ordenamento jurídico, enunciando e veiculando o Direito, bem como delimitando interesses, fixando o limite entre o direito e o não-direito e obrigando mutuamente os atores sociais.

Quanto às regras, estas se afiguram como padrões de comportamento, servindo como verdadeiras guias viabilizadoras da vida em sociedade, já que são impostas aos atores sociais, em benefício deles próprios, pelo menos em tese. Fazendo uma analogia entre normas e regras, Gomes (2005) leciona que o Direito se expressa por meio de normas, as quais, por seu turno, traduzem-se por meio de regras ou princípios. Em sendo assim, as regras disciplinam situações específicas que, vindo a ocorrer, sofrerão a incidência da norma. Há de se considerar, pois, que para cada caso concreto há somente uma regra aplicável; portanto, havendo colisão, ou seja, conflito entre regras, deve-se resolver o

conflito pelos meios clássicos de interpretação, de modo que, em regra – e a título de exemplo – uma lei especial derroga lei geral ou lei posterior afasta a vigência da lei anterior.

Em se tratando dos princípios, Bonavides (2003) afirma que estes podem ser compreendidos como tipos específicos de normas e caracterizados pela relevância de seu valor no ordenamento jurídico. Além disso, possuem poder normativo e cogência, bem como funções integrativas, interpretativas, diretivas, fundamentadoras e limitativas.

Noutros termos, Mello (2001, p. 545-546) assevera que os princípios consistem, por definição, em

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

O ordenamento jurídico brasileiro, pois, tem sua base na Constituição Federal, a qual se constitui como fonte primária de onde derivam todos os deveres, direitos e garantias dos integrantes de uma sociedade, contemplando princípios supremos, cujo

objetivo principal é resguardar os direitos dos cidadãos. Justamente por isso, deve refletir os anseios sociais, a fim de assegurar a efetividade dos direitos ali elencados, promovendo, portanto, pelo menos o mínimo de justiça social.

Considerando, pois, os direitos e princípios consumeiristas, estes também encontram sua fundamentação na Constituição Federal, sendo as demais disposições contempladas na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, denominada Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Destarte, há que se fazer uma breve abordagem acerca dos mais importantes princípios norteadores das relações de consumo, conforme segue.

Primeiramente, há de se falar no princípio da vulnerabilidade do consumidor, cujo teor se encontra na inteligência do art. 4º, I e II, do CDC. Nesse sentido, leciona Simonetti (2007) que, por tal princípio, o sistema jurídico reconhece a fragilidade de determinados participantes das relações jurídico-sociais, a exemplo do consumidor, necessitando, por isso, de ações governamentais no sentido de harmonizar e equilibrar as referidas relações, *in casu*, de consumo. Ressalte-se, pois, sem qualquer condicionante, que onde houver uma relação de consumo, o consumidor será tido como a parte mais fraca. O princípio da vulnerabilidade do consumidor age, pois, como um “termômetro” das políticas de relações de consumo.

No mesmo art. 4º do CDC, incisos II, VI e VII, encontra-se, também, o princípio do dever constitucional, cuja interpretação aponta para duas características: a primeira relacionada à responsabilidade advinda do fornecedor em face do consumidor, independente de ser esta pessoa natural ou pessoa jurídica; e a segunda, configurada naquilo que vem a ser o princípio do dever governamental, pelo qual o Estado se obriga a propagar as devidas ações em prol da proteção das relações entre consumidores e fornecedores.

Há de se destacar, também, o princípio da garantia de adequação – previsto no *caput* do art. 4º do CDC – pelo qual se verifica a necessidade de adaptar as mercadorias e os serviços

criados aos preceitos estabelecidos dentro de padrões de qualidade e de segurança amplamente reconhecidos. Destarte, observa Amaral (2001) que o princípio em comento consiste no direito (inerente ao consumidor) à perfeita adequação dos produtos e serviços ao binômio da segurança/qualidade, tornando-se, sua observância, dever dos fornecedores, bem como do Estado, tendo em vista sua função fiscalizadora.

Princípio bastante conhecido é o da boa-fé nas relações de consumo, cuja previsão se encontra em mais de uma das disposições legais do CDC, dentre as quais se destacam o art. 4º, III e o art. 51, IV. De acordo com Khouri (2005) a boa-fé não é, apenas, aquela de ordem subjetiva – ou seja, o estado de consciência, o convencimento individual de agir conforme o direito – mas, sobretudo, a boa-fé objetiva, pela qual os agentes da relação de consumo devem estar predispostos a atuar com honestidade e firmeza de propósito.

Como corolário do princípio da boa-fé, aparece o princípio da transparência, pelo qual, segundo Coelho (1996, p. 45), “[...] não basta ao empresário se abster de falsear a verdade, deve ele transmitir ao consumidor em potencial todas as informações indispensáveis à decisão de consumir ou não o fornecimento”.

No Estatuto Consumista, o princípio da transparência também fundamenta outro direito-princípio, qual seja o da informação, que está presente nos arts. 4º, *caput*, 6º, III, 8º, *caput*, 31, 37, § 3º, 46 e 54, §§ 3º e 4º, assegurando, ao consumidor, a plena ciência da exata extensão das obrigações assumidas perante o fornecedor.

De forma clara, Marques (2004, p. 599) resume os reflexos do princípio da informação nas relações de consumo, da seguinte forma:

[...] o novo dever de informar o consumidor, seja através da oferta, clara e correta (leia-se, aqui, publicidade ou qualquer outra informação suficiente, art. 30) sobre as qualidades do produto e as condições do contrato, sob pena de o fornecedor

responder pela falha da informação (art. 20), ou ser forçado a cumprir a oferta nos termos em que foi feita (art. 35); seja através do próprio texto do contrato, pois, pelo art. 46, o contrato deve ser redigido de maneira clara, em especial os contratos pré-elaborados unilateralmente (art. 54, § 3º), devendo o fornecedor 'dar oportunidade ao consumidor' conhecer o conteúdo das obrigações que assume, sob pena do contrato, por decisão judicial, não obrigar o consumidor, mesmo se devidamente formalizado.

Importa analisar, ainda, os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade. Nesse contexto, o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF/88) consiste na igualdade perante a lei, de modo a se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais e, *in casu*, considerando o consumidor a parte hipossuficiente da relação de consumo. Mais ainda, há de se ter em mente que tal princípio, no âmbito consumerista, foi materializado como o princípio da vulnerabilidade do consumidor.

Destarte, Almeida (1992, p. 18), faz a seguinte consideração:

É facilmente reconhecível que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo. Para satisfazer suas necessidades de consumo é inevitável que ele compareça ao mercado e, nessas ocasiões, submeta-se às condições que lhe são impostas pela outra parte, o fornecedor.

Quanto aos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade, estes, conjuntamente analisados no contexto das relações de consumo, contemplam estreita relação entre si, porquanto, aplicam-se à preservação do direito de escolha dos indivíduos. Destarte, o primeiro consagra que todos, independente de estarem adimplentes ou não, devem ser tratados da mesma forma; o segundo protege o primeiro, concedendo ao consumidor o direito de realizar suas ações sem obstáculos, ou seja, mantém-

se aqui a ideia de que nada deve intervir na liberdade humana, pois todos os cidadãos devem ser tratados com respeito e dignidade, mormente em virtude de se viver num Estado Democrático de Direito.

Ainda em referência à Carta Magna, o artigo 175 dispõe sobre a obrigação da prestação dos serviços públicos, e, nessa oportunidade, há que se aludir ao princípio da continuidade do serviço público. Acerca do assunto, Di Pietro (2006, p. 74) afirma o seguinte:

Por esse princípio entende-se que o serviço público, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar. Dele decorrem conseqüências importantes: 1) a proibição de greve nos serviços públicos (...); 2) necessidade de institutos como a suplência, a delegação e a substituição para preencher as funções públicas temporariamente vagas; 3) a impossibilidade, para quem contrata com a administração, de invocar a *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos que tenham por objeto a execução de serviço público; 4) a faculdade que se reconhece à Administração de utilizar os equipamentos e instalações da empresa que com ela contrata, para assegurar a continuidade do serviço; 5) com o mesmo objetivo, a possibilidade de encampação da concessão de serviço público.

Nos contratos de Direito Privado que são devidamente celebrados pela Administração Pública, o princípio da continuidade do serviço público em conformidade com o artigo 22 do CDC, determina apenas os serviços e atividades essenciais que encontram-se presentes no rol do artigo 10 da Lei de Greve (Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989).

Ademais, importa registrar que a própria regra do art. 22 do CDC cuida de assegurar a continuidade dos serviços essenciais, ao estabelecer que “[...] os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

## **2 FORNECEDOR, CONSUMIDOR, INADIMPLÊNCIA E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE**

É sabido que as relações de consumo – nascidas da necessidade humana – são constituídas por duas partes bem definidas, a saber: o consumidor (adquirente de produtos e/ou serviços) e o fornecedor desses mesmos produtos ou serviços, ambos detentores de direitos e obrigações simultâneas.

Conforme o art. 3º do CDC, fornecedor é, *in verbis*:

Toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Destarte, a doutrina pátria entende como fornecedor todo aquele que, a título singular, mediante a realização de uma atividade civil ou mercantil, oferece produtos ou serviços à comunidade, portanto, não necessariamente uma pessoa jurídica de fato, tal como abaixo se esclarece:

A natureza da atividade do fornecedor de produtos é detalhada pelo dispositivo de lei que, minuciosamente, descreve suas condutas. Tratam-se de condutas referentes a atividades

evidentemente profissionais. Já com relação aos *serviços*, a lei optou por uma forma concisa, apenas indicando, nos § 2º do art. 30, que serviço é a atividade *remunerada*. Assim, independente da qualidade do que presta o serviço – profissional ou não – havendo remuneração e habitualidade, o Código de Defesa do Consumidor o considera fornecedor e, a relação, de consumo. A intenção do legislador foi, certamente, possibilitar a inclusão do maior número possível de prestadores de serviços no conceito de fornecedores, os quais, portanto, terão suas relações reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor (grifo original) (SIMÃO, 2003, p. 38).

Nesse contexto, o art. 12 do CDC informa que os fornecedores, tanto de produtos como de serviços, respondem objetivamente, isto é, independente de culpa, pelos danos causados aos consumidores. Abra-se um parêntese, então, para registrar que, de acordo com a regra do art. 3º da mesma lei, os entes de direito público, prestadores de serviços básicos à sociedade, tais como energia elétrica, água e esgoto, telefonia, dentre outros, também são considerados como fornecedores.

Por outro lado, o consumidor é definido no *caput* do art. 2º do CDC como sendo toda pessoa natural ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço. Entretanto, Filomeno (2001) observa o fato de o conceito de consumidor, adotado pelo Código, revelou caráter exclusivamente econômico, haja vista ter considerado tão somente o personagem que, no mercado de consumo, adquire bens ou mesmo contrata a prestação de serviços, na qualidade de destinatário final, pressupondo-se que assim age, visando ao atendimento de uma necessidade própria, e não para o desenvolvimento de qualquer outra atividade negocial.

Nesse contexto, o mesmo autor apresenta um conceito mais abrangente, entendendo o consumidor sob três aspectos diferentes, de modo que pelo



[...] ponto de vista econômico, consumidor é considerado todo indivíduo que se faz destinatário da produção de bens, seja ele ou não adquirente, e seja ou não, a seu turno, também produtor de outros bens. Do ponto de vista psicológico, considera-se consumidor o sujeito sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizar os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo. Nesse aspecto, pois, perscruta-se das circunstâncias subjetivas que levam determinado indivíduo ou grupo de indivíduos a ter preferência por este ou aquele tipo de produto ou serviço. Já do ponto de vista sociológico é considerado consumidor qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços, mas pertencente a uma determinada categoria ou classe social (FILOMENO, 2001, p. 32-33).

Ademais, importa ter em mente o fato de a doutrina apresentar certa divergência no tocante à definição do que vem a ser consumidor, pois uma parte entende como tal somente os destinatários finais do bem ou serviço (são estes os finalistas); e outra parte considera não apenas os destinatários finais, mas qualquer um que retire o produto ou serviço do mercado para consumi-lo (são estes os maximalistas). Abra-se um parêntese, porém, para lembrar a regra do parágrafo único do art. 2º do CDC, pela qual a coletividade de pessoas, embora indeterminável, que haja intervindo nas relações de consumo, equipara-se ao consumidor.

Assim, Marques (2004, p. 67-69) anota que, para os finalistas,

[...] a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações

contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão 'destinatário final' do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º.

Noutras palavras, segundo os finalistas, o Código de Defesa do Consumidor só deve proteger, efetivamente, o consumidor que necessita de proteção em virtude de seu estado de vulnerabilidade frente ao fornecedor. Em sentido contrário, Simão (2003, p. 31) observa que, para os maximalistas,

[...] o Código de Defesa do Consumidor é um código geral sobre o consumo e a expressão *destinatário final* deve ser interpretada da maneira mais extensiva possível, possibilitando a aplicação do Código a um número cada vez maior de relações jurídicas, diminuindo, portanto, sensivelmente, as relações de direito comum abrangidas pelo Código Civil e demais diplomas. Para adeptos dessa teoria, a objetividade da expressão seria pura, ou seja, bastaria retirar o produto do mercado e consumi-lo para que estivéssemos diante de um consumidor. Pouco interessaria se aquele que retirou o produto do mercado o utilizou como matéria-prima em sua linha de produção, auferindo lucros com tal operação (grifo original).

Não obstante, há de se destacar o fato de a vulnerabilidade e a hipossuficiência se afigurarem como circunstâncias distintas, porquanto, conforme Simão (2003), a primeira é inerente a todos os consumidores em uma relação de consumo, enquanto a segunda enseja a inversão do ônus da prova e se refere a determinados consumidores.

Noutros termos, tal circunstância significa dizer que a hipossuficiência é característica inerente e restrita a determinados grupos de consumidores, os quais são presumivelmente vulneráveis e, além disso, podem ter agravada a referida situação em virtude de sua condição individual de carência cultural e/ou material. Por outro lado, a vulnerabilidade é uma característica universal, inerente a todos os consumidores, sejam eles ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos.

Diante dessas considerações, faz-se oportuno registrar a questão da adimplência/inadimplência, no sentido de afirmar que consumidor adimplente é aquele cujos compromissos contratuais com o fornecedor estão “em dia”; e inadimplente é aquele que, independente ou não de sua vontade, não cumpriu ou não cumpre com seus compromissos, *in casu*, notadamente compromissos financeiros.

Por via de consequência, acrescente-se, ainda, que a eventual situação de inadimplência do consumidor não retira dele todos os seus direitos, tampouco concede ao fornecedor o direito de lhe cobrar a dívida de forma constrangedora ou em contraposição com o princípio da dignidade da pessoa humana. Destarte, o comando estabelecido no art. 42 do CDC informa, *in verbis*, que: “Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”.

Mais ainda, o art. 71 do Estatuto Consumeirista protege o consumidor, aplicando ao fornecedor pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa, caso este venha, *in verbis*, a

*Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer: Pena - detenção de três meses a um ano e multa.*

Em sendo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 5º, III da Constituição Federal, informa que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Logicamente, e à luz do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, o referido princípio tem amplo alcance e, no contexto da presente pesquisa, significa exatamente que, não obstante a situação de inadimplência do consumidor, este não poderá sofrer, por intermédio dos meios de cobranças do fornecedor, qualquer espécie de abuso, tal como dispõe a regra do art. 71 do CDC, acima citado, para que, então, venha a saldar suas dívidas. O consumidor tampouco poderá ter o seu nome incluso em cadastros como SPC e SERASA, sem o prévio aviso e oportunidade para negociação da dívida.

O princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, é totalmente aplicável às relações de consumo, porquanto não são poucas as situações nas quais o consumidor se depara com constrangimentos que maculam sua dignidade ou mesmo, em casos extremos, acarretam prejuízos a vida humana, como, por exemplo, o corte de energia elétrica de local no qual se encontre pessoa que esteja respirando com ajuda de aparelhos. Caso como esse, inclusive, aconteceu no próprio Estado de Ceará.

Destarte, a análise que se faz a seguir aborda, especificamente, a possibilidade ou não de suspensão do fornecimento de energia elétrica a pessoas jurídicas de direito público inadimplentes, em face da aplicação analógica do princípio da dignidade da pessoa humana.

### **3 AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO INADIMPLENTES E A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA EM FACE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Serviços como água, telefonia fixa e energia elétrica, consoante a regra do art. 22 do CDC, são considerados essenciais e, por isso, subordinam-se ao princípio da continuidade. Tratando-se, especificamente, dos serviços de fornecimento/consumo de

energia elétrica, Volpe Filho (2003) acrescenta que os próprios legisladores, afeitos ao seu caráter de indisponibilidade, elencaram a energia elétrica no rol de serviços essenciais, tal como disposto na Lei n.º 7.783/89, bem como em outras portarias ministeriais.

Ademais, afirma o mesmo autor que a Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, por meio da Portaria n.º 03, de 19 de março de 1999, determinou o reconhecimento dos serviços de telefonia fixa, fornecimento/consumo de água e de energia elétrica como essenciais à dignidade humana, por se configurarem como formas básicas de manter a qualidade de vida e bem-estar do homem.

Considerando, pois, a essencialidade do serviço de fornecimento/consumo de energia elétrica, este deverá ser mantido, bem como obstada a sua suspensão, mesmo em face da inadimplência do consumidor, não obstante a previsão contemplada no art. 6º, § 3º, II da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 – cujo teor prevê a possibilidade de corte do fornecimento em razão de inadimplência –, porquanto, como anota Martins (2001), tal prática se afigura abusiva, conforme disciplina o Estatuto Consumista, o qual prevalece sobre aquela lei, mesmo sendo anterior àquela lei, tendo em vista o princípio da proibição do retrocesso. Outrossim, configura atentado aos princípios constitucionais que visem a proteger a dignidade humana.

Assim, também, posiciona-se Coutinho (2006), ao afirmar que a responsabilidade patrimonial, no ordenamento jurídico pátrio, deve incidir sobre o patrimônio do devedor, e não sobre sua pessoa. Portanto, o corte de fornecimento de energia elétrica como meio de coagir o consumidor a pagar seus débitos, caracteriza-se como prática abusiva da parte das concessionárias desses serviços.

Pelo que já foi até aqui exposto, é de se perceber que o fato de a suspensão do fornecimento de energia elétrica ao consumidor inadimplente fere os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, pois atribui ao fornecedor excessiva vantagem (autotutela) sobre o consumidor (parte vulnerável da relação de consumo). Assim, pois, se posiciona o STJ:

O corte no fornecimento de energia elétrica, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e malfere a cláusula pétrea que tutela a dignidade humana. (Precedentes do STJ. AgRg no AG 478911 / RJ. Relator Ministro LUIZ FUX, publicado em DJ 19.05.2003 p. 144).

Importa ter em mente, portanto, o fato de os contratos com a Administração Pública, serem, em regra, marcados pela prevalência do interesse público e, logicamente, com notáveis privilégios para o ente público que a constitui, sendo regidos pelo Direito Administrativo (Direito Público). Todavia, o mesmo não ocorre em relação aos contratos de fornecimento de energia elétrica, cujas regras orientadoras permanecem sendo aquelas do âmbito do direito privado.

Nesse sentido, Pereira Neto (2007) observa que os contratos de fornecimento de energia elétrica, celebrados com a Administração Pública, caracterizam-se como contratos de direito privado, porquanto, nestas circunstâncias, o ente público, dotado de prerrogativas inerentes à sua natureza jurídica, sai de cena, dando lugar a um ente como que de direito privado fosse e, assim, sem as aludidas prerrogativas, próprias dos negócios jurídicos bilaterais de Direito Público.

Por conseguinte, os mencionados contratos estabelecem verdadeiras relações de consumo, já que não afastam a hipótese de as pessoas jurídicas de direito público serem enquadradas como consumidoras e, portanto, sendo regidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Considerando, pois, o fato de a energia elétrica ser um serviço essencial, e sendo o consumidor um ente público, prestador de serviços à comunidade, a interrupção de tal serviço pode causar sérios prejuízos à coletividade. Ademais, no plano jurídico, ferem-se os princípios da continuidade do serviço público (por considerarem os interesses da concessionária do serviço, em detrimento do interesse coletivo) e o da dignidade da pessoa

humana, pois, suspendendo-se o fornecimento do serviço para o ente público, afeta-se, inevitavelmente, a coletividade que dele necessita, ou seja, os cidadãos individualmente identificados.

Apesar de a jurisprudência dos Tribunais, inclusive do STJ, manifestar posicionamentos no sentido de aceitar como legítima a possibilidade de suspensão de fornecimento de energia elétrica aos consumidores inadimplentes, essa mesma Corte, através de alguns de seus Ministros, a exemplo de Luiz Fux, também se manifesta em sentido contrário, em determinadas situações, conforme abaixo se lê:

**ADMINISTRATIVO. CORTE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. RECONHECIMENTO, PELO MUNICÍPIO, DA INADIMPLÊNCIA DO PAGAMENTO DA TARIFA RELATIVA À ILUMINAÇÃO PÚBLICA. “UNIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS”. ILEGALIDADE. SEGURANÇA PÚBLICA. INTERESSE DA COLETIVIDADE. GARANTIA. PRINCÍPIOS DA ESSENCIALIDADE E CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. OBSERVÂNCIA.**

1. A Corte Especial, no julgamento do AgRg na SS 1497/RJ, perfilhou o entendimento de que:

“AGRAVO REGIMENTAL - SUSPENSÃO - DEFERIMENTO - FORNECIMENTO DE ENERGIA - CORTE POR INADIMPLÊNCIA - MUNICÍPIO - POSSIBILIDADE. 2. (...) 3.

A Lei de Concessões, entretanto, estabelece que é possível o corte desde que considerado o interesse da coletividade (artigo 6º, § 3º, inciso II, da Lei 8.987/95), que significa não empreender o corte de utilidades básicas de um hospital ou de uma universidade, quando a empresa tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. 4. *In casu*, o acórdão recorrido assentou que a suspensão no fornecimento implicaria em ofensa ao interesse da coletividade, uma vez

que "... a iluminação pública é serviço essencial ao bem-estar e segurança da população, que não pode ser punida com o corte, pois é ela que, ao fim e ao cabo, sofrerá o ônus. É o cidadão, que paga seus tributos regularmente, que será penalizado. Não se pode olvidar, ainda, que se trata de uma concessão do serviço que deveria, sim, ser prestado pelo Estado. Por razões que ora não importam, o Estado concede a um particular a prestação deste serviço. E o fornecedor, no caso, dispõe dos mecanismos legais para se ressarcir, que é a ação de cobrança, não podendo lançar mão de meios nitidamente coercitivos para tanto.(...)". Segundo o Tribunal de origem, "há na espécie, nitidamente, afronta ao interesse público, com infringência, inclusive, de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Efetivamente, o corte da energia elétrica ocasionaria todos tipos de transtornos, destacando-se entre eles a insegurança pública, tendo em vista que uma cidade às escuras propiciaria um campo fértil aos acidentes de automóveis, roubos e furtos, gerando um verdadeiro caos urbano. Destarte, correta a afirmação de que a energia elétrica é um bem essencial à vida na sociedade urbana moderna, não podendo ser o seu fornecimento suspenso unilateralmente, sem o embasamento, no mínimo, de uma decisão transitada em julgado". 5. O corte de energia nas repartições públicas municipais (Prefeitura municipal, escolas, Secretaria de Saúde e de Obras) e nos logradouros públicos atinge serviços públicos essenciais, gerando expressiva situação de periclitção para o direito dos munícipes. 6. (...) 7. Deveras, este relator, a despeito da jurisprudência majoritária desta Corte, tem ressalvado o entendimento de que o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica



– como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétreia de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos, posto essenciais para a sua vida. O interesse da coletividade abrangeria não apenas o interesse público em sentido amplo (necessidades coletivas), como também o de uma pessoa que não possui módica quantia para pagar sua conta: em primeiro lugar, há que se distinguir entre o inadimplemento de uma pessoa jurídica portentosa e o de uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica. 8. *In casu*, não se trata de corte de energia *uti singuli*, vale dizer: da concessionária versus o consumidor isolado, mas, sim, do corte de energia em face do Município e de suas repartições, o que pode atingir serviços públicos essenciais. A supressão da iluminação pública de Município afronta a expectativa da população no recebimento de serviço público essencial, constituindo ainda grave risco de lesão à ordem pública, atingindo toda a coletividade municipal. 9. (...) 10. Precedente da Segunda Turma, da relatoria do Ministro Castro Meira, pugna pela impossibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica de “unidades públicas essenciais”, verbis: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. **SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE. INADIMPLEMENTO. UNIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS.** INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DOS ARTS. 22 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E 6º, § 3º, II, DA LEI Nº 8.987/95. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL INDEMONSTRADA. (...) 2. (...) 3. (...) 4. Quando o

consumidor é pessoa jurídica de direito público, prevalece nesta Turma a tese de que o corte de energia é possível, desde que não aconteça de forma indiscriminada, preservando-se as unidades públicas essenciais. 5. A interrupção de fornecimento de energia elétrica de Município inadimplente somente é considerada ilegítima quando atinge as unidades públicas provedoras das necessidades inadiáveis da comunidade, entendidas essas - por analogia à Lei de Greve – como “aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”, o que se perfaz na hipótese. (...) 7. Recurso especial improvido.” (REsp 791713/RN, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 01.02.2006) 11. Recurso especial desprovido. (STJ –REsp. 721119/RS – Primeira turma — Rel:MINISTRO Luiz Fux– DJ: 15/05/2006)”.

Destarte, embora o alcance do princípio da continuidade do serviço público se submeta à regra do art. 10 da Lei n.º 7.783/89, conforme anteriormente mencionado, e vice-versa, logicamente não se pode fazer prevalecer o entendimento pelo qual o corte do fornecimento de energia elétrica seja, em qualquer situação, repellido.

Cada caso concreto deverá ser analisado individualmente, porquanto, há de se concordar com Pereira Neto (2007), ao afirmar que a negativa da possibilidade de suspensão do fornecimento de tal serviço às pessoas jurídicas de direito público inadimplentes em face da obrigatoriedade de observância do princípio em comento, sem os devidos limites, pode ensejar um estímulo para que o administrador ineficaz não cumpra suas obrigações.

Em sendo assim, as limitações devem ser especificamente analisadas e aplicadas em conformidade com a legislação em vigor, conforme se observa nos julgados abaixo:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. FALTA DE PAGAMENTO. CORTE. MUNICÍPIO COMO CONSUMIDOR. 1. A Primeira Seção já formulou entendimento uniforme, no sentido de que o não pagamento das contas de consumo de energia elétrica pode levar ao corte no fornecimento. 2. Quando o consumidor é pessoa jurídica de direito público, a mesma regra deve lhe ser estendida, com a preservação apenas das unidades públicas cuja paralisação é inadmissível. 3. Legalidade do corte para as praças, ruas, ginásios de esporte, etc. 4. Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 460271/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 06.05.2004).

PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO. ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE. INADIMPLEMENTO. UNIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DOS ARTS. 22 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E 6º, § 3º, II, DA LEI Nº 8.987/95. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL INDEMONSTRADA. 1. Não basta que o recorrente postule a nulidade do acórdão dos embargos de declaração, é necessário que indique precisamente sobre quais pontos o julgado tenha supostamente incorrido em omissão, contradição ou obscuridade, demonstrando os motivos de sua relevância, a fim de possibilitar o exame da preliminar de ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, sob pena de não conhecimento do recurso especial, ante o óbice da Súmula 284 da Suprema Corte. 2. O artigo 22 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), dispõe que: “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma

de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. **3. O princípio da continuidade do serviço público assegurado pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor deve ser amenizado, ante a exegese do art. 6º, § 3º, II da Lei nº 8.987/95 que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de energia elétrica quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade.** **4. Quando o consumidor é pessoa jurídica de direito público, prevalece nesta Turma a tese de que o corte de energia é possível, desde que não aconteça de forma indiscriminada, preservando-se as unidades públicas essenciais.** **5. A interrupção de fornecimento de energia elétrica de Município inadimplente somente é considerada ilegítima quando atinge as unidades públicas provedoras das necessidades inadiáveis da comunidade, entendidas essas - por analogia à Lei de Greve – como “aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”, o que se perfaz na hipótese.** **6. Não se conhece do recurso especial interposto pela alínea “c” do permissivo constitucional quando os casos trazidos pra confronto não possuem a mesma moldura fática do acórdão paradigma.** **7. Recurso especial improvido (STJ, RESP nº 791713-RN, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 1/2/2006) (grifo nosso).**

Diante de tais considerações, é mister salientar que os serviços de telefonia fixa, fornecimento de água e fornecimento de eletricidade são serviços considerados essenciais à dignidade da pessoa humana, e uma vez que tais serviços são suspensos em forma de intimidação ou coação, estamos diante de uma

afronta e ferimento direto ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

O corte no fornecimento de energia elétrica, especificamente, no mais das vezes, constitui-se numa afronta ao princípio acima relatado, tanto pelas consequências que acarreta na vida do indivíduo – direta ou indiretamente, mormente quando decorrente da suspensão do fornecimento para a pessoa jurídica de direito público, prestadora de serviço à comunidade – como pela dificuldade que terá para resolver o problema, tanto na órbita administrativa, em virtude da posição de autotutela do fornecedor, como pela burocracia do acesso ao Judiciário.

Ademais, mister destacar que a suspensão do serviço em comento, muitas vezes, também extrapola os limites do princípio da legalidade, haja vista a existência de outros meios de cobrança da dívida, razão pela qual a suspensão do fornecimento não pode ser efetivada de modo indiscriminado, mormente quando oferece risco potencial à sociedade, devendo, portanto, ressaltar-se mais uma vez, ocorrer em conformidade com a legislação vigente e com os princípios jurídicos incidentes sobre o caso concreto.

Oportuno, pois, destacar determinado julgado, no qual o Superior Tribunal de Justiça buscou, exatamente, atender o disposto na legislação vigente e aplicar os princípios correlatos, conforme analisado no decorrer desta pesquisa, ou seja, permitindo a suspensão do fornecimento de energia elétrica ao ente público, mas preservando a prestação de serviços à comunidade e, conseqüentemente, resguardando os princípios da dignidade da pessoa humana, da continuidade de prestação de serviços e da legalidade, conforme abaixo:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. MUNICÍPIO INADIMPLENTE. SUSPENSÃO DO SERVIÇO. PREVISÃO LEGAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. A interrupção no fornecimento de energia por inadimplemento do usuário, conforme previsto no art. 6º., par. 3º., II, da Lei n. 8.987/95, não configura

descontinuidade na prestação do serviço para fins de aplicação dos arts. 22 e 42 do CDC. 2. Demonstrado nos autos que a fornecedora, ao suspender o serviço de energia elétrica, teve o cuidado de preservar os serviços essenciais do município, não há que se cogitar tenha o corte afetado os interesses imediatos da comunidade local. 3. Destoa do arcabouço lógico-jurídico que informa o princípio da proporcionalidade o entendimento de que, a pretexto de resguardar os interesses do usuário inadimplente, cria embaraços às ações implementadas pela fornecedora de energia elétrica com o propósito de favorecer o recebimento de seus créditos, prejudicando, em maior escala, aqueles que pagam em dia as suas obrigações. 4. Se a empresa deixa de ser, devida e tempestivamente, ressarcida dos custos inerentes às suas atividades, não há como fazer com que os serviços permaneçam sendo prestados com o mesmo padrão de qualidade (STJ-2ª. Turma, Resp 302620-SP, rel. p/ o acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 11.11.03, DJ 16.02.04).

Vê-se, portanto, que é possível, ao aplicador da lei, resguardar os interesses do prestador de serviços sem, contudo, prejudicar os interesses da coletividade e da sociedade como um todo, no que se refere a preservar a prestação dos serviços públicos essenciais, seja no âmbito municipal, estatal ou mesmo federal e, assim, observando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como a regra do art. 17 da Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996, cujo teor reza, *in verbis*, o seguinte:

Art. 17. A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual.

Parágrafo único. O Poder Público que receber a comunicação

adotará as providências administrativas para preservar a população dos efeitos da suspensão do fornecimento de energia, sem prejuízo das ações de responsabilização pela falta de pagamento que motivou a medida.

Destarte, verifica-se que medidas que amenizem as consequências da suspensão de energia elétrica podem, e devem, ser tomadas em conjunto pela administração pública e pela empresa concessionária, mormente em virtude do citado comando legal, evitando-se, sempre que possível, a resolução do litígio pela via judicial, como forma de minorar os efeitos negativos da hipótese de suspensão do fornecimento de energia elétrica

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A análise do presente tema deixa clara a noção de que o fornecimento de energia elétrica se afigura como um serviço básico e essencial à coletividade, estando, por isso, vinculado à preservação da dignidade da pessoa humana.

Não obstante, também é possível perceber, pelo estudo aqui realizado, que tanto a doutrina como a jurisprudência apresentam posições, não raras vezes, conflitantes no tocante à possibilidade de corte do fornecimento ao consumidor inadimplente, portanto, nos contratos de prestação de serviços, as concessionárias, logicamente, buscaram um meio legal de tornar possível a suspensão do serviço.

Em se tratando de pessoa natural, há de se destacar o fato de aqueles que consideram abuso, por parte do fornecedor, o corte no fornecimento de energia elétrica para o consumidor inadimplente, afirmam que a concessionária dispõe de outros meios para fazer a cobrança, sem afrontar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, haja vista o caráter de essencialidade do serviço prestado.

Por outro lado, considerando ser, o consumidor, pessoa jurídica de direito público e que presta serviços à coletividade, considerável parte da doutrina e da jurisprudência se posiciona

contra a suspensão do fornecimento de energia elétrica, especialmente por atingir e/ou prejudicar a prestação de serviços sociais. Todavia, há, ainda, julgadores que consideram a possibilidade de realizar corte parcial no fornecimento, desde que somente atinja a administração pública sem prejuízo à comunidade e, por conseguinte, preservando o princípio da dignidade da pessoa humana e o da continuidade de prestação de serviços públicos.

Considerando-se, pois, a questão de os contratos de fornecimento de energia elétrica se configurarem como contratos afetos ao direito do consumidor e, portanto, sujeitos às regras do Estatuto Consumista, há de se ter em mente que as relações daí advindas serão protegidas constitucionalmente, visto que o direito do consumidor tem caráter de garantia fundamental. Destarte, ressalta-se, a interrupção do fornecimento, quando não respeitadas os princípios correlatos à matéria – conforme analisado ao longo desta pesquisa – oferece risco potencial de causas graves prejuízos ao consumidor, inclusive à sua vida, além de ferir sua dignidade enquanto ser humano.

Além disso, foi possível constatar, segundo a regra do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, que o corte de energia elétrica a pessoas jurídicas de direito público inadimplentes fere o princípio da dignidade da pessoa humana, por ser um desrespeito à segurança, saúde e/ou qualidade de vida da coletividade.

Destarte, é possível concluir que, embora não se podendo estimular a inadimplência com a proibição total de corte do fornecimento de energia elétrica, não se pode, também, deixar o consumidor, seja ele pessoa natural ou física de direito público, desprovido de qualquer proteção contra os atos e decisões capitalistas daqueles que, por decisão do próprio Governo, passaram a auferir vultosos lucros com a privatização de empresas prestadoras de serviços essenciais à coletividade. Assim, cabe ao próprio Governo fazer tais empresas respeitarem os interesses da coletividade, mormente no que se refere a observar os princípios da continuidade dos serviços públicos e da dignidade da pessoa humana.



## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva: 1992.

AMARAL, Luiz Otavio O. Os transgênicos e o consumidor brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2413>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 10 maio 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 7.783 de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7783.htm>>. Acesso em: 10 maio 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 8.987 de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8987.htm>>. Acesso em: 10 maio 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9.427 de 26 de dezembro de 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.decon.com.br/L9427orig.htm>>. Acesso em: 10 maio 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. O crédito ao consumidor e a estabilização da economia. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, set./dez. 1996, v. 1, p. 96-97.

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Política energética: um estudo acerca da possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de direitos difusos**, nov.dez./2006, v. 40. Disponível em: <<http://www.ibap.org/rlsdealmeidacoutinho>>. Acesso em: 20 abr. 2010.

- GOMES, Luiz Flávio. Normas, regras e princípios: conceitos e distinções. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7527>>. Acesso em: 14 abr. 2010.
- KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARTINS, Plínio Lacerda. Corte de energia elétrica por falta de pagamento. Prática abusiva. Código do Consumidor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=711>>. Acesso em: 17 abr. 2010.
- PEREIRA NETO, Luiz Gonzaga. Possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica a pessoas jurídicas de direito público inadimplentes. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1350, 13 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=9589>>. Acesso em: 15 jun. 2010.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SIMÃO, José Fernando. **Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2003.
- SIMONETTI, Thiago Galvão. **A vulnerabilidade como princípio norteador das relações de consumo**. Fernandes e Fernandes Consultores e Advogados, jan./ 2007. Disponível em: <<http://www.ffadvogados.adv.br/detalhes.php?ID=29>>. Acesso em: 20 maio. 2010.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria geral do direito. Teoria da norma jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, v. 1.
- VOLPE FILHO, Clovis Alberto. A suspensão do fornecimento de energia elétrica por inadimplência do usuário: conflitos e soluções. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3849>>. Acesso em: 20 maio 2010.



## **O EXERCÍCIO DO MAGISTÉRIO GERAL POR MILITARES ESTADUAIS – O CASO HIPOTÉTICO DO CEARÁ**

**Juarez Gomes Nunes Junior**

*Oficial da PMCE, Especialista em Segurança Pública, Direito Constitucional e*

*Professor de Direito e Processo Administrativo Disciplinar.*

### **INTRODUÇÃO**

A vida castrense[1] é contornada por diversos regramentos que a diferencia das demais classes de servidores públicos.

Saliente-se que tais diferenças podem ser percebidas sem maiores esforços. Os militares estaduais receberam tratamento próprio no texto constitucional e estão sujeitos às tenazes de um ordenamento jurídico-penal e processual penal específico, ou seja, o Código Penal Militar[2] e o Código de Processo Penal Militar[3]. Além dessas, existem outras características que os tornam sujeitos de direitos e deveres outros.

Cumpre, ainda, esse papel de tratá-los de modo ímpar os comandos advindos das normas estritamente administrativas, como o Estatuto dos Militares Estaduais[4] e o seu Código Disciplinar[5].

Em estreita visão mecanicista do direito, esses dispositivos legais poderiam tornar-se impróprios ao finalismo buscado por sua objetividade jurídica. Tornando essa categoria profissional arredia ao seu almejado crescimento intelectual multidisciplinar. O que implicaria reduzir indevidamente o alcance sistêmico desse universo normativo, impedindo, por via reflexiva, a abertura de espírito proveniente do conhecimento de outras áreas.

Assim, restar-lhe-ia apenas absorver e multiplicar o conhecimento que efetivamente for útil e convier ao labor castrense ou policial.

A evolução cultural é presente. A continuar esse entendimento coberto com uma densa camada de gesso, os

militares estarão fadados à condição de meros “figurantes” em uma peça teatral (evolução) que, encenada sob ângulos mais evoluídos, render-lhes-iam o papel, no mínimo, de coadjuvantes ou, quem sabe, até protagonistas.

A despeito de não encontrar ambiente favorável a esse crescimento multidisciplinar, os militares estaduais têm, às suas expensas, revisitado os bancos acadêmicos. Muitos acumularam uma considerável reserva de conhecimentos que, multiplicados, ajudariam sobremodo na construção da riqueza imaterial deste país.

## **ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E O CONTROLE DE LEGALIDADE**

Abordar-se-á, a partir de agora, as disposições constitucionais e infraconstitucionais que tratam do tema relativo ao exercício da atividade de magistério por militares estaduais do Ceará no ambiente público e privado. Observando, igualmente, os seus reflexos na ordem disciplinar interna.

Pelo que se deduz do seu art. 144, inciso V, §§ 6º e 7º, institui a carta política de 1988 que as polícias militares e corpos de bombeiros integram os organismos responsáveis pela segurança pública. E que constituem força reserva do Exército subordinadas aos Governadores dos Estados. Esse mesmo dispositivo defere à lei ordinária a tarefa de disciplinar as atividades de maneira a garantir-lhe eficiência. [6]

Note-se que não se preocupou o legislador constitucional em definir os critérios de gestão de pessoal, incumbindo esse encargo ao legislativo estadual.

Já no limite de nossas divisas territoriais, defronta-se com o Estatuto dos Militares Estaduais do Ceará[7]. Este, em seu art. 5º, traz uma expressão literal que, aplicada ao arrepio de sua compreensão lógica, estabelece uma situação esdrúxula na qual o militar estaria exclusivamente jungido à sua corporação. O que implicaria não poder viver de forma plena e integral dentro

do seu quadro natural. Não poderia tampouco usufruir de uma vida particular, porque, assim, ser-lhe-ia reconhecido espaço para uma vida puramente miliciano: em ininterrupta atividade funcional.

O direito não pode ser enfrentado como “obra de feiticeiros”, sua objetividade deve atender aos pressupostos da razão lógica e do seu embutido finalismo. Bem como a regra da razoabilidade, para ao final atender tanto ao escopo da norma como ao seu real sentido. Logicamente que em harmonia com os fatos e o interesse social.

Sobre a melhor interpretação jurídica, assim assinala Léo da Silva Alves:

“A Lei do Processo Administrativo (Lei federal nº 9.784/99) determina uma atuação de acordo com a lei e o Direito. Esse, note-se, é o primeiro critério: (...) Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, os princípios da igualdade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I atuação conforme a lei e o Direito; (Grifamos). A própria Lei, portanto, reconhece que o texto de uma lei não esgota o raciocínio jurídico. Acima dele está o direito, como um conjunto do saber. Costumamos dizer que a lei é um córrego, um rio; o direito é um oceano, onde desembocam todas as vertentes do saber jurídico”[8]

Alguns entendem que se deva modificar o texto da lei para garantir ao militar estadual cearense, o direito de ter uma vida “além dos quartéis”, entretanto, trata-se de um grande equívoco, uma vez que tal proposta reveste-se de imensa carga de antieconomicidade legislativa. Nota-se que, trazendo-se o

mesmo texto legal para o campo da hermenêutica constitucional, não há qualquer impropriedade na norma citada, pois apenas recomenda ao militar estadual que cumpra seu dever funcional com devoção, sem máculas ou ranhuras, com probidade e zelo.

Não pretendeu o legislador extirpar tal categoria do convívio familiar ou do exercício de outra atividade que, além de lícita, não afronte, mesmo que levemente, os objetivos da carreira policial militar. Tal entendimento surge mais claramente na abalizada lição de José Armando da Costa, “Toda norma de direito tem, por força lógica, a sua objetividade jurídica. Reside aí a razão de se dizer que o finalismo jurídico da norma constitui outro fundamental ingrediente que impede que se dê ao seu espectro de incidência compreensão maior ou menor que a devida”. [9]

Em análise acurada do fundamento teleológico da norma, salta aos olhos que o ponto fixo a ser alcançado nada mais é que a supremacia do interesse público, a qual se deve adequar ao princípio da proporcionalidade. Como bem assinala Hidemberg Alves da Frota:

“Identifica-se com os anseios por coexistência digna e harmônica entre os seres humanos, distribuição de renda equânime, inclusão do povo na tomada de decisões estatais (inclusive na formulação de políticas públicas), democratização do acesso ao conhecimento e à informação ‘igualdade de oportunidades’ e de ‘condições reais de vida’, pluralismo, (de cunho socioeconômico, político, religioso e cultural) inserção social das minorias e dos marginalizados e desenvolvimento auto-sustentável integral, pautado pelo respeito à biosfera e à integridade física, psíquica, moral e de criação intelectual dos seres humanos, bem como pela sadia ampliação dos padrões humanos de percepção da realidade e de exercício da solidariedade e da cooperação”. [10] (grifo nosso)

No campo da disciplina militar estadual cearense, dispõe-se do Código Disciplinar dos Policiais Militares e Bombeiros Militares, consolidando a interpretação que melhor se harmoniza com a deontologia castrense[11]. Deve-se compreender que os valores e deveres éticos presentes naquele dispositivo legal se prestam à máxima efetividade dos princípios constitucionais, sob pena de ferir mortalmente o estado democrático de direito.

Além de contribuir de modo claro para sustentar a ausência de afrontas legais, o referido diploma é por demais cristalino quando menciona as incompatibilidades funcionais dos militares estaduais. E, como se vê, nenhuma delas refere-se à milenar atividade do magistério. [12]

Saliente-se que, voltando-se ao texto constitucional, o mesmo entendimento ainda não cabe quando se refere às possibilidades acumulativas de cargos públicos, pois o mandamento magno não viabiliza essa contemporização.

Tal situação, de tão imprópria e desprovida de ingredientes democráticos que é, está passando por revisão nas casas legislativas[13].

Sob o manto de sábia compreensão, a matéria foi assim justificada:

“Não por outra razão é que se assiste, todos os anos, a uma verdadeira fuga de cérebros das Forças Armadas, em sua grande maioria migrando para altos cargos da Administração Pública e até mesmo para a magistratura e o Ministério Público. Ora, é lógico e razoável que pessoas inteligentes e qualificadas desejem dar expressão às suas potencialidades e ser bem remuneradas por isso...Embora reconheçamos certas especificidades do cargo militar que justificam, em parte, a exigência de exclusividade, não vemos razão para a vedação de acumulação remunerada com outro cargo público de magistério, desde que haja compatibilidade de horários. A proposta não atende apenas aos interesses dos trabalhadores militares, mas, principalmente, ao interesse público. Ao possibilitar a referida acumulação, estaremos incentivando a permanência dos



militares nas Forças Armadas (deixando de desperdiçar, portanto, todo o investimento do Estado na sua formação) e liberando uma extensa massa de pessoas qualificadas para o exercício do magistério no setor público (o que certamente terá efeitos positivos para a educação). Assim, contando com o senso de justiça e o espírito cívico dos nobres Pares, conclamo-os à aprovação da presente proposição, pelas razões expostas.[14]

## **CONCLUSÃO**

Diante das razões aqui expostas, impõe-se acompanhar o entendimento de que o exercício do magistério privado por militar estadual cearense em nada afronta a disciplina castrense. Desde que obviamente sejam respeitados os critérios de ordem técnica atinentes, a saber: a compatibilidade de horários e a natureza do conteúdo pedagógico.

Quanto à possibilidade de acumular os cargos públicos de policial militar e de magistério, resta, pois, aguardar-se a manifestação derradeira do Congresso Nacional.

Sob o ponto de vista sociológico, pode-se afirmar que a atividade que auxilia na construção do saber jamais poderá sofrer inflexões negativas. Muito pelo contrário, deve ser aplaudida, pois que eleva os valores das instituições ao invés de afrontá-los. E, portanto, deve ser fomentada em todos os níveis da administração pública.

Fortaleza, 14 de dezembro de 2009.

## **NOTAS:**

[1] Cas.tren.se - Relativo a classe militar – Miniaurélio. 6ed.

[2] Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar.

[3] Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar.

[4] Lei nº 13.729, de 11 de janeiro de 2006. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares Estaduais do Ceará e dá outras providências.

[5] Lei nº 13.407, de 21 de novembro de 2003. Institui o Código Disciplinar da Polícia Militar do Ceará e do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Ceará,

[6] Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...)

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. (...)

§ 6º - As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º - A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

[7] Art. 5º. A carreira militar estadual é caracterizada por atividade continuada e inteiramente devotada às finalidades e missões fundamentais das Corporações Militares estaduais, denominada atividade militar estadual.

[8] ALVES, Léo da Silva. Ajustamento de Conduta e Poder Disciplinar. v2.,p.102

[9] DA COSTA, José Armando. Incidência aparente de infrações disciplinares. 2.ed., p.123.

[10] DA FROTA, Hidemberg Alves. O princípio tridimensional da proporcionalidade no direito administrativo: Um estudo à luz da principiologia do direito constitucional e administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira. 1.ed., p. 43.

[11] Art. 6º. A deontologia militar estadual é constituída pelos valores e deveres éticos, traduzidos em normas de conduta, que se impõem para que o exercício da profissão do militar estadual atinja plenamente os ideais de realização do bem comum,... (grifo nosso)

[12] Art. 8º. Os deveres éticos, emanados dos valores militares estaduais e que conduzem a atividade profissional sob o signo da retidão moral, são os seguintes: (...)

§ 1º. Ao militar do Estado em serviço ativo é vedado exercer atividade de segurança particular, comércio ou tomar parte da administração ou gerência de sociedade empresária ou dela ser sócio ou participar, exceto como acionista, cotista ou comanditário. (...)

Art. 13. As transgressões disciplinares são classificadas, de acordo com sua gravidade, em graves (G), médias (M) e leves (L), conforme disposto neste artigo. (...)

§ 1º. São transgressões disciplinares graves: (...)

XX - exercer, o militar do Estado em serviço ativo, a função de segurança particular ou administrar ou manter vínculo de qualquer natureza com empresa do ramo de segurança ou vigilância (G);  
XXI - exercer qualquer atividade estranha à Instituição Militar com prejuízo do serviço ou com emprego de meios do Estado ou manter vínculo de qualquer natureza com organização voltada para a prática de atividade tipificada como contravenção ou crime (G);

XXII - exercer, o militar do Estado em serviço ativo, o comércio ou tomar parte na administração ou gerência de sociedade empresária ou dela ser sócio, exceto como acionista, cotista ou comanditário (G);

[13] PEC Nº 08, DE 2009 - Altera o art. 142, § 3º, inciso II, da Constituição Federal, para permitir a acumulação de cargo militar com outro cargo público de magistério.

Art. 1º O inciso II do § 3º do art. 142 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 142 (...)

§ 3º (...)

II – o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, salvo de magistério, será transferido para a reserva, nos termos da lei; (grifo nosso)

[14] Extraído da Justificativa para apresentação da PEC nº 08 – Senador Mozarildo Cavalcanti

## APOSENTADORIA ESPECIAL DO POLICIAL CIVIL

**José Heitor dos Santos**

*Promotor de Justiça Estado de São Paulo*

**Silvio Carlos Alves dos Santos**

*Advogado no Estado de São Paulo*

A Lei Complementar Paulista nº 1.062/08, que disciplina a aposentadoria especial do policial civil do Estado de São Paulo, estabelece o seguinte:

Artigo 2º - Os policiais civis do Estado de São Paulo serão aposentados voluntariamente, desde que atendidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

**I - cinquenta e cinco anos de idade, se homem, e cinquenta anos de idade, se mulher;**

**II - trinta anos de contribuição previdenciária;**

III - vinte anos de efetivo exercício em cargo de natureza estritamente policial.

Artigo 3º - Aos policiais que ingressaram na carreira policial civil antes da vigência da Emenda Constitucional nº. 41, de 19 de dezembro de 2003, **não será exigido o requisito de idade, sujeitando-se apenas à comprovação do tempo de contribuição previdenciária e do efetivo exercício em atividade estritamente policial, previstos nos incisos II e III do artigo 2º desta lei complementar.**

Como se nota, o art. 2º, inciso II, não faz qualquer distinção

entre homem e mulher quanto ao tempo de contribuição para fins de aposentadoria, exigindo, a ambos, 30 (trinta) anos de contribuição previdenciária.

Pena de erudição entendiente, dispensável dizer que o princípio constitucional da igualdade estabelece, como diretriz fundante das leis, que seja conferido igualitário tratamento aos iguais, na medida de suas igualdades, e tratamento desigual aos desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Do mesmo modo, desnecessários ensaios para se constatar que a mulher, historicamente, sempre esteve em situação de vulnerabilidade nas relações sociais, especialmente no campo profissional.

Atento a essa realidade, o legislador, no art. 40, § 1º, inciso III, letra “a”, da Constituição Federal, quando tratou da aposentadoria voluntária do servidor público, com a nova redação que lhe deu a Emenda Constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003, estabeleceu o tempo de 60 (sessenta) anos de idade e 35 (trinta e cinco) de contribuição, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade e 30 (trinta) de contribuição, se mulher, para fins de aposentadoria:

Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo:

§ 1º - Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher.

Veja que o texto constitucional é claro ao fazer distinção no critério de idade, exigindo mais para o homem e menos para a mulher.

Nessa mesma linha, e nem podia ser diferente, sob pena de afronta à Lei Maior, a Constituição do Estado de São Paulo estabeleceu a mesma distinção, tanto em relação à idade como ao tempo de contribuição do servidor:

Artigo 126 – Aos servidores titulares de cargos efetivos do Estado, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º - Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados:

1 - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

2 - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

3 - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.”

Semelhante distinção, por sinal, pelo menos em relação à idade, também fez a Lei Complementar nº. 1.062/08 para aqueles que ingressaram na polícia civil do Estado de São Paulo depois da Emenda 41, de 19 de dezembro de 2003, ao exigir, no art. 2º, inciso I, para fins de aposentadoria, 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se homem, e 50 (cinquenta) anos de idade, se mulher.

Veja:

Artigo 2º - Os policiais civis do Estado de São Paulo serão aposentados voluntariamente, desde que atendidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - cinquenta e cinco anos de idade, se homem, e cinquenta anos de idade, se mulher;

Portanto, ao exigir, indistintamente, 30 (trinta) anos de contribuição previdenciária para homens e mulheres policiais, o

art. 2º, inciso II, da Lei Complementar Paulista, feriu frontalmente o princípio constitucional da isonomia, ao conferir tratamento igual para homens e mulheres, quando, em obediência à Constituição Federal, deveria tê-los tratados diferentemente, porque são desiguais.

Outro princípio violado foi o da simetria constitucional, que exige uma relação simétrica entre os institutos jurídicos da Constituição Federal e das Constituições dos Estados-Membros.

A Constituição Federal e a Constituição Paulista preveem redução de 5 (cinco) anos no tempo de contribuição previdenciária para a mulher se aposentar, exigindo mais tempo do homem. Contudo, a lei complementar paulista, que, repita-se, deve guardar simetria com as normas constitucionais, distanciou-se desta regra que é aplicada ao servidor público comum.

Ora, se a servidora pública comum tem assegurado na Constituição Federal e na Constituição Estadual menos tempo de contribuição previdenciária para se aposentar, com muito mais razão esta regra deve ser assegurada à mulher policial, que tem direito à aposentadoria especial.

Assim, inabalável a conclusão de que o art. 2º, inciso II, da Lei Complementar Estadual nº. 1.062/08 é inconstitucional, pois inadmissível exigir, sem qualquer distinção, 30 (trinta) anos de tempo de contribuição previdenciária para o homem e à mulher policiais, sob pena de afronta aos princípios constitucionais da igualdade e da simetria.

Na hipótese, há evidente discriminação contra a mulher policial na Lei paulista, não autorizada pela Constituição Estadual e muito menos pela Constituição Federal.

E como resolver esse manifesto ato discriminatório?

Uma solução é de natureza político-legislativa, bastando que o Governo paulista encaminhe projeto de lei à Assembleia Legislativa alterando o inciso II, do art. 2º, da Lei Complementar nº. 1.062/08, exigindo 30 (trinta) anos de contribuição previdenciária, se homem, e 25 (vinte e cinco) anos, se mulher.



Uma outra solução é de natureza pessoal, dado o fato de o direito ser individual e disponível, de modo que cada mulher ou grupo de mulheres discriminadas e prejudicadas podem impetrar mandado de segurança individual ou coletivo para que o Poder Judiciário estenda o benefício da aposentadoria aos 25 (vinte e cinco) anos de contribuição previdenciária.

Nesse sentido é a lição do constitucionalista José Afonso da Silva:

“São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discriminatório é inconstitucional. Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Nesse caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. Contudo, o ato é constitucional, é legítimo, ao outorgar o benefício a quem o fez. Declará-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos Tribunais. Como, então, resolver a inconstitucionalidade da discriminação? Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso. Tal ato é insuscetível de declaração genérica de inconstitucionalidade por via de ação direta” (Curso de direito constitucional positivo, 6ª. Edição. São Paulo, Ed. RT, 1990, p. 202-203).

Deste modo, para a mulher policial que ingressou nos quadros da polícia civil do Estado de São Paulo antes da vigência da Emenda Constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003, basta,

para se aposentar, o preenchimento cumulativo de dois requisitos: (i) 20 (vinte) anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial e (ii) 25 (vinte e cinco) anos de contribuição previdenciária.

Já para a mulher policial que ingressou depois da Emenda Constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003, são necessários o preenchimento cumulativo de três requisitos: (i) 50 (cinquenta) anos de idade; (ii) 25 (vinte e cinco) anos de contribuição previdenciária; e (iii) 20 (vinte) anos de efetivo exercício em cargo de natureza estritamente policial.

Mas, se a discriminação da mulher policial é inconstitucional no Estado de São Paulo, e disso não se tem dúvida, há um risco enorme de que esta discriminação alcance todos os Estados da Federação, inclusive no âmbito federal.

E isso porque o Governo Federal decidiu regulamentar a aposentadoria especial do policial civil, prevista no art. 40, § 4º, inciso II, da Constituição Federal, e encaminhou ao Congresso Nacional Projeto de Lei Complementar, que recebeu o nº. 554/10, exigindo, além de outros requisitos, 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se homem, e 50 (cinquenta) anos de idade, se mulher, e, indistintamente, 30 (trinta) anos de contribuição previdenciária para homens e mulheres.

Se o projeto for aprovado como propõe o Governo Federal, a discriminação da mulher policial, que existe apenas no Estado de São Paulo, será Nacional, prejudicará milhares de policiais, e o remédio para corrigir essa afronta à Constituição Federal será impetrar mandado de segurança individual ou coletivo, salvo se, no caso do Estado de São Paulo, o Governo e a Assembleia decidirem, pela via legislativa, alterar o requisito inconstitucional, estabelecendo que a mulher policial pode se aposentar com o tempo de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição previdenciária.

No caso do projeto de lei do Governo Federal, a expectativa é que o Governo, percebendo o equívoco, altere o projeto. Depois, se aprovado como está, a solução será bater às portas do Poder Judiciário.

São José do Rio Preto, 22 de setembro de 2010.



## **A LEGALIZAÇÃO DO USO DE ENTORPECENTES FACE À LEI N° 11.343/06**

**Francisca Vanusa Barroso Costa**

*Serventuária do Poder Judiciário do Ceará  
Especialização em Administração Judiciária  
na ESMEC, 25/02/2009*

### **SUMÁRIO**

1 Introdução. 2 O Problema da Legalização. 3 A Nova Lei. 4 Novo Tratamento Dado ao Usuário de Drogas. 5 Considerações Finais. 6 Bibliografia.

### **RESUMO**

A importância da presente pesquisa é mostrar os efeitos sociais e legais a partir do advento da Lei de nº 11.343/06, assim como a problemática sobre a legalização das substâncias entorpecentes. O objetivo desse estudo é demonstrar a importância das políticas públicas e do papel sócio-educativo da lei, inclusive analisando a situação de países que têm um posicionamento diferente ao do Brasil, assim como exaltar o tratamento dado pela nova lei ao usuário de drogas, que é mais uma vítima do tráfico e do crime organizado. Tal lei inova no tratamento do usuário em detrimento ao traficante.

**Palavras-chave:** Substâncias Entorpecentes. Lei de Tóxicos. Lei nº 11.343/06.

### **1 INTRODUÇÃO**

Ao iniciar a discussão sobre a legalização do uso de entorpecentes com o advento da Lei de No. 11.343\06, deve-se

antes fazer uma breve abordagem conceitual acerca das drogas.

As drogas são substâncias tais como a cafeína, o álcool etílico, a nicotina, o THC (substância psicoativa presente na maconha e no haxixe é o delta-9-tetrahidrocannabinol), a cocaína, a heroína, bem como seus compostos e misturas. Podem ser substâncias naturais ou sintéticas que ao penetrarem no organismo por qualquer meio, seja ingerida, injetada, inalada ou absorvidas pela pele, entram diretamente na corrente sanguínea, atingem o cérebro e alteram seu equilíbrio, provocando alterações físicas, mentais ou emocionais. Todas elas produzem efeitos colaterais negativos à saúde humana em geral e, no limite ou quando seu consumo é exagerado, são capazes de levar à morte. Atualmente, algumas delas são legais e outras não.

Em alguns casos, considerando-se o tipo de substância consumida, o usuário de drogas pode tornar-se um dependente químico e seu uso passa a ser uma questão de sobrevivência.

Ao ingerir tal substância, o sistema nervoso é alterado, e não raro, provoca mudanças no comportamento e até mesmo de personalidade. Não é de hoje que o homem, e até outros animais, utilizam-se de plantas alteradoras da consciência para sua sobrevivência, isso vem desde tempos remotos. Todavia, com o aumento da população do globo, o consumo tornou-se um grande problema para a sociedade.

Segundo um estudo da Organização das Nações Unidas, realizado em 2007, estima-se que 5% (cinco por cento) da população mundial faz uso de drogas ilícitas, eventual ou frequentemente, o que equivale a cerca de 200.000.000 (duzentos milhões) de pessoas. Estima-se que mais de 10.000 (dez mil) toneladas de maconha, cocaína, heroína, anfetaminas, entre outras são produzidas para atender o consumo.

A produção e comercialização de drogas ilegais é um dos negócios mais lucrativos do Planeta. Movimenta em torno de um trilhão de dólares por ano, riqueza esta que não pode ser desconsiderada na economia mundial.

Contudo, o tráfico que é cada vez mais latente traz muita

preocupação à, sociedade, sobretudo nos últimos tempos onde a variedade de substâncias entorpecentes tem crescido espantosamente.

A legislação brasileira, em épocas não muito remotas punia o usuário e o traficante, o que era um grave erro, uma vez que o problema do uso das drogas não encontra solução ao se punir o usuário, se assim o fizer, o Estado está somente colaborando e até mesmo incentivando ao usuário manutenção de seu vício e talvez aumentando o seu consumo, o que é excelente para o narcotráfico.

Assim, aquele antes considerado um marginal, passa agora a ser visto como um paciente que precisa de cuidados especiais, de participar de programas educacionais e submeter-se a tratamento. A punição do usuário com a intenção de reprimir o uso de drogas é uma medida que já se mostrou ineficaz.

## **2 O PROBLEMA DA LEGALIZAÇÃO**

O Brasil tem demonstrado que a democracia está consolidada e como é notório que as medidas até o momento adotadas para combater a produção e consumo das drogas não apresentaram nenhum resultado satisfatório, talvez fosse o momento de se abrir amplamente o tema sobre legalização de certas substâncias entorpecentes, chamando a sociedade para também deliberar.

Em alguns países da Europa, como por exemplo, a Holanda, Bélgica, Canadá e Suíça, o consumo já é legalizado, enfoca-se o problema com controle, prevenção e tratamento.

Segundo Luiz Flávio Gomes ao analisar o posicionamento de alguns países:

A criminalização da posse de drogas para uso próprio é um tema muito complexo. Há vários modelos de política criminal nesse assunto. Os Estados Unidos

se posicionam claramente pela criminalização (droga é um problema de Direito penal). Na Europa (de um modo geral) o assunto é tratado como uma questão de saúde pública (e particular). Lá se adota a política da redução de danos. Não se trata de um tema de competência da Justiça penal. A polícia não tem muito que fazer em relação ao usuário de drogas (que deve ser encaminhado para tratamento, quando o caso) (*on line*).

Em alguns países como o Canadá, a maconha é permitida para fins medicinais. Segundo o sítio Wikipédia:

A *Cannabis sativa* também pode ser usada com fins medicinais como agente antiemético, estimulador de apetite, podendo ser usada em casos de Alzheimer, câncer terminal e HIV no aumento de peso, auxiliar contra espasmos musculares e movimentos desordenados, sendo útil também em casos de glaucoma. Em doses mais altas ela auxilia pessoas no tratamento de doenças como doença de Parkinson, esclerose múltipla, traumatismo raquimedular, câncer, desnutrição, AIDS ou com qualquer outra condição clínica associada a um quadro importante de dor crônica. Atualmente, em alguns países a maconha é legalizada, unicamente para fins medicinais. Para lazer, somente na Holanda, Bélgica, Suíça e Canadá (*on line*).

Os problemas começam a surgir nos países em que há proibição de consumo, como é o caso do Brasil e de muitos outros países. Vive-se em constante guerra com leis que não

aprofundam o tema e o narcotráfico impera causando violência estarrecedora.

Alguns acreditam que se as drogas fossem legalizadas elas trariam menos prejuízos para a sociedade, pois o tráfico gera muita violência, corrupção, poder paralelo. Este é um tema que tem que ser aprofundado, pois até aqui a proibição do uso de drogas não diminuiu o consumo nem diminuiu a violência oriunda desta proibição.

Existem estudiosos que acreditam que se a população tivesse uma boa orientação e consciência sobre o uso de drogas poderia se legalizar e fazer uma política de redução de danos que atualmente se faz em muitos países da Europa.

A droga sempre foi proibida e, no entanto, o consumo só tem aumentado a cada ano, provando que a política da proibição está errada e trazendo consequências desastrosas como vemos na televisão todos os dias. Dependentes sendo manipulados por traficantes que querem vender a qualquer custo e que algumas vezes custeiam o crime organizado.

Acredita-se que o problema do usuário de drogas é de saúde e não de polícia. A Organização Mundial de Saúde (OMS) diz que o problema da dependência é de doença e não criminal. Ele vive acuado, pois esconde seus problemas da família e dos amigos e se refugia numa coisa ilegal que o deixa mais marginalizado ainda. Às vezes, ainda quando a família toma conhecimento do problema acha que a culpa é do Estado que não coibiu o suficiente e quer se isentar da sua parcela de participação no processo. Vê-se diariamente nos noticiários tragédias familiares envolvendo pais e filhos, netos e avós, pessoas totalmente desestruturados com esta situação totalmente fora de controle, pois a sociedade como um todo ainda não sabe lidar com este grande problema que hoje, não só o Brasil, mas o mundo todo está enfrentando.

Em vez da repressão a política adotada deveria ser de controle, prevenção e tratamento.

Maria Lúcia Karam defende que o uso pessoal não deve ser considerado crime:



1- É irracional e mesmo contrária ao Estado Democrático de Direito a criminalização do porte para uso pessoal, pois viola a intimidade do indivíduo em conduta que não diz respeito à coletividade. 2- A proibição é contraditória com o próprio objeto jurídico (Saúde Pública), uma vez que “cria maiores riscos à integridade física e mental dos consumidores” pela ausência de controles fiscais quanto à qualidade, higiene etc. 3- A clandestinidade gera ansiedades no indivíduo que realimentam sua fragilidade, acooçoando sua tendência à dependência e, dificultando ainda a busca de tratamento. 4- O pretense controle repressivo do tráfico é reconhecidamente ineficiente e sua relação custo/benefício é deficitária. 5- O mercado informal das drogas cria oportunidades de “acumulação de capital e geração de empregos”, sendo lógico que a repressão não é capaz de impedir a contínua reposição dos interessados nos seus ganhos e oportunidades, a despeito dos riscos a serem assumidos. 6- Os consumidores sofrem “superexploração decorrente dos preços artificialmente elevados”, por obra inerente à clandestinidade que torna o produto de difícil acesso e submetido a riscos relevantes. Isto, por seu turno, atua como fator criminógeno porque os usuários freqüentemente praticam outros crimes, mormente contra o patrimônio, para possibilitar-lhes poder aquisitivo para obtenção de entorpecentes. 7- A criminalização cria um mercado artificial altamente lucrativo que, ao contrário de evitar, incentiva o

interesse no ingresso em sua dinâmica, gerando ainda o grave problema da corrupção de órgãos Estatais. 8- O Sistema Penal sob o pretexto de fornecer “proteção, tranquilidade e segurança”, finda por estimular situações delitivas e criar maiores e mais graves conflitos. Ou seja, pela criminalização das drogas o Estado produz marginalidade e conseqüentemente mais “criminalidade e violência”.

Ora, facilmente se percebe que o usuário é a maior vítima dos problemas gerados pelas substâncias entorpecentes e, como as consome de forma clandestina, estimula o tráfico e o crime organizado. É fácil perceber que a problemática tem raízes mais profundas do que a sociedade imagina: ao se condenar o usuário, gera-se um ciclo de clandestinidade em que cada vez mais jovens irão desviar-se para marginalidade.

A autora, em 1996, já aborda a descriminalização do usuário, ou seja, 10 anos antes do surgimento da Lei de nº 11.343/06, um parecer que certamente inspirou o legislador que, merece aplausos a pensar no usuário como uma peça de pequena importância na imensidão do narcotráfico e do crime organizado.

Certamente a marginalidade, a criminalidade e a violência estão intimamente ligadas, em um processo onde a droga financia suas ações e os usuários acabam financiando tais ações como a compra de armas e o que mais se fala atualmente: as milícias que, segundo o sítio Wikipédia:

A estratégia das “milícias” é nitidamente inspirada nas táticas do tráfico – reunião de traficantes de várias áreas para invadir uma área; depois, a fixação de um pequeno grupo, bem armado, mantendo o controle do “território”, sobre o qual exercem domínio e exploram atividades rentáveis. Não se devem

confundir, entretanto, essas atividades de “proteção” com as de “vigilância privada”, geralmente acionadas pelos próprios moradores junto a empresas licenciadas pela polícia. No caso das milícias, há inúmeros relatos de violência em relação a moradores que não concordaram em “contribuir” com os policiais para receberem “proteção” (*on line*).

Surgindo como uma problemática atual e oriunda do tráfico de entorpecentes, as “milícias”, geralmente formadas por policiais militares, dominam comunidades e fazem uma espécie de “segurança armada” dos moradores que são coagidos a financiar suas atividades. Um problema até então sem solução e que toma conta das cidades brasileiras, especialmente o Rio de Janeiro, local que concentra o maior número de favelas do país.

### 3 A NOVA LEI

A Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, denominada “Nova Lei de Drogas”, entrou em vigor no dia 8 de outubro de 2006 e instituiu mudanças na legislação vigente à época, que sejam: a Lei 6.368/76 e a Lei 10.409/02.

Tal lei é considerada por muitos como um avanço importante sobre a discussão do tema tão importante. Ela trata, não só da repressão ao consumo ilegal, mas como também da prevenção. Sinaliza-se para a questão do consumo de drogas, reconhecendo ser um problema de saúde pública tanto quanto um ilícito penal.

Já em seu artigo 1º, tal lei expõe seus objetivos, que sejam: a criação de medidas para prevenir o uso indevido e, especialmente uma política de reinserção social aos dependentes químicos, *in verbis*:

Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Logo, estamos diante de uma inovação legal: a preocupação do legislador com os já dependentes e sua reinserção na sociedade, tendo em vista que a lei, em sua maioria busca evitar a prática dos delitos.

Foi criado o SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Tal sistema tem como objetivos principais a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas e a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Em seu artigo 4º, quando enumera os princípios do SISNAD, diz:

I – o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto a sua autonomia e à sua liberdade; [...] IX – a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção de uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Considera-se um grande avanço, pois aumenta a pena para os traficantes e reduz para o usuário, tendo em vista que a própria lei prevê a diminuição da pena em até dois terços para o

rêu com bons antecedentes e que não esteja ligado ao tráfico de drogas, de acordo com o § 4º, do artigo 33, da citada lei: “para o reconhecimento da causa de diminuição de pena, faz-se necessário que o agente: I) seja primário; II) seja de bons antecedentes; III) não se dedique às atividades criminosas; IV) não integre organização criminosa.

#### **4 NOVO TRATAMENTO DADO AO USUÁRIO DE DROGAS**

O art. 28 da referida lei diz que o usuário será submetido às seguintes penas: “I – advertência sobre os efeitos das drogas; II- prestação de serviços a comunidade; III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.

Há duas correntes doutrinárias que defendem oposições antagônicas em relação ao art. 28, que diz:

Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: - advertência sobre os efeitos da droga; prestação de serviços a comunidade; - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Luiz Flávio Gomes e outros doutrinadores acreditam que houve a descriminalização da posse da droga para uso próprio tendo em vista estas penas não serem elencadas na Lei de Introdução ao Código Penal quando diz que as penas serão de detenção ou de reclusão.

Outros estudiosos, inclusive Fernando Capez, acham que essa sustentação não deve ser considerada, pois a Constituição Federal, Carta Máxima, prevê a prestação social alternativa, ao lado das penas de privação ou restrição da liberdade, perda de

bens, da multa e da suspensão ou interdição de direitos.

A primeira corrente acredita que com medidas punitivas mais leves, como as do art. 28, seria uma descriminalização sim, pois o legislador quis proteger o usuário, tratando-o não só como infrator penal, mas como ser social com direitos a cuidados especiais.

José Henrique Rodrigues Torres, Juiz de Direito em Campinas, Secretário da Associação dos Juizes para a democracia, acredita que a norma que define o crime de porte de droga para uso próprio é inconstitucional, pois infringe alguns princípios tais como o da ofensividade (o fato não atinge terceiros), intimidade (livre arbítrio) e da igualdade (portar drogas lícitas - tabaco e álcool não é infração penal).

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário de nº 430105, entendeu-se que a posse de drogas para consumo pessoal é crime e o que houve a partir da Lei de nº 11.343/03 foi uma “despenalização”, tendo em vista a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal:

EMENTA:I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L.

11.343/06, partir de um pressuposto desaproço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.

Logo, segundo o entendimento dos tribunais, houve uma despenalização, tendo em vista que não mais pode ser cominada pena: nem privativa de liberdade nem restritiva de direitos.

Segundo Luiz Flávio Gomes, “a nova lei de drogas, no art. 28, descriminalizou formalmente a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de “crime” porque de modo algum permite a pena de prisão”.

Logo, segundo o mesmo autor, o usuário não pode ser chamado de “criminoso”, tendo em vista que ele é autor de um ilícito e não de um crime.

Continua o autor explanando que tal ato é considerado uma infração “sui generis”, se levamos em consideração que o consumo pessoal não se encaixa na modalidade “crime” nem na “contravenção penal”, mesmo porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão.

Diante do exposto, a Lei 11.343/06 alterou o tratamento atribuído ao usuário ou dependente de drogas, tendo em vista que, de acordo com o seu artigo 28, incisos I, II e III, aquele que tem a posse de drogas para consumo pessoal não mais estará sujeito, em qualquer circunstância, ao encarceramento. Tendo sido vedada a pena de prisão para os usuários e, o magistrado deve cominar uma pena alternativa.

Desta forma, o legislador entendeu que tal fato deve ser reconhecido pela lei como problema de saúde e que necessita tratamento e não de repressão em relação ao dependente químico.

Em seu artigo 48, § 1º, há a previsão para a aplicação do procedimento da Lei 9.099/95 para o processo e julgamento das infrações ao artigo 28 da nova lei de tóxicos:

O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. § 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se



houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099/95, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

Ou seja, o usuário de drogas será processado e julgado de acordo com o procedimento dos Juizados Especiais Criminais, uma vez que o seu ato é tido como crime de menor potencial ofensivo, cabendo, inclusive transação penal. Conforme Luiz Flávio Gomes:

Justifica-se nesse momento, sobremaneira, sublinhar a relevância do processo de despenalização, precisamente porque a revolucionária lei dos Juizados Especiais Criminais, fundada no princípio do consenso acabou reduzindo fortemente a aplicação da pena de prisão. A Lei 9099/95, é bem verdade, não cuidou de nenhuma descriminalização, isto é, não retirou o caráter ilícito de nenhuma infração penal do nosso ordenamento jurídico. Mas disciplinou, isso sim, quatro medidas despenalizadas (Medidas penais ou processuais alternativas que procuram evitar a pena de prisão) que são: 1ª) Nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública condicionada, havendo composição civil, resulta extinta a punibilidade; 2ª) Não havendo composição civil ou tratando-se de ação pública incondicionada, a lei prevê a aplicação imediata de pena alternativa (restritiva ou multa); 3ª) As lesões corporais culposas ou leves passam a requerer representação; 4ª) Os

crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano permitem a suspensão condicional do processo. O que há comum pelo menos no que pertine as três desses institutos despenalizadores, é o consenso (a conciliação) (2000, p. 63).

A pena somente deve ser utilizada como último recurso para corrigir o infrator. Isto significa que o Estado fracassou na tentativa de fazê-lo, dispondo de outros meios. É importante ressaltar que a Lei nº 9.099/95 não descriminalizou nenhum ilícito penal; apenas adotou algumas medidas despenalizadoras com a finalidade de evitar a aplicação da pena preventiva de liberdade.

Desta forma, mais uma vez o legislador busca a reparação do usuário e não uma punição. Trata a problemática de maneira mais realista e traz à sociedade alternativas para lidar com estes usuários que, certamente não é o melhor caminho encarcerá-los.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A solução para a criminalidade resultante do tráfico de drogas não está no Direito Penal, seja punindo severamente ou omitindo-se totalmente, mas sim nas transformações profundas na sociedade as quais façam pensar o social em detrimento do individual.

A Lei de nº 11.343/06 não sinaliza legalização, contudo dá um novo tratamento ao usuário e ao consumo de drogas pessoal: vetando seu caráter “criminal” ou de “contravenção penal” e, doutrinariamente enquadrando-o como infração “sui generis”, uma vez que ao usuário se deve cominar pena alternativa e não encarceramento.

Conclui-se que somente irá para a prisão quem dela efetivamente necessite. Procurou-se excluir da pena privativa de liberdade quem não demonstre necessidade de segregação,

quer pela reiteração, quer pela gravidade comportamental, quer pelo grau de dessocialização que apresente. Enfim, reservaram-se as penas privativas de liberdade para os crimes mais graves e para os delinquentes perigosos ou que não se adaptem às outras modalidades de penas.

Democratizar o direito e trazê-lo para próximo do povo é mais do que uma tentativa, é uma necessidade. Recuperar seres humanos é construir uma sociedade melhor.

## 6 REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, César Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOMES, Luiz Flávio, et. al. **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. Inglaterra rediscute a descriminalização da maconha.

**Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1816, 21 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11413>>. Acesso em: 25 jan. 2009.

GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. 2ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2008.

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: a irracionalidade da criminalização**. Boletim IBCCrim, São Paulo, 45/ 9 - 10, ago. 1996.

MARCÃO, Renato. **TÓXICOS – Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**, anotada e interpretada, 4ª ed. reformulada, 2006, p. 193.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Wikipédia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Maconha#Legaliza.C3.A7.C3.A3o> Acesso em 21 jan. 2009.

## PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL <sup>1</sup>

Maria da Conceição de Medeiros Costa<sup>2</sup>

### RESUMO

Neste artigo, mostramos a importância fundamental dos princípios do direito do trabalho para o desenvolvimento das relações juslaborais. Inicialmente, de forma objetiva, expomos o valor dessas normas e, posteriormente, fazemos referência ao significado de cada uma delas dentro do contexto das relações trabalhistas. Elaboramos um paralelo com os direitos sociais previstos na Constituição Federal. Nosso ponto de partida foi o princípio da proteção, o qual se apresenta como o mais importante entre os princípios específicos do direito do trabalho. Esse princípio objetiva estabelecer um apoio preferencial ao trabalhador que, sendo hipossuficiente, é a parte que se encontra em desvantagem nos pactos laborais. Fizemos algumas considerações sobre o princípio da razoabilidade, que é a aplicação jurídica do princípio da razão, do bom senso, e concluímos ratificando a importância dos princípios no reconhecimento e manutenção dos direitos dos trabalhadores.

**Palavras-chave:** Princípios do direito do trabalho.  
Relações juslaborais. Direitos sociais.

---

<sup>1</sup> Artigo desenvolvido como trabalho conclusivo da especialização em Direito Constitucional I, sob a orientação do Prof. Ms. Flávio Nogueira Gonçalves.

<sup>2</sup> Bacharel em Administração de Empresas pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Faculdade Ateneu/CE; Auditora Fiscal do Trabalho (Ministério do Trabalho e Emprego/CE).

## 1 INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do presente artigo é a importância de alguns dos princípios fundamentais na manutenção dos pactos laborais e sua aplicação no caso concreto. Para tanto, são feitas algumas considerações sobre princípios gerais, os quais o Direito do Trabalho, embora autônomo, compartilha com outros ramos do Direito, bem como outros princípios restritos à sua área de atuação que representam valores emitidos pela própria sociedade e que com esta evoluem, revelando o conteúdo básico das relações laborais indispensáveis nos conflitos entre o capital e o trabalho. Dessa forma, ressaltando a importância dos princípios no ordenamento jurídico trabalhista, fundamenta-se em abordagem pós-positivista sem desvirtuar-se do previsto na Consolidação das Leis do Trabalho e na Constituição Federal, essenciais na tutela da garantia do equilíbrio dos direitos das partes. Oportunamente, faz-se breve menção às regras, diferenciando-as da noção de princípios e demonstrando como elas também influenciam esse ramo especializado do Direito; além disso, mencionam-se outras normas que crescem a motivação da liberdade do hipossuficiente perante os anseios de lucros do capital.

A Constituição Federal de 1988, embora tenha especificado, claramente, alguns direitos trabalhistas no seu capítulo dos direitos sociais, não expressou, de forma pontual, nenhum princípio *juslaboral*, atualmente, identificado como parte vital do sistema jurídico brasileiro. Dessa forma, reconhecendo o valor dessas normas implícitas, é que o presente artigo visa identificar alguns desses princípios vetores que se manifestam na salvaguarda dos mínimos direitos destinados aos trabalhadores dentro do contexto social atual, quais sejam, princípio da proteção, princípio da inalterabilidade contratual e princípio da razoabilidade, sinteticamente aqui definidos, porém abordados de forma mais detalhada adiante.

O princípio da proteção destina-se a tutelar os contratos individuais de trabalho na sua forma ampla, visando nivelar as

desigualdades entres os contratantes, quais sejam, o empregador, dono dos meios de produção, e os empregados, tentando, dessa maneira, valorizar os últimos como seres humanos e suas atuações nas diversas modalidades contratuais. Seguindo o mesmo raciocínio, temos o princípio da inalterabilidade contratual, que tem como referência básica o princípio geral do Direito Civil da inalterabilidade dos contratos.

Esse princípio *jus laboral* tende a impedir que o empregador, à sua vontade e de forma unilateral, modifique as cláusulas contratuais pactuadas, embora, de alguma forma, signifique algum benefício à outra parte contratante. Exceção a esta modalidade, apresenta-se aqui o *jus variandi*, que, elaborado pela doutrina, concede ao empregador a faculdade de, em casos excepcionais, fazer mudanças (tratadas em tópicos específicos mais adiante) em algumas hipóteses das relações contratuais.

Posteriormente aos princípios, serão abordadas algumas das diversas formas de alterações contratuais previstas na Consolidação das Leis do Trabalho e legislação esparsa. E, por fim, trata-se do princípio da razoabilidade, que pressupõe o uso da razão e da coerência, inclusive em qualquer seguimento das relações sociais.

Assim, diante da necessidade superior da aplicação efetiva e constante dos princípios aqui abordados e de outros inseridos no nosso direito, e pelas próprias características dos diferentes vínculos inerentes às relações laborais, associadas aos desajustes que as mudanças sociais provocam nas mesmas, foram selecionados outros princípios que, pela sua aplicabilidade, melhor venham alimentar o pactuado como solução de nivelamento das desigualdades entre os donos dos meios de produção e os trabalhadores, não se desvirtuando, entretanto, da norma máxima no escalonamento da pirâmide jurídica, qual seja, a Constituição Federal. Nesse mesmo contexto, fez-se também uso de outras fontes necessárias e subsidiárias à garantia de melhores condições de trabalho, atividade mais digna do homem.

## 2 REGRA, PRINCÍPIO E NORMA DO DIREITO DO TRABALHO

A norma, nas considerações de J. Flósculos da Nóbrega<sup>3</sup>,

“ é uma regra de conduta que exprime um dever, prescrevendo o que se deve fazer para alcançar determinado fim. Surgem por imposição de nossas necessidades, como modos de satisfazê-las com o mínimo de atritos e desgaste possível. Exprime fato que pode ou não acontecer e se refere apenas às relações humanas. São anteriores aos fatos. É a norma que juridiciza os fatos”.

Para Willis Santiago<sup>4</sup>, as regras trazem a descrição de estados de coisas formados por um fato ou certo número deles, enquanto, nos princípios, há uma referência direta a valores. Daí se dizer, segundo o ilustre professor, que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam, diretamente, nenhuma ação, dependendo, para isso, da intermediação da regra concretizadora. A diferença está no fato de que as regras atuam de forma disjuntiva, aplicam-se ou não ao caso concreto. Elas têm uma dimensão de importância. Se, por exemplo, duas regras estão em conflito, uma delas não será válida para aquele caso. Já no caso dos princípios, havendo conflito, será utilizado o de maior valor ou peso, será feito um sopesamento, a fim de aplicar o que mais se identifique ao caso concreto sem, no entanto, afastá-lo do ordenamento jurídico.

Melhor dizendo, os princípios evidenciam sinais ou juízos

---

<sup>3</sup> NÓBREGA, J. Flósculos da. **Introdução ao direito**, José Konfino, 1968, p. 26.

<sup>4</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 45.

de valor que acabam conduzindo o legislador na construção normativa, que será melhor quanto mais adequadamente atender as necessidades da sociedade. Os princípios unificam o sistema jurídico e têm aplicação imediata. Paulo Bonavides<sup>5</sup> resume a questão, afirmando que princípios são normas, e normas compreendem, igualmente, princípios e regras.

No que refere ao nosso tema, a Constituição Federal não apresentou, de forma expressa, os princípios norteadores do direito do trabalho, porém elencou algumas diretrizes que guardam relação direta com esse direito e, no seu art. 22, I, deixou clara a competência da União para legislar sobre esse tema, bem como, no parágrafo único do mesmo artigo 22, faculta aos Estados, com autorização da União, legislar sobre questões específicas do que trata na íntegra do mesmo artigo.

Na verdade, nessa máxima de 1988, os princípios dividem-se em gerais e específicos, sendo os primeiros aplicáveis aos diversos ramos especializados do direito, preservando a noção de unidade da ordem jurídica, e os últimos aplicáveis ao direito do trabalho em si. No conjunto de normas próprias do direito do trabalho, encontramos alguns princípios, os quais estão divididos em duas ordens, os que tratam dos direitos dos trabalhadores de forma individual e os que tratam dos direitos dos trabalhadores de forma coletiva. Os primeiros são os elencados no artigo 7º aos trabalhadores urbanos e rurais, embora hoje se faça desnecessária essa divisão, uma vez que a própria Constituição igualou esses trabalhadores, inclusive quanto ao prazo prescricional referente à relação de emprego, nos arts. 8º aos 11, da CF, que assegura ainda o direito de substituição processual, o direito de participação e o direito de representação classista da Constituição Federal. Seguem abaixo alguns itens extraídos do art. 7º da CF/88, uns, pela própria natureza, dispensam quaisquer comentários, a saber:

---

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 243.



#### I – Relação de emprego protegida.

Essa proteção visa impedir que o empregado seja despedido sem motivo justificador, relevante para a sociedade, porém essa garantia não é absoluta, podendo a Constituição criar mecanismos de compensação desse direito.

#### II – Seguro desemprego.

Financiado pelo Programa de Integração Social e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS-PASEP, objetivando manter o empregado despedido involuntariamente enquanto encontra uma nova ocupação.

#### III – Fundo de garantia de tempo de serviço.

Como salienta José Afonso da Silva, o fundo de garantia poderá ser, dependendo de sua regulamentação, uma espécie de patrimônio individual do trabalhador, destinado a suprir despesas extraordinárias para as quais o simples salário não se revele suficiente, como a aquisição de casa própria.

#### IV – Salário mínimo.

Foi visando proteger o trabalhador que a Constituição Federal procurou garantir um salário mínimo e necessário para atender suas necessidades básicas e a de sua família, muito embora os valores, hoje, pagos como salário mínimo não sejam suficientes sequer para manter as necessidades do próprio trabalhador.

#### V – Piso salarial proporcional à extensão e complexidade do trabalho.

#### VI – Irredutibilidade de salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

Criou a Constituição um meio de proteção do salário, visando à segurança do trabalhador, objetivando garantir-lhe algum direito, porém essa norma pode ser flexibilizada quando estiver prevista em convenção ou acordo coletivo.

#### VII – Salário nunca inferior ao mínimo.

Visou o legislador proteger o salário daquelas pessoas que não têm, exclusivamente, um valor fixo como remuneração, sendo parte fixa e parte variável, garantindo, em caso de períodos desfavoráveis ao seu desempenho, a percepção do salário mínimo. É o caso, por exemplo, daqueles empregados que trabalham em empresas que, dependendo da estação do ano, têm seus salários modificados. (Barracas de praias, restaurantes, entre outros).

#### VIII – Décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria.

Norma criada para garantir aos empregados um salário extra por ocasião das festas natalinas. Tem natureza salarial, e o pagamento será a antecipação de metade do respectivo salário pago no mês anterior entre os meses de fevereiro e novembro de cada ano, sendo devido também por ocasião do fim dos contratos de trabalho, exceto no caso de despedida por justa causa. A segunda parcela será paga até o dia 20 de dezembro de cada ano, ou ainda, se for o caso, por ocasião das férias, desde que o empregado tenha requerido no mês de janeiro do correspondente ano. (Lei n. 4.749, de 12 de agosto de 1965).

#### IX – Remuneração do trabalho noturno superior ao diurno.

Foi o meio criado para compensar o trabalhador pelo serviço prestado à noite, horário que, pelos costumes habituais de repouso, acaba demandando maior esforço físico, bem como retira o trabalhador do convívio regular com seus familiares, bem como do convívio social.

#### X – Proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

A própria lei é quem definirá essa proteção, da mesma forma que considera crime a retenção do salário por qualquer meio.

XII – Salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda.

Direito específico criado para atender aos trabalhadores de baixa renda que tenham dependentes.

XIII – Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. No caso da redução da jornada, interessante seria se não houvesse redução de direitos do trabalhador, porém nem sempre será suportável ao empregador, assim necessário se faz um acordo entre as partes.

XIV – Jornada de 06 (seis) horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva. Jornada especial criada pela Constituição de 1988, para todos os trabalhadores realmente submetidos a esse regime de trabalho, que, em semanas diferentes, estejam laborando também em horários diferentes, ou seja, que, semanalmente, mudam seu turno de trabalho.

XV – Repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos.

Refere-se aqui a uma interrupção do contrato de trabalho. Prevê a lei maior uma periodicidade semanal para esse descanso que será de 24h consecutivas, e, conforme esse inciso, preferencialmente, aos domingos. Direito esse extensivo aos empregados domésticos.

XVII – Gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.

As férias visam favorecer um descanso de, no mínimo, 30 dias, após a condição de o trabalhador ter cumprido 12 meses de contrato de trabalho para um mesmo empregador. Essas férias serão remuneradas, inclusive, acrescidas de 1/3 a mais do que o salário normal;

XVIII – Licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

Visando proteger o direito da gestante e mais ainda o da criança recém-nascida e entendendo como fundamental a presença da mãe nos primeiros meses de vida da criança é que o prazo dessa licença especial foi aumentado de 84 para 120 dias. Ressalte-se que este direito não está condicionado ao nascimento da criança com vida e que ele encontra reforço em outros dispositivos constitucionais que visam igualmente à proteção à maternidade e à infância.

XIX – Licença-paternidade, nos termos fixados em lei.

Interrupção no contrato de trabalho do pai pelo prazo de 05 (cinco) dias consecutivos, por ocasião do nascimento de seu filho. Nesse caso, o tempo de serviço também é contado como de efetivo exercício, sem prejuízo do emprego e do salário.

Os incisos XIII a XV e XVII a XIX apresentam a melhor avaliação que fez o legislador como forma de garantir repouso aos empregados visando equilibrar força de trabalho e descanso. Como bem salienta Amauri Mascaro do Nascimento<sup>6</sup>, nas Disposições Constitucionais Transitórias, há regras sobre estabilidade especiais da gestante e dos dirigentes da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes da empresa, bem como normas sobre indenização de 40% sobre os depósitos da conta do empregado no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Sob o mesmo aspecto o art. 1º, III, dispõe que a República Federativa do Brasil tem, como fundamento, entre outros, a **dignidade da pessoa humana**; e o inciso IV do mesmo artigo, **os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**; o art. 170 da CF/88, como acentua Arnaldo Sussekind<sup>7</sup>, ao estatuir os princípios gerais da atividade econômica, ratificou a orientação constitucional

---

<sup>6</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Ltr, 2004.

<sup>7</sup> SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. v. I. 14. ed. São Paulo: LTr, [s.d.].

anterior, disciplinando preceitos que mantêm, afinadamente, relação com os direitos dos trabalhadores, a saber: valorização do trabalho humano (*caput*); justiça social (*caput*); função social da propriedade (III); e busca do pleno emprego (VIII).

A Constituição Federal, quando trata da ordem social, deixa expresso, no texto do seu artigo 193, o seguinte: “Art. 193 – ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Baseados neste artigo e seguindo a orientação de alguns doutrinadores, dizemos que a ordem social e a ordem econômica estão alinhadas, uma vez que ambas se fundam na valorização do trabalho e têm como primado assegurar uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. E aqui, valendo-nos do princípio da igualdade, diríamos que, para ter uma existência digna, é necessário que todos tenham o direito a um trabalho, efetivamente, ou direito social ao trabalho, que corresponde à escolha e prática de uma profissão. Fechando esse tema, não poderíamos deixar de mencionar o que, na essência, são os direitos que complementam o homem perante o Estado, ou seja, aqueles direitos que somente poderiam ser alterados por emenda constitucional, os direitos fundamentais. E, nesse rol de direitos, referindo-se ao nosso tema, fazemos uso da expressão *os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (IV), como condição para o alcance de outro fundamento básico do Estado Democrático de Direito, que é *a dignidade da pessoa humana* (CF, art.1º, III).

Menciona o art. 5º da Constituição Federal princípios gerais de direito que, embora aplicáveis a todas as pessoas, de algum modo, também são aplicáveis ao direito do trabalho; e, nesta ordem, são apresentados por Aumari Mascaró:

- inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (*caput*);
- igualdade entre homens e mulheres nas suas obrigações (inc.I);

ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa

senão em virtude de lei (inc. II);

- é livre a manifestação do pensamento sendo vedado o anonimato (inc. IV);

- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (inc. V);

- é inviolável a liberdade de consciência e de crença (inc. VI);

- ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta (inc. VIII).

- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (inc. X).

Lembramos ainda, que dos direitos acima relacionados alguns são simplesmente previstos, tendo em vista seu caráter de não-aplicabilidade normativa devido ao fato da ausência de lei complementar que venha disciplinar o procedimento de sua realização prática. E, por oportuno, ressaltamos serem esses direitos meramente exemplificativos, não estando excluídos quaisquer outros que venham dar maior estabilidade às mínimas conquistas trabalhistas dos cidadãos, quer de forma explícita ou implícita. E fechamos com o §2º do art. 5º da CF/88, que assim estatui: “Art 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...”.

### **3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO**

Os princípios do Direito do Trabalho são específicos e aplicados em todo território brasileiro, porém, com a globalização que vivenciamos, é necessário adequá-los de forma a atender cada caso em seu particular. Eles estão consubstanciados numa estrutura normativa, em que existem permanentes

diferenciações sociais, econômicas e políticas, em que estão presentes os conflitos de interesses, e a luta de classes é um imperativo entre o capital e o trabalho. Nesse contexto, surge um direito individual do trabalho cuja metodologia é a de proteção por meio de suas normas, regras, princípios e outros meios que venham favorecer ao trabalhador nessa injusta competição, visando nivelar, juridicamente, essa convivência desigual da relação de emprego.

### 3.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O princípio de proteção é um direito destinado, desde as suas origens, à tutela do trabalhador. Tem, como principal objetivo, ampará-lo procurando garantir um nivelamento econômico com o empregador. É o princípio basilar do direito laboral, dele derivando vários outros. É a máxima desse ramo específico do direito.

Encontra-se presente, de forma clara, porém não expressa, no texto do artigo 7º da CF/88.

Segundo Plá Rodrigues<sup>8</sup>, este princípio está ligado a própria razão de ser do Direito do Trabalho. Para o consagrado doutrinador, o princípio da proteção se apresenta sob três formas de aplicação:

a) a regra *in dubio pro operário*: Trazida do *in dubio pro reo* do Direito Penal. Essa regra visa proteger a parte mais frágil dando-lhe um amparo preferencial. Havendo várias interpretações a uma norma, deve-se escolher aquela que for mais favorável ao trabalhador.

Ressalvamos, entretanto, que existem algumas condições para que essas regras sejam aplicadas, a saber:

No dizer de Deveali, citado por Plá Rodrigues, são as seguintes:

---

<sup>8</sup> RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho**. 5. tiragem. São Paulo: Ltr, 1997. p.251

1) somente quando exista dúvida sobre o alcance da norma legal, ou seja, no caso de diversas interpretações; e sempre que não esteja em desacordo com a vontade do legislador, ou melhor, o interprete jamais poderá substituir o legislador criando valores novos. Aqui o trabalho do interprete é meramente aplicativo. “O sentido a ser precisado deve estar em conformidade com o restante do ordenamento jurídico vigente”.

b) a regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas; e Amauri Mascaro defende que, havendo duas normas jurídicas sobre a mesma matéria, será, hierarquicamente, superior e, portanto aplicável ao caso concreto, a que oferecer maiores vantagens ao trabalhador, dando-lhe condições mais favoráveis, salvo no caso de leis proibitivas do Estado. Ressalva, ainda, que, ao contrário do direito comum, no Direito do Trabalho, a pirâmide das normas terá como vértice não a Constituição Federal ou as convenções coletivas de forma imutável. O vértice da pirâmide será ocupado pela norma mais vantajosa ao trabalhador, dentre as diferentes em vigor.

c) a regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador.

Segundo Américo Plá Rodrigues, essa regra pressupõe um embate entre a anteriormente aplicada e a regra nova ajustada no contrato de trabalho ou prevista no regulamento da empresa, devendo-se fazer valer a primeira na medida em que ela seja mais favorável ao trabalhador, nunca para reduzir ou subtrair aquelas já existentes.

Conclui-se que são três regras distintas, oriundas do mesmo princípio geral, sem que esteja uma regra subordinada ou derivada da outra.



### 3.2 PRINCÍPIO DA INALTERABILIDADE CONTRATUAL

Decorrente do princípio da proteção, esse princípio impede alterações nos contratos de trabalho em prejuízo do trabalhador, mesmo com anuência deste.

Os contratos, de maneira geral, são norteados por alguns princípios, entre eles, mencionamos o princípio da autonomia da vontade, ou seja, as partes contratantes têm liberdade na confecção das normas que vão regular seus interesses sem qualquer interferência do Estado; e o princípio da força obrigatória dos contratos, levando as partes ao cumprimento do que foi convenionado, desde que seja válido e eficaz; trata-se da força vinculante das convenções, vigorando como lei entre as partes. Podendo as cláusulas do contrato ser alteradas, excepcionalmente, em casos fortuitos ou de força maior, *rebus sic stantibus*, (art. 1058 e §único CC) e, quando do implemento das obrigações ocorrerem fatos novos que causem prejuízos a um ou mais contratantes, ou quando as partes desejarem e desde que não cause prejuízos a uma delas. No Direito do Trabalho, entretanto, essa fórmula de revisão dos contratos não é muito bem aceita devido ao fato de ser o empregador quem deve arcar com o ônus do seu empreendimento, conforme previsto no art. 2º, *caput*, CLT; outro motivador é o caso de o hipossuficiente agir em condições de fraqueza e impotência, tendo sido ferida sua condição de igualdade. Por ter sido a CLT elaborada numa época com outra conjuntura econômica (1943), justifica-se o fato (não significa dizer que esteja correto) de, em algumas de suas passagens, encontrarmos normas permitindo alterações com prejuízos ao empregado. Era o caso, por exemplo, do art. 503: “É lícita, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução dos salários da empresa [...]”. Vê-se como era grande a fragilidade contratual do trabalhador diante do dono dos meios de produção, porém, com a nossa nova realidade social e econômica, a própria Constituição Federal encarregou-se de derrogar essas normas ao fixar a impossibilidade de redução do salário (art. 7º, VI, CF/

88), fazendo valer outra realidade.

Em linhas gerais, esse importante princípio da inalterabilidade contratual afasta o pressuposto da modificação do que foi pactuado, salvo nos casos do parágrafo anterior ou outros que, justificadamente, motivem tal modalidade. É esse princípio da inalterabilidade contratual lesiva específico do Direito do Trabalho, porém tem sua origem no princípio geral do Direito Civil da inalterabilidade dos contratos. Ademais, dentro do ramo especializado do Direito do Trabalho, é inaceitável que o empregador, como um dos sujeitos do contrato, possa modificá-lo à sua vontade, valendo a bilateralidade e a consensualidade como as características mais marcantes desse pacto laboral. Cabe a ressalva de que essa regra impeditiva, embora interfira na autonomia da vontade, é de fundamental importância na garantia dos direitos do trabalhador. Transcrevemos abaixo o artigo 468 da CLT:

Art. 468 – contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda, assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena da nulidade contratual da cláusula, infringente desta garantia.

Pelo texto do artigo, vê-se, claramente, que esse princípio da inalterabilidade ou imodificabilidade impede até mesmo a modificação bilateral por mútuo consentimento, se, direta ou indiretamente, daí resultarem prejuízos ao empregado e, assim sendo, as perdas serão consideradas, desde sua origem, como causa de nulidade absoluta da alteração do contrato de trabalho. Isso se justifica pelo fato de o empregado encontrar-se numa condição subserviente, dentro da empresa, e vir a recepcionar alterações embora prejudiciais a ele próprio.

Outrossim, na hipótese do art. 444 da CLT, vemos a impossibilidade absoluta de alterações desfavoráveis ao empregado, completamente vedadas pelo conjunto de normas trabalhistas, a saber:

Art. 444 – relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, às convenções coletivas que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Ressalte-se, entretanto, que a Constituição Federal prevê alterações lícitas de redução de salário e alteração na duração normal do trabalho, sendo necessário, entretanto, que tais mudanças se façam mediante acordo ou convenção coletiva (incisos, VI e XIII do art. 7º CF, respectivamente).

#### **4 JUS VARIANDI**

O princípio do *jus variandi* elaborado pela doutrina objetivando a alterações unilaterais no contrato de trabalho pelo empregador, em casos excepcionais, permitindo pequenas mudanças, que não atinjam, significativamente, o pactuado, nem importem em prejuízo ao trabalhador. Nesse quadro de alterações possíveis, citamos algumas hipóteses:

A CLT, no parágrafo único do art. 468, assim dispõe: “Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança”. Dessa maneira, concluímos que, passada a confiança que o empregador depositava no empregado, o primeiro poderia reverter, sem nenhum óbice, o segundo ao cargo que este, anteriormente, ocupava sem isso configurar atitude injusta ou abusiva. Ocorre que, nesses casos de reversão do empregado que ocupava cargo de confiança, acompanha-o também uma perda remuneratória, vez que o revertido perde o direito à gratificação a que fazia jus quando da ocupação do cargo e não adquire qualquer garantia ou estabilidade, o que já vimos acima. O art. 499 da CLT vem ratificar: “Art. 499 CLT – não haverá estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou

outros de confiança imediata do empregador ressalvada o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais”.

Apesar dessa negação de estabilidade ao revertido e buscando amenizar o desequilíbrio financeiro para os que perceberam gratificação por 10 anos ou mais e se veem afastados do cargo de confiança sem justo motivo, a Orientação Jurisprudencial 45 primou pela manutenção do pagamento, garantindo, assim, estabilidade financeira.

Outras situações previsíveis, inclusive de emergência, ocorrem dentro das empresas, sendo necessário, eventualmente, que haja substituições temporárias de empregados para ocupar funções de pessoas que estejam em licença gestante, por exemplo, férias, entre outras situações rotineiras no funcionamento empresarial. É o que aborda o artigo a seguir: “Art. 450 – empregado chamado a ocupar, em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária cargo diverso do que exercer na empresa, será garantida a contagem do tempo naquele serviço, bem como a volta ao cargo anterior”.

Observamos serem esses casos rotineiros; essas substituições temporárias fazem, inclusive, parte do processo de cooperação laboral dos membros da empresa. É típico do *jus variandi* empresarial. Conforme o disposto no enunciado n. 159 do TST, “perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído”.

Fique claro que, no mesmo texto do artigo em pauta, cessado o fato justificável da substituição, é assegurado o retorno do empregado ao cargo que anteriormente ocupava.

Por fim, a doutrina orienta que, havendo extinção do cargo, a empresa poderá mudar a natureza do trabalho do empregado, desde que não traga prejuízo moral ou patrimonial ao mesmo. Caso contrário, este considerará rescindido o contrato nos termos do art. 483, d, da CLT.

Outra alteração lícita é o caso do empregado que tem

deficiência física ou mental atestada pelo órgão previdenciário competente que pode ser readaptado em outra função, inclusive para uma inferior à que exercia anteriormente (§4º do art. 461, CLT). Quanto à licitude da redução de salário, há controvérsia, pois, na própria redação do artigo, vemos que o readaptado não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial, presumindo-se que o salário não será reduzido. Além do mais, a Constituição Federal assegura essa irredutibilidade (art. 7º, VI).

## **5 ALTERAÇÕES CONTRATUAIS**

### **5.1 ALTERAÇÃO DO LOCAL DE TRABALHO – TRANSFERÊNCIA DO EMPREGADO**

Pelos termos do art. 469 da CLT, não é possível transferir o empregado sem a sua anuência para localidade diferente da prevista no contrato, excetuando se existirem cláusulas implícitas ou explícitas com tais condições, e ainda desde que comprovada a real necessidade de serviço, "não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança de seu domicílio".

É lícita a transferência quando ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado (art. 469, §2º, CLT). Nesse caso, inexistente a necessidade da anuência do empregado tendo em vista o fato de não mais existir o estabelecimento em que ele trabalhava; tampouco se fala em necessidade de serviço, pois o que se pretende aqui é garantir o emprego, dando ao trabalhador uma oportunidade.

A legislação em vigor prevê que alguns empregados sejam intransferíveis, ainda que comprovada a real necessidade de serviço, como o caso dos estáveis e dirigentes sindicais. Se a empresa for extinta, sem a ocorrência de força maior, esse empregado fará jus à indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado paga em dobro (art. 497, CLT). Ocorrendo

extinção por força maior, a indenização pagar-se-á na forma simples (arts. 497, 498 e 502, CLT). Se o dirigente sindical solicitar a transferência ou aceitá-la, perderá o mandato (§1º do art. 543 da CLT).

Há o caso também de transferência provisória, que, prevista no §3º, art.469 da CLT, compreende uma necessidade de serviço da empresa permitida pela lei, desde que atendidos certos requisitos explícitos. Independe da vontade do empregado, e é imprescindível que o serviço somente possa ser executado por esse trabalhador que está sendo transferido. Não especifica a lei o que seja necessidade de serviço, presumindo-se como sendo uma tarefa de interesse da empresa, mas sempre de caráter transitório, em que se faça necessário o deslocamento de um empregado para outro município diverso daquele onde trabalha. Também não fixa a lei o prazo máximo da transferência provisória devendo ser analisado cada caso em particular.

No caso de remoções para o exterior, não prevê a jurisprudência a aplicação do *jus variandi*. Prevendo o texto normativo da Lei n. 7.064/83 remoções somente nos casos das empresas prestadoras de serviços de engenharia, consultoria, projetos e obras, montagens, gerenciamento e congêneres.

## **5.2 ALTERAÇÃO DA DURAÇÃO DO TRABALHO**

Em regra, a duração do trabalho não pode ser alterada, mas existem as exceções dos art. 59 e 61 da CLT, respectivamente, que tratam das horas suplementares.

## **5.3 ALTERAÇÃO DE HORÁRIO**

Podem ser admitidas alterações de horário desde que não tragam prejuízo salarial, nem impeçam o trabalhador de exercer outras atividades em que já se ocupe quando da fixação do horário que se pretende alterar.

## **5.4 ALTERAÇÃO DE SALÁRIO**

Nos termos do art. 468 da CLT, não podem ser alterados os salários, quer quanto ao valor, quer quanto à forma de seu pagamento. Comporta exceções:

a) eliminação da insalubridade pelo fornecimento de Equipamento de Proteção Individual (enunciado 80, TST);

transferência do período noturno para o diurno, implica a perda do adicional noturno (enunciado 256, TST);

redução de salário decorrente do retorno do empregado ao seu posto efetivo, quando dele se encontra afastado em cargo de confiança, interino ou comissionado (art. 468 CLT).

## **5.5 PROMOÇÃO E REBAIXAMENTO DA CATEGORIA**

Mesmo na promoção aparentemente vantajosa, é fundamental o consentimento do empregado. O rebaixamento da categoria, ainda que de comum acordo, é proibido em nossa legislação, vez que a busca da segurança de emprego poderá induzir o trabalhador a acatar situações a ele desfavoráveis.

Assim, além do consentimento para casos de eventuais mudanças nos contratos de trabalho, necessário se faz que não haja prejuízo ao trabalhador, e quaisquer atos contrários serão tratados tomando-se por base o disposto no art. 9º da CLT, o qual assim se traduz: “são nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Como já abordamos, nos vários exemplos apresentados, nenhuma alteração nas cláusulas contratuais pode ser efetuada sem que ambas as partes estejam de comum acordo, e desde que não haja prejuízos de forma a desequilibrar o pactuado, observadas as exceções, algumas delas já comentadas.

## 6 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Para Américo Plá Rodriguez, razoabilidade é a qualidade do razoável.

Ainda na conceituação de Américo Plá Rodriguez, o princípio da razoabilidade consiste na afirmação essencial de que o ser humano, em suas relações trabalhistas, procede e deve proceder conforme a razão.

Para a professora Germana Moraes, o teste da razoabilidade configura um método de obtenção do equilíbrio entre os interesses em conflito.<sup>9</sup>

Em outras doutrinas, apoiamo-nos na tese de que, embora não estando de forma expressa na Constituição Federal, vê-se o princípio acima firmado na disposição constitucional do devido processo legal (art. 5º LIV), de onde aquele deriva, e no direito do trabalho. Partindo da conceituação de Plá Rodrigues, esse princípio tem a premissa de direcionar o caminho a seguir no momento da regulação dos interesses trabalhistas. Ou seja, no direito do trabalho, apresenta-se de forma a que os contratantes ajam com o mínimo de racionalidade possível, garantindo um equilíbrio entre as relações, provocando uma sintonia nos objetivos das partes. Melhor explanando, diríamos não ser razoável, por exemplo, que um motorista, ao fazer o transporte de passageiros, abandone-os no meio da estrada, sem qualquer justificativa. Por outro lado, também não seria razoável, após um mês de trabalho, o empregador, sem nenhum amparo legal, não remunerar seus empregados.

Seguindo o mesmo raciocínio, transcrevemos abaixo algumas súmulas, entre outras, em que encontramos o mínimo de razoabilidade na adequação dos direitos dos trabalhadores, a saber:

---

<sup>9</sup> MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 133.



#### Súmula 198 do TRF

As ausências motivadas por acidente do trabalho não são descontáveis do período aquisitivo das férias.

#### Súmula 213 do TRF

É devido o adicional de serviço noturno, ainda que sujeito o empregado ao regime de revezamento.

#### Súmula 402 do TRF

Vigia noturno tem direito a salário adicional.

Na CLT, são vários os artigos em que também podemos encontrar o princípio da razoabilidade, no entanto nos limitaremos aos seguintes:

Art. 448 – mudança na propriedade ou na estrutura jurídica empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos .

Art. 474 – suspensão do empregado por mais de 30 dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho.

Ainda no texto celetista, visando garantir os momentos de descanso dos empregados, procurou o legislador, racionalmente, também não onerar os custos do empregador. É o que apreendemos do § 2º do artigo 71 da CLT transcrito a seguir: “Art. 71 – (...) § 2º - Os intervalos de descanso não serão considerados na duração do trabalho”.

Dessa forma, concluímos que, na ponderação e resolução dos conflitos de interesses trabalhistas, o empregador, embora agindo dentro do contexto legal, terá seus atos considerados inválidos se não obedecer ao mínimo de racionalidade e bom senso nas atitudes emanadas de seu poder de mando em relação a seus empregados.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Vemos que, apesar de toda a evolução em relação ao direito do trabalhador, ainda é grande a distância entre os objetivos deste e os do empregador, resultando num confronto permanente entre o forte e o fraco. Com base nesse confronto, surge a

necessidade de aplicação de princípios que garantam melhores condições sociais de trabalho, em especial, o princípio da proteção, que visa amparar os trabalhadores nessa relação de submissão jurídica e econômica, nivelando a luta pelo direito.

Saliente-se que os princípios constitucionais que norteiam o Direito do Trabalho são de fundamental importância no favorecimento aos trabalhadores bem como nas mudanças morais e éticas que possam provocar na sociedade. Ressalte-se também que, de forma geral, esses princípios corroboram os anseios populares e visam assegurar que os trabalhadores sejam protegidos no seu meio mais elementar de garantir sua subsistência: vendendo sua força de trabalho.

Finalmente, espera-se com esse trabalho ter-se contribuído, de alguma forma, para a busca de uma ordem social mais justa em que os trabalhadores sejam motivados a lutarem por direitos que lhes são fundamentais para a manutenção de sua dignidade.

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. reimp. Brasília: Polis (editora universidade de Brasília), 1991.
- BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CAMPANHOLE. **Consolidação das leis do trabalho e legislação complementar**. 108. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2004.
- GUERRAFILHO, W. S. **Processos constitucionais e direito fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso bastos, 2001.
- MARTINS, S. P. **Direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MORAES, G. de O. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.
- NASCIMENTO, A. M. **Iniciação ao direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Ltr, 2004.

NETO, J. S. **Direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Copola, 1999.

NÓBREGA, J. F. da. **Introdução ao direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1968.

RODRIGUEZ, A. P. **Princípios de direito do trabalho**. 5. tiragem. São Paulo: Ltr, 1997.

SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUSSEKIND, A.; TEIXEIRA FILHO, J. de L. **Instituições de direito do trabalho**. v. I. 14. ed. São Paulo: LTr, [s.d.].

## **A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO DANO AMBIENTAL**

**Ana Carolinne P. Do Nascimento**<sup>\*1</sup>

**Orientador: Samuel Miranda Arruda**<sup>\*\*2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Meio Ambiente. 3 Dano. 3.1. Dano Ambiental. 4 Responsabilidade Civil. 4.1. Responsabilidade Ambiental. 5 Princípio da Insignificância. 5.1. Princípio da Insignificância no Direito Ambiental. 6 Considerações Finais. 7 Referências.

**RESUMO:** A partir da análise das ações humanas na natureza, vislumbra-se a urgente necessidade de se buscar meios efetivos que assegurem a todos o direito ao meio ambiente equilibrado. Por ser indivisível e indisponível, evidente que este direito não pode ser apreciado sob os mesmos critérios firmados para condutas na esfera criminal. Segundo este entendimento, inconcebível aplicar-se o princípio da insignificância na tutela de direitos coletivos. Este trabalho objetiva demonstrar que intervenções individuais no ecossistema, aparentemente de pequeno potencial ofensivo, quando somadas, acarretam grandes prejuízos ambientais, muitas vezes incalculáveis.

**PALAVRAS-CHAVE:** Meio Ambiente – Dano Ambiental – Responsabilidade Civil – Princípio da Insignificância.

---

<sup>1</sup> Aluna do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará. Monitora de Direito Administrativo II, na UFC

<sup>2</sup> Procurador da República; Doutor em Ciências Jurídico- Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da Universidade do Ceará.

## 1 INTRODUÇÃO

As previsões futuras sobre a situação do meio ambiente tem preocupado a muitos, principalmente estudiosos, o que tem proporcionado uma maior adesão a propostas protecionistas de todos os bens ambientais, de forma a assegurar a formação da consciência ecológica e da educação ambiental da sociedade.

Luís Paulo Sirvinskas<sup>3</sup> alerta para a possível antecipação do fim do planeta, tendo em vista as ações humanas, as quais muito têm contribuído para a ocorrência das grandes catástrofes naturais, do desequilíbrio ecológico, dos desmatamentos, além da extinção de várias espécies.

O olhar humano sobre o meio ambiente modificou-se. A antiga preocupação de explorar os recursos naturais, visando exclusivamente ao enriquecimento individual de quem dele usufruía, cedeu lugar à utilização consciente e responsável desses recursos. Essa conscientização decorre do reconhecimento de que os recursos ambientais são imprescindíveis à manutenção do ecossistema.

Essa nova postura fará com que se dirijam atenções ao meio ambiente e a preocupação seja, cada vez maior, em manter viva a vida no planeta. Talvez, em uma visão mais otimista, seja possível afirmar que o ser humano já avança nessa perspectiva, reconhecendo os danos que suas ações, durante o decorrer da história, geraram no conjunto ambiental do globo.

A seu turno, a crescente onda de medidas protecionistas, adotadas por um número crescente de países, de grupos e empresas públicas e particulares, demonstra a importância que, atualmente, se dá à preservação destes recursos ambientais.

Nesse contexto, em que o objetivo comum é a proteção ambiental, atos contrários a esse fim devem ser combatidos.

---

<sup>3</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental. São paulo: Saraiva, 6<sup>o</sup> ed., 2008, p. 3.

Por isso, o legislador, no intuito de reprimir condutas ambientalmente degradantes, impõe ao causador do dano a responsabilização, a qual, a depender do caso concreto, poderá até ser simultaneamente nas três esferas: penal, civil e administrativa.

Para alcançar o objetivo deste trabalho, é imprescindível que se compreenda o conceito de meio ambiente, de forma a evitar, assim, visões simplistas e inexatas sobre o tema.

## 2 MEIO AMBIENTE

Primeiramente, cabe ressaltar que há vários prismas pelos quais se pode visualizar a amplitude conceitual do que seja meio ambiente. Nesse sentido, Edis Milaré<sup>4</sup> sintetiza o assunto nos termos abaixo:

“Numa **visão estrita**, o meio ambiente nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e as relações com e entre os seres vivos”. Tal noção, é evidente, despreza tudo aquilo que não diga respeito aos recursos naturais.

Numa **concepção ampla**, que vai além dos limites estreitos fixados pela Ecologia tradicional, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos.(...)”(grifo nosso)

Assim, a Lei nº 6.938/81, instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente, acolhendo a perspectiva ampla, definiu, expressamente, o conceito de Meio Ambiente, em seu inciso I do artigo 3º:

---

<sup>4</sup> MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco. São Paulo: RT, 2009, p. 113.

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

Pela transcrição acima, nitidamente se percebe a intenção do legislador em apresentar um conceito de amplos contornos, pois o objetivo é “atingir tudo aquilo que permite a vida, que a abriga e rege”<sup>5</sup>, ultrapassando, portanto, a perspectiva de concebê-lo pelo que é visível e delimitado, porque “não retrata apenas a ideia de espaço, de simples ambiente, mas, pelo contrário, vai além, para significar, ainda, o conjunto de relações físicas(...) entre os fatores vivos (bióticos) e não vivos (abióticos), ocorrentes nesse ambiente e que são responsáveis pela manutenção, abrigo e regência de todas as formas de vida existentes nesse ambiente.”<sup>6</sup>

Realmente, a amplitude conceitual acaba por atrair para o Direito Ambiental uma gama de objetos e problemas a serem analisados. Todavia, por outro lado, permite que a proteção a ele dispensada seja a maior possível.

O conceito legal mostra-se de grande valia para o estudo e a normatização do tema, porque, “além de dar contornos mais precisos à expressão (...), também caracteriza o objeto do Direito Ambiental.”<sup>7</sup> A doutrina especializada, por sua vez, tem procurado definir o meio ambiente a partir de uma noção científica, o que muito tem contribuído para a importância e estudo acadêmico do tema.

---

<sup>5</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 17º ed., 2009, p. 55.

<sup>6</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental*, parte geral, São Paulo: RT, 2º ed., 2005, p. 65.

<sup>7</sup> MILARÉ, Edis, p.115.

Assim, José Afonso da Silva apresenta o meio ambiente como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.”<sup>8</sup>

Destaque merece o conceito apresentado por Paulo de Bessa Antunes<sup>9</sup>, ao enunciar que:

“O meio ambiente é um bem jurídico autônomo e unitário, que não se confunde com os diversos bens jurídicos que o integram. É uma *res communes omnium*. Uma coisa comum a todos, que pode ser composta por bens pertencentes ao domínio público ou ao domínio privado. (...). A fruição do bem jurídico meio ambiente é sempre de todos, da sociedade. Por outro lado, o dever jurídico de proteger o meio ambiente é de toda a coletividade e pode ser exercido por um cidadão, pelas associações, pelo Ministério Público, ou pelo próprio Estado contra o proprietário dos bens ambientais”.

Da lição acima, extraem-se importantes características dos bens ambientais e, especialmente, a de ser um bem, que não é público nem privado, cujo domínio não é exclusividade de ninguém, pelo contrário, pertence a toda coletividade, é patrimônio de todos. E, por assim ser, exige também da coletividade, em contrapartida, uma postura de preservação ambiental, já que a existência de vida humana depende do meio ambiente.

Nessa perspectiva, tem-se a Lei nº 6.938/81, ao preceituar ser o meio ambiente considerado patrimônio público, assegurado

---

<sup>8</sup> DA SILVA, José Afonso. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros, 7º ed, 2009, p. 20.

<sup>9</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. . 11ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.235.



e protegido, em vista do uso coletivo<sup>10</sup>, e a Carta Magna de 1988, ao conceder uma constante tutela protetiva ao meio ambiente, no seu art. 225, que dispõe:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Ao conceder à matéria *status* constitucional, o constituinte demonstra claramente reconhecer a importância do meio natural para a vida da humanidade e, por conseguinte, a necessidade de maior proteção ao bem ambiental.

Diante do exposto, vê-se que tanto a legislação quanto a doutrina somaram esforços para por o meio ambiente no patamar de importância que hoje se encontra. Contudo, na opinião de Álvaro Luiz Vallery Mirra<sup>11</sup>, a legislação foi mais abrangente, o que contribuiu para a preocupação de proteção global do meio ambiente.

### 3 DANO

Inicialmente, antes de adentrarmos na seara da responsabilidade civil face a um dano ambiental, entende-se ser imprescindível uma breve explicação acerca do conceito jurídico de dano.

A contento, Paulo de Bessa Antunes<sup>12</sup> esclarece que dano é um prejuízo causado a alguém por um terceiro que se vê

---

<sup>10</sup> Art. 2º, I.

<sup>11</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente*. 2ª Ed. Editora Juarez de Oliveira: São Paulo, 2004, p. 9.

obrigado ao ressarcimento. É, ainda, a variação, material ou moral, negativa que deverá ser, na medida do possível, mensurada de forma que se possa efetivar o ressarcimento, devendo, para tanto, ter existido alguma ação ou omissão de um terceiro.

Afirma ainda, o aludido autor, que o dano “implica em alteração de uma situação jurídica, material ou moral, cuja titularidade não possa ser atribuída àquele que, voluntária ou involuntariamente, tenha dado origem à mencionada alteração”.

Para Américo Luiz<sup>13</sup>, quando se refere a dano, tem-se em mente o resultado da lesão ou da injúria que incide sobre o patrimônio moral ou material da pessoa, sem se restringir à ideia de prejuízo.

Como é cediço, a existência de dano enseja a reparação, assim, pode-se afirmar que não existe responsabilidade civil, sem a ocorrência do dano. Este é elemento essencial para configuração da responsabilidade na esfera cível, pois, diferentemente, da esfera penal, esta não se estabelece com a ocorrência da mera tentativa. Desta feita, a severa punição acarreta a exigência de, para o efetivo ressarcimento, ser necessária a classificação, especificação e quantificação do dano a ser reparado.

### 3.1. DANO AMBIENTAL

Dentro da classificação de dano, encontramos o dano ambiental, o qual, pela conceituação acima pode ser, simplificada, entendido como o resultado de qualquer lesão que atinge o patrimônio ambiental.

---

<sup>12</sup> ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Juris, 2008. p.234.

<sup>13</sup> DA SILVA, Américo Luís Martins. **Direito do meio ambiente e dos recursos naturais**, vol. I. São Paulo: RT, 2004, p. 702/703.

Entretanto inexistente definição legal para o conceito de dano ambiental, o que tem conduzido parte da doutrina a se amparar nos incisos II e III do art. 3º da Lei nº 6938/81<sup>14</sup>, que tratam, respectivamente, do que seja degradação e poluição ambiental, no intuito de, por esse meio, alcançar uma definição mais próxima do termo.<sup>15</sup>

Alguns doutrinadores, prescrevendo sobre o tema, denominam o dano ambiental de “dano ecológico”. Sendo este o exemplo de José Afonso da Silva<sup>16</sup>, por visualizá-lo sob o aspecto da ofensa aos recursos naturais. Por sua vez, Álvaro Luiz Valery Mirra<sup>17</sup>, empregando a expressão “dano ambiental” - segundo ele, mais adequada à definição de meio ambiente adotada pela legislação em vigor - visualiza-o como dano extra patrimonial específico, que alcança bens materiais e imateriais coletivos ou difusos.

A proteção ao bem ambiental justifica-se pelo fato de ser

---

<sup>14</sup> Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

<sup>15</sup> VIANNA, José Ricardo Alvarez. Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente. 1º ed., Curitiba: Juruá, 2006, p.128.

<sup>16</sup> DA SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 302.

<sup>17</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente. 2ª ed. São Paulo, 2004, p.89.

ele um bem de toda a coletividade, cuja mínima afetação tem repercussões a nível mundial. Logo, nada mais coerente que, em face da ocorrência de um dano a ele causado, mesmo que seja de menor potencial ou sem culpa, seja o responsável obrigado a repará-lo, além de por ele responder.

Francisco José Marques Sampaio<sup>18</sup> alerta para a gravidade do ato causador do dano ambiental, porque ele também significa um dano social, por privar a sociedade do bem e do benefício que ele proporcionava ao equilíbrio ecológico.

Nesse viés, urge salientar o alcance social do dano ambiental, pois, se por um lado, o homem depende da natureza para sobreviver, por outro, a manutenção dela tem estreita ligação com as ações humanas. É dizer com isso que “qualquer ação humana produz repercussões na natureza.”<sup>19</sup> Todavia não se pode deduzir que as ações humanas são todas degradantes do meio natural, ou mesmo que, ocorrendo lesão, haverá dano ambiental, haja vista “uma certa tolerância social, em relação a certos acontecimentos capazes de causar mutações ao meio.”<sup>20</sup>

Harmonizado com o entendimento acima, José Ricardo Vianna<sup>21</sup> defende se evidenciar o dano ambiental, quando há a quebra do equilíbrio ecológico em quaisquer de seus aspectos. Desse modo, não existindo o desequilíbrio, não se constituiria o dano ambiental, porque não subsiste ofensa ao direito garantido a todos do *meio ambiente ecologicamente equilibrado*.

Tal conclusão, a nosso ver, é bastante temerosa, porque pode servir de justificativa, embasada, a permitir a livre aplicação do princípio da insignificância em matéria de responsabilidade civil de dano ambiental.

---

<sup>18</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. Direito do meio ambiente e dos recursos naturais, vol. I. São Paulo: RT, 2004, p. 715.

<sup>19</sup> ANTUNES, p. 259.

<sup>20</sup> SILVA, Danny Monteiro da *apud* CATALÁ, Lucía Gomes. Op. cit. p. 84.

## 4 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade surge como consequência natural do dano causado, em outros termos, nada é mais natural que, quando alguém se sinta prejudicado/lesado por ação ou omissão de terceiro, exija dele a reparação do dano que adveio.

A definição jurídica apresentada pelo autor César Fiuza<sup>22</sup> vê a responsabilidade civil “como um dever, um compromisso, uma sanção, uma imposição decorrente de algum ato ou fato.”

Por sua vez, Maria Helena Diniz<sup>23</sup>, entende-a como: “a aplicação de medidas que obrigam uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.”

Em suma, a responsabilidade civil “é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.”<sup>24</sup>, estando associada à compensação de um dano sofrido.

Diante das concepções apresentadas, conclui-se que a responsabilidade está intimamente ligada à necessidade de punir o causador do dano, ao tempo em que tenta minimizar as consequências acarretadas ao sofredor deste. Encontra previsão normativa no art. 927 do Código Civil de 2002, o qual dispõe:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, ficará obrigado a repará-lo.

---

<sup>21</sup> VIANNA, José Ricardo Alvarez. Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente<sup>1º</sup> ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 130.

<sup>22</sup> FIUZA, César. Direito Civil: curso completo. 13 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 279

<sup>23</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 34.

<sup>24</sup> CAVALIERE FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 6º ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006, pág. 24.

A propósito, destaca-se a existência de duas modalidades na responsabilidade civil: subjetiva e objetiva, cuja distinção está relacionada com a presença ou não do elemento culpa para a obrigação de reparar o dano.

A responsabilidade subjetiva é a regra geral aplicada no ordenamento jurídico, alicerçando-se na ideia da culpa *latu sensu*, a qual se traduz na exigência de demonstrar ter tido o autor do dano agido com dolo - quando há a intenção de causar o dano - ou com culpa em sentido estrito - quando o agente age com imperícia, imprudência ou negligência. Significando dizer que, “em não havendo culpa, não há responsabilidade”<sup>25</sup>.

Diferentemente, a responsabilidade objetiva, também dita legal<sup>26</sup>, esteia-se na figura do risco, a qual dispensa a demonstração da culpa, bastando para que haja o dever de reparação o dano e o nexo causal entre este e a ação do responsável. “Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independente de culpa.”<sup>27</sup>

Analisada a situação no caso concreto, verifica-se a existência, objetivamente, de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima. Assim, presente o nexo, obriga-se aquele a ressarcir o último.

#### 4.1. RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

O meio ambiente, como bem de todos, requer uma tutela específica e bastante protetiva, visto que qualquer dano ali

---

<sup>25</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 10<sup>o</sup> ed. . São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22.

<sup>26</sup> A qualificação de legal ocorre porque a responsabilidade objetiva somente é aplicada quando há lei expressamente autorizando.

<sup>27</sup> GONÇALVES, p. 22.

causado atinge direta ou indiretamente a saúde, a segurança e o bem-estar da população como um todo.

É preciso dizer que, com o crescimento populacional, tecnológico e industrial, a interferência na esfera ambiental tem sido cada vez maior, acarretando, por óbvio, dano ao meio ambiente e, por conseguinte, o dever de reparação aos prejuízos surgidos.

A responsabilidade, aqui empregada, origina-se de “um princípio de Direito Natural, pois não é justo prejudicar nem os outros e nem a si mesmo.”<sup>28</sup>, intenciona-se, então, que o poluidor “pague” à sociedade pelos prejuízos sofridos, uma vez que, sendo um bem comum do povo, qualquer dano que lhe atinja exige reparação.

A responsabilidade sem culpa busca a reparação máxima. Com esse intuito, o legislador, em consonância com a previsão do art. 927 do CC/2002<sup>29</sup>, editou Lei nº 6.938/81, a qual em seu art. 14, §1º, assevera a aplicação da reparação objetiva em caso de dano ambiental, nos seguintes termos:

**“§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”**

---

<sup>28</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 699.

<sup>29</sup> “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, ficará obrigado a repará-lo.”

O legislador quis adotar a forma de responsabilização mais condizente com o princípio da supremacia do Bem Ambiental<sup>30</sup>, demonstrando a prevalência de proteção do interesse público sobre o do particular, em total consonância com o enfoque dado pela Constituição ao meio ambiente.

A defesa do ambiente, no que concerne à reparação do dano, sobreeleva-se em face de elementos de ordem subjetiva, em razão da dificuldade de apreciar a vontade e a ciência do agente. O que poderia impossibilitar ou retardar o dever de recompor o patrimônio paisagístico, ou seja, restabelecer o equilíbrio inicial, o *status quo*.

Para fins de punição civil, aplica-se o binômio dano/reparação, o qual traduz o dever jurídico de reparar qualquer ofensa causada ao meio ambiente, sem sequer questionar a razão da degradação, nem qual o tipo de atividade estava sendo exercida<sup>31</sup>.

Há a preocupação clara com a responsabilização das grandes poluidoras e degradadoras ambientais, que são empresas e fábricas de grande porte, cujos prejuízos ambientais são facilmente constatados. No entanto, é necessário cautela na averiguação da responsabilidade dos danos de pequeno potencial ofensivo, visto que a aparência de inofensividade e irrelevância pode esconder repercussões outras do dano ambiental.

É fato que as ações humanas promovidas em um ponto do planeta estão refletindo verdadeiras catástrofes ambientais em outro ponto diametralmente oposto, por exemplo. É engano pensar que os danos ambientais irrelevantes em nada contribuem para essa situação. Por ter esse cuidado, a legislação nacional previu a possibilidade de reparação do dano ambiental nas três

---

<sup>30</sup> Nas palavras de Ricardo Vianna, “é princípio que se assemelha e tem estreita afinidade com o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular que rege as relações de Direito Administrativo.”

<sup>31</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 17<sup>o</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 351.



esferas de responsabilização. Não significando com isso, a defesa da punição penal, civil e administrativa, concomitantemente, para todos os danos.

Vale reiterar que se defende a responsabilização de qualquer dano ambiental, no afã de se evitar a degradação tanto pelos danos de extraordinária dimensão quanto pelos de efeitos ditos irrelevantes. Na verdade, a crise ambiental exige algum posicionamento humano, e é nessa perspectiva que julgamos ser imprescindível a responsabilização do dano ambiental, porém observando, por óbvio, as situações concretas que cada caso impõe. Não é a busca de punição por punição, de forma desproporcional ou desarrazoada.

Evidentemente, não é fácil a reparação do dano ambiental, por isso é de extrema importância a responsabilização civil. Salientando que esta, mesmo existindo, não corresponderá a uma situação de completa saciação do dano, porquanto comumente, é irrealizável a reparação ao *status quo ante*, além de que a reparação pecuniária nunca conseguirá suficientemente recompor o dano.

Dessa forma, reconhece-se que a prevenção é sempre a melhor solução, mas existindo o dano, é inconcebível a total irresponsabilidade do autor do dano.

## 5 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância derivou do princípio da adequação social, concebido por Hanz Welzel, ao considerar não típica, aquela conduta que, mesmo subsumida a um tipo legal, fosse socialmente aceita e estivesse em acordo com a ordem social historicamente condicionada<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 5º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 154.

<sup>33</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 133.

Se para alguns o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes<sup>33</sup>, para outros ele restava insuficiente<sup>34</sup>. Assim, na intenção de complementar o princípio da adequação social, Claus Roxin propôs o princípio da insignificância.

Como o próprio nome já revela, o princípio da insignificância visa excluir a tipicidade daquelas condutas não tidas como irrelevantes. A intenção é desviar a incidência do direito penal, o qual deve se ocupar das condutas tidas como relevantes, só devendo ser acionado quando necessário a amparar o bem jurídico. Nesse sentido, Monteiro de Barros<sup>35</sup> leciona:

“As lesões insignificantes ao bem jurídico devem ser excluídas da esfera de atuação do direito penal, que, cada vez mais, vai se transformando num direito de intervenção mínima.(...) A irrelevância do fato exclui, de antemão, a antijuridicidade material, em face da inexistência de significativa lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente protegido.”

Com o objetivo de garantir ao direito penal só cuidar das tutelas que ofendessem gravemente o bem jurídico, cabe inquirir se restaria impune aquele que praticasse qualquer dano tido por irrelevante para tutela penal. A resposta, por óbvio, é negativa. À tutela cível, como independente que é, cabe a promoção de responsabilização neste caso.

Vale ressaltar, nesse ponto, que a aplicação do princípio

---

<sup>34</sup> TELES, Ney Moura. Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120, volume 1. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 204.

<sup>35</sup> DE BARROS, Flávio Augusto Monteiro. Direito Penal: parte geral, volume 1. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 322.

da insignificância deve ocorrer quando há crime de menor potencial ofensivo, para que as medidas de punição sejam adequadas à conduta e às consequências do ato. Nesse ponto, pertinente a diferenciação que Moura Teles faz entre o princípio da bagatela e a criminalidade de bagatela<sup>36</sup> :

*“Quando incide o princípio da bagatela, não há crime; na criminalidade de bagatela, o crime existe, todavia, o tratamento processual e penal é diverso, com a possibilidade da suspensão condicional do processo, transação com a vítima, reparação do dano, aplicação de pena não privativa de liberdade, e outros institutos de natureza processual.”*

Pelo exposto, infere-se que aquele que pratica algum crime, mesmo potencialmente menos gravoso, deve responder por ele, senão na esfera penal, com certeza na esfera cível. Caso contrário é assegurar a impunidade e permitir que tais ações se repitam.

## **5.1. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO AMBIENTAL**

É de amplo conhecimento que, quando diante de uma ofensa ao meio ambiente, pela proteção a maior que lhe é

---

<sup>36</sup> TELES, p. 205.

<sup>37</sup> Art. 2º. Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

dispensada, temos a responsabilização penal, civil e administrativa do poluidor, conforme previsto na Lei nº 9605/98<sup>37</sup>.

A responsabilidade civil, em se tratando de crime ambiental, deve sempre existir, pois caso o dano seja considerado insignificante, seja essa, talvez, a única forma de punição do infrator. No azo, a preocupação não é simplesmente com a conduta em si ou mesmo com a extensão do dano (pontualmente visualizado), intenciona-se reprimir as condutas lesivas ao meio ambiente, evitando a impunidade, bem como os efeitos do acúmulo de pequenas condutas danificadoras do patrimônio comum.

Defender a responsabilidade civil no dano ambiental tem um espectro bem maior que apenas aplicar mais uma punição ao infrator, todavia é uma forma de este recuperar o ambiente danificado, retornando-o ao *status quo*, ou, não sendo este possível, a reparação tornar-se-á pecuniária, cujos valores serão revertidos para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, de acordo com o artigo 13 da Lei nº 7.347/85<sup>38</sup>, regulamentado pelo Decreto nº1.306/94.

Porém, há quem entenda existirem alguns danos ambientais em que perfeitamente se aplica o princípio da insignificância, tanto na esfera penal quanto na cível, sendo suficiente a responsabilização administrativa. É o que se exemplifica com a sentença, proferida nos autos do processo nº 2007.81.00.014288-0, pelo juiz substituto da 10ª vara da Justiça Federal do Ceará:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA MPF. DANO AMBIENTAL.  
COMERCIALIZAÇÃO DE PEQUENA MONTA DE LAGOSTA

---

<sup>38</sup> “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. “

IMATURA E EM CAUDA. FALTA DE JUSTA CAUSA E CONSEQÜENTE INTERESSE PROCESSUAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA 'AD CAUSAM' DO RÉU. CARÊNCIA DE AÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. - **A instauração de uma ação civil pública não se justifica no caso de infração de pequena monta, única e pontual ao meio ambiente** (porte eventual de 34,5 Kg de lagosta imatura e em cauda), que poderá ser remediada por medidas administrativas e penais (multa administrativa e pena) na exata medida para prevenir o cometimento de eventuais danos posteriores e para reparar e sancionar de forma suficiente a lesão ao bem jurídico tutelado. Ausência de justa causa e consequente interesse processual do MPF. - O mero comerciante eventual da lagosta abaixo do tamanho permitido é parte ilegítima ad causam para responder na esfera cível, como o causador do dano ambiental, pois este é cometido exclusivamente, nestas circunstâncias, por quem causa a morte do animal antes da idade reprodutiva, promovendo o desequilíbrio na perpetuação da espécie. Quem comercia eventualmente o animal já morto apenas se aproveita do resultado conseguido com o dano, exaurindo-o. Ausência de legitimidade passiva ad causam do réu. - Caracterização de carência de ação, impondo-se a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do disposto no art. 267, VI, do CPC.” (grifo nosso)

Também nesse sentido, extrai-se parte da decisão proferida pelo juiz titular da 5<sup>o</sup> vara da Justiça Federal do Ceará no processo nº 0000746-84.2010.4.05.8100:

**“Na hipótese dos autos, reputo aplicável, em analogia ao direito penal, o princípio da insignificância, segundo o qual para restar caracterizada a necessidade de repreensão da conduta por parte do Poder Judiciário, impõe-se a verificação da ocorrência de lesão significativa ao bem jurídico relevante da sociedade. Assim, em que pese a ilicitude da conduta do réu ser merecedora da repreensão estatal, não se pode perder de vista a pequena quantidade de lagosta proveniente da pesca proibida (1,6 Kg), bem como deve-se levar em consideração que a sanção administrativa aplicada pelo IBAMA, apreendendo a mercadoria e impossibilitando a comercialização das espécimes apreendidas, e a aplicação da multa administrativa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), já se mostrou suficiente e adequada a reprimir a conduta indesejada.”** (grifo nosso)

Como se observa, as decisões acima estão analisando os referidos casos de forma sob uma ótica restrita, sem levar em consideração a repetição desse tipo de ação, por exemplo, nem as proporções que aquele dano irá causar. Esse olhar de irrelevância do dano não é exclusivo do julgador, acredita-se que aquele que praticou a conduta também o visualizou assim, e, por isso praticou o ato.

Ocorre que o problema é bem maior do que o descrito nos fatos das referidas ações, porque tais condutas não foram praticadas somente pelos demandados das duas ações, é tanto

---

<sup>39</sup> ACP nº 0007725-62.2010.4.05.8100; ACP nº 0005865-26.2010.4.05.8100; ACP nº 0005698-09.2010.4.05.8100; ACP nº 0005656-57.2010.4.05.8100, dentre outras.

que existem várias outras Ações Civis Públicas<sup>39</sup>, bem como procedimentos administrativos sobre o mesmo assunto, sem mencionar aquelas condutas que não foram autuadas por algum agente do IBAMA e aquelas que tratam da captura de uma grande quantidade de lagosta.

Desta feita, o eficaz amparo ao meio ambiente, o qual deve ser promovido pelo Poder Público, bem como por toda a sociedade, impede que se desconsidere as ações de menor repercussão aviltantes do patrimônio ambiental, isso porque se deve levar em consideração que a conduta lesiva pode ser sentida por vários indivíduos, além de serem imperceptíveis a curto prazo e possibilitarem a ocorrência do efeito multiplicador de tais danos.

A pesca de uma ínfima quantidade de lagosta no período do defeso para consumo próprio, aparentemente, não acarreta qualquer problema, tanto em razão da pequena quantidade pescada, como também pela finalidade empregada. No entanto, visualizando tal ato, sendo praticado por outros pescadores no mesmo período, embora em localidades diversas, constata-se que as consequências são outras e em uma amplitude maior. É o chamado efeito multiplicador, anteriormente mencionado.

O meio ambiente é único e sofrerá os efeitos das ações danosas em sua totalidade. Então qualquer dano pode ser analogicamente assemelhado a um câncer que faz todo o organismo sofrer. Desta feita, é visível que o dano ambiental não comporta a indiscriminada aplicação do princípio da insignificância na responsabilização cível, tanto porque ele fora criado dentro da sistemática penal, a qual é totalmente diversa daquela, quanto pelo caráter repressivo subsidiário que tem a tutela cível.

A análise imediata e limitada impossibilita visualizar as repercussões das ações em longo prazo, bem como determinar as áreas territoriais e espécies animais e vegetais diversas, que podem ser atingidas. Dessa forma, a aplicação do princípio da insignificância em um dano, aparentemente irrelevante, pode acarretar um prejuízo de grande dimensão em face do

comportamento danoso.

Não há como defender a aplicação desmedida e constante desse princípio penal na tutela civil, quando se objetiva alcançar o fim último do direito: a justiça. Entende-se, desse modo, que a aplicação do princípio da insignificância tende a uma análise superficial e privatística do caso. O que vai de encontro com o tratamento dispensado ao dano ambiental.

Na verdade, a responsabilização civil do causador do dano deve ser a tentativa de que ele responda tanto porque causou dano a toda a coletividade (aspecto punitivo), quanto para se evitar que outros repitam a mesma façanha (aspecto preventivo). Além de ser uma forma de restabelecer o que foi degradado naquele meio.

O receio é de que não haja o devido sopesamento do princípio da insignificância com o da tutela protetiva do meio ambiente, no tocante aos danos ambientais de pequena monta. E se esses não são considerados puníveis na esfera penal, porque lá é compativelmente aplicável o princípio da insignificância, devem-no ser na cível e administrativa, atentando-se, obviamente, para a realidade da situação e do infrator.

Nesse viés, defende-se que exigir do causador do dano o desenvolvimento de meios de reparação do bem comum ou impeli-lo a sanções outras que de alguma forma contribuam para a manutenção e preservação do meio ambiente, como: participação em palestras e/ou cursos de preservação ambiental, alcance-se, assim, resultados mais eficazes, que iniciem nele a mentalidade da sustentabilidade ambiental, e, posteriormente, propague -se para toda a sociedade.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito de todos, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, exige que a tutela a ele dispensada seja a mais protetiva possível e busque de todas as formas a manutenção da vida em todas as suas formas. Desse modo, a ocorrência de



danos ambientais gritam por medidas reparadoras, tendo em vista a coletividade que é por ele afetada.

Indubitavelmente, é incabível a aplicação do princípio da insignificância na responsabilidade civil do dano ambiental. Do contrário, o amparo à integridade do patrimônio ambiental restaria ineficaz.

É preciso querer reprimir com firmeza as ações danosas ambientais de pequena repercussão, pois elas permitem danos maiores do que os visivelmente constatados, já que os efeitos das condutas não podem ser atribuídos a um único indivíduo, nem percebidos a curto prazo. Necessário também é visualizar as condutas danosas não somente restringido à circunstância fática do caso, mas atento às repercussões danosas sofridas pelo meio ambiente e pela coletividade.

A visão, apresentada pelo Judiciário nas decisões acima colacionadas, fomenta práticas agressivas, mesmo que sejam de pequena monta, contra a natureza, dada a tolerância e a brandeza com que são apreciadas, conferindo tratamento antissocial e injusto ao caso, porquanto se beneficia um em detrimento de toda uma coletividade.

## 7 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Juris, 2008.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**: parte geral, volume 1. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6º ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 10º ed. 2009.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FREIRE, William. **Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 10º ed. . São Paulo: Saraiva, 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 17º ed., 2009.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. São Paulo: RT, 2009.

MIRRA, Álvaro Luiz Valey. Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil. **Revista Trimestral do Direito Público**, vol. 7. São Paulo: Malheiros, 1994.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 5º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental**, parte geral, São Paulo: RT, 2º ed., 2005.

SILVA, Danny Monteiro da. **Dano Ambiental e sua Reparação**. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 7º ed, 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. São paulo: Saraiva, 6º ed. 2008.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120**, volume 1, 2º ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente**. 1º ed.. Curitiba: Juruá, 2006.



## DA PATRÍSTICA À ESCOLÁSTICA

**Vicente Eduardo Sousa e Silva**

*Magistrado aposentado do Estado do Ceará*

### 1 A HERANÇA CLÁSSICA

*Exegi monumentum aere perennius  
Regalique pyramidum, altius,  
Quod non imber edax, non Aquilo impotens  
Possit diruere, aut innumerabilis  
Annorum series et fuga temporum.  
Non omnis moriar<sup>1</sup>.*

A lapidar ode de Horácio parece transcender o próprio significado para expressar a imortalidade da cultura romana. Quando as fronteiras de Roma, centro do universo ao tempo da morte de Marco Aurélio, atingiram o pináculo da sua curva ascensional, estendiam-se da península ibérica ao longo do Reno e para além do Danúbio. Alcançavam a Grã-Bretanha, contornavam o norte da África, avançavam sobre o Cáucaso e batiam às portas da Pátria.

Consolidado então o domínio sobre o meio-mundo, as águias romanas desovam sobre as terras conquistadas e o latim, claro, harmonioso e preciso, depositário das verdades fundamentais da filosofia e dos mistérios divinos da fé cristã, desdobra-se generoso nas línguas românicas. Por conseguinte, todo o acervo cultural da antiguidade, emanado na sua essência da Grécia, - *Graecia capta ferum victorem cepit* – derrama-se sobre o mundo ocidental cristão, absorvido pela Igreja após o declínio do Império. Tornam-se pois herdeiros desse manancial clássico os Santos Padres nos primórdios do primeiro milênio e os Doutores da Igreja em plena Idade Média.

---

<sup>1</sup> Horácio, Ode III, 30.

A Patrística e a Escolástica portanto, moldaram um colossal sistema filosófico teológico que ainda hoje persiste incólume e imortal como a verdade. De um lado, o talento de Agostinho de Hipona cuja doutrina preconiza o triunfo da cidade de Deus; do outro, o gênio de Tomás de Aquino que sintetiza magistralmente: “a única contemplação que pode exaurir todas as exigências do pensamento, e que por isso pode tornar repleta a alma de felicidade, é a contemplação de Deus.” Assim, ambas as fases se integram e se completam pela magnitude da doutrina.

## 2 A PATRÍSTICA: CLASSIFICAÇÃO E CONCEITO

A patrística, gênese da literatura cristã, representa a expressão da fé dos denominados Santos Padres da Igreja, teólogos de excepcional saber e de reconhecida santidade. Construtores da teologia católica e mestres da doutrina cristã, floresceram entre os séculos II e VIII.

Melchior Cano<sup>2</sup> assim os caracteriza:

1. Ortodoxia doutrinária;
2. Santidade de vida;
3. Reconhecimento, ao menos indireto, por parte da Igreja;
4. Antiguidade.

Alguns autores restringem a Patrística até a época do Concílio de Calcedônia (451), enquanto a maioria a prolonga até os séculos VII e VIII. Costuma-se portanto, distinguir na Patrística três períodos:

1. Do século II ao Concílio de Nicéia (325);
2. Daí, fase do apogeu, até o Concílio de Calcedônia (451);
3. Período de transição para a *Escolástica*. Séculos VII e VIII.

Vencido o paganismo (Edito de Constantino, 313) a Igreja concentra a sua atividade nas próprias doutrinas. As heresias

---

<sup>2</sup> Apud. A. HAMMAN, Os Padres da Igreja.

surgidas então, como o arianismo, o maniqueísmo, o pelagianismo, o cionatismo, o nestorianismo e outras, ensejaram o despontar dos apologistas da fé no campo filosófico quanto no teológico.

Conquanto a filosofia patrística não tenha alcançado um corpo sistemático e uno, desenvolveu-se amplamente no que concerne ao dogma, às questões morais, ao fim do homem, às virtudes, à existência, à natureza e atributos de Deus, sua relação com o mundo, à graça, à natureza da alma e suas faculdades.

Ademais, o escopo principal dos Santos Padres consistia em defender o Cristianismo das nascentes heresias que tentavam contraditar o dogma e contaminar a pureza da fé. Então, já o velho paganismo recolhia contra a nova religião todas as forças que ainda lhe restavam, opondo-lhe o Cristianismo, ora o sangue dos mártires, ora a palavra dos apologistas. Expositores do dogma, recorrem à razão todas as vezes que esta lhes serve de esteio à doutrina, usando assim as mesmas armas da filosofia adversária.

Num mundo saturado de cultura helênica, os Padres vazavam suas ideias nos moldes clássicos dos filósofos gregos, mormente Platão, pela semelhança de seus ensinamentos morais e teológicos com os preceitos evangélicos. Foi porém a filosofia helênica aperfeiçoada e sublimada pelas novas ideias e definitivamente assentados novos conceitos sobre Deus, sua providência, a imortalidade da alma, a lei moral, a finalidade do universo e muitos outros.

### **3 OS SANTOS PADRES**

Durante os quatro primeiros séculos, os Santos Padres consolidam a crescente vitória da doutrina legada pelos apóstolos. Ao conquistar Roma e o Império, o cristianismo vai paulatinamente extirpar o paganismo e salvar a herança do pensamento antigo.

As obras desses escritores balizam as diversas etapas

da penetração cristã. Os apologistas despontam como vanguardeiros da fé, enquanto os alexandrinos, africanos orientais e ocidentais montam os contornos da teologia e filosofia cristãs cuja maturidade emergirá no século IV, para atingir o apogeu em pleno século XIII.

Remontemos ora aos primeiros séculos para evocar os mais importantes escritores dessa fase entre Santos Padres ou não.

São Justino (166), nascido em Naplusa na Galiléia, mártir. Escritor leigo, autor de duas *Apologias* e do *Diálogo com o judeu Trifão*, é o mais destacado apologista do século II. “O cristianismo para ele não é, antes de tudo, uma doutrina, porém, uma pessoa: o Verbo encarnado e crucificado em Jesus”.

Santo Irineu (200), da Ásia Menor, Bispo de Lião. Distinguiu-se como uma das primeiras vozes a opor-se ao nascente racionalismo gnóstico. Insurgiu-se contra as divisões na igreja, tendo como norma o *Ubi Ecclesia, ibi Spiritus*. Seu *Adversus Haereses* representa um marco na história da Igreja.

Orígenes (185-254), alexandrino, autor de *Hexapla*, primeiro monumento da crítica cristã. Embora certas afirmações, como a crença na eternidade da matéria e na preexistência das almas, tenham sido condenadas, defendeu porém, veementemente, a transcendência divina, a espiritualidade e a liberdade da alma.

Santo Atanásio (299-373), do Egito, bispo de Alexandria. Denominado malho do arianismo, defendeu energicamente a divindade de Cristo, solenemente definida no Concílio de Niceia. Figura desconcertante dos Padres da Igreja, sobre ele Lyantey dizia: “Não se constrói um império com donzelas”. Atanásio o fez com a virilidade que lhe era característica.

Santo Efrém (306-373), de Nínive na Mesopotâmia, aclamado como a harpa do Espírito santo, e excelso poeta mariano;

São Cirilo de Alexandria (370-373), muito celebrado pelo *Sermão em louvor à mãe de Deus*.

Santo Hilário de Poitiers (367), da Gália, “uma Itália muito

mais que uma província” no dizer de Plínio. “A Trindade”, obra-prima do Bispo de Poitiers, monumento teológico que lhe assegurou o título de Doutor da Igreja, aborda o mistério divino em sua profunda e completa dimensão. Afirmava ser a própria palavra pouco hábil para “explicar os mistérios inenarráveis e expor aos riscos decorrentes do uso da linguagem humana esses mistérios que deveriam ser conservados no íntimo de nossas almas.”

Exilado, escrevia: “Estou alegre em minha prisão, porque a palavra de Deus não pode ser aprisionada.” Dele é essa sublime profissão de fé:

“Jamais cairei no ridículo e na impiedade de me estabelecer juiz de tua onipotência e de teus mistérios, de fazer meu frágil conhecimento passar à frente da noção verdadeira de tua infinitude e da fé em tua eternidade.”

“A palavra humana, fraca e imperfeita, não cega os sentidos de minha natureza em relação a ti, a ponto de reduzir minha fé ao silêncio...”

“Quando fixei teu céu com os fracos olhos da minha luz, pensei que ele não podia deixar de ser teu céu. Quando considero as órbitas estelares, a sucessão dos anos, as estrelas da primavera, a estrela do norte a estrela da manhã o céu onde cada astro desempenha seu papel específico, é a ti que descubro, ó Deus, nesse mundo celeste, que minha inteligência não pode abranger”.

São Leão Magno (461), da Toscana, Papa. Seu sobrenome decorre tanto da força dogmática da própria obra como da firmeza com que sustentou o decadente império do Ocidente.

São Gregório Magno (540-604), natural de Roma, Papa, introdutor do canto que leva seu nome na liturgia da Igreja. Bousset considera-o “o modelo perfeito de como se governa a



igreja”.

Santo Isidoro (560-636), nascido em Cartagena, Bispo de Sevilha. Foi o último Padre da Igreja do ocidente. Seu saber enciclopédico valeu-lhe a admiração da Idade Média que lhe conferiu o título de “*doutor insigne*”. Sua *Etimologias* ou *Origens*, enciclopédica de todos os conhecimentos, foi um dos livros mais transcritos e mais lidos.

Avultam porém, sobre os demais, os Padres da Igreja Oriental, Basílio, Gregório Nazianzeno e João Crisóstomo. Pela Igreja Ocidental, os três polos do humanismo cristão, Ambrósio, Jerônimo e Agostinho. Os Padres gregos dedicaram-se preferentemente às questões especulativas e teológicas, enquanto os latinos ativeram-se mais aos problemas morais, disciplinares e políticos.

#### 4 SANTOS PADRES DA IGREJA ORIENTAL

São Basílio Magno (369). Bispo de Cesareia da Capadócia. Denominado de “o romano entre os gregos” pela precisão e clareza de doutrina, distinguiu-se sobremodo pelo que escreveu a respeito da Santíssima Trindade, sendo também de sua autoria a obra *Hexaémero*, duas regras monásticas e muitos sermões.

Assinale-se do autor o conteúdo dessa lição social:

“E tu, que vais ocultando todos os bens nas dobras de uma avareza insaciável, julgas não prejudicar ninguém, deixando na privação tantos infelizes?”

“Ao faminto pertence o pão que guardas.”

“Ao miserável, o dinheiro que guardas escondido”.

São Gregório Nazianzeno (330-379), Bispo de Constantinopla. Pela magnífica exposição de doutrina trinitária mereceu o título de teólogo. De inflamada eloquência, escreveu dezenas de brilhantes discursos, sendo cinco teológicos.

São João Crisóstomo (397-407), de Antioquia, Bispo de Constantinopla. Pregador insuperável, a eloquência lhe valeu o sobrenome que a posteridade lhe conferiu: “boca de ouro”. Sua obra, de caráter predominantemente pastoral, tende mais para o racionalismo que para o misticismo. Destacou-se pelos escritos sobre a eucaristia, pelos comentários a respeito dos livros bíblicos e pelos sermões.

## 5 SANTOS PADRES DA IGREJA OCIDENTAL

Santo Ambrósio (340-397), nascido em Treves. Encabeça a galeria dos expoentes da época de ouro da literatura cristã.

Depois de governar a Itália setentrional na Lombardia, foi escolhido bispo de Milão. Pastor e mestre do seu povo, orador e jurista, defendeu com intrepidez a Igreja dos avanços do paganismo e das afrontas dos arianos.

Acredita-se que suas homilias muito concorreram para a conversão de Sto. Agostinho. Credita-se-lhe o mérito de haver introduzido o canto dos salmos na liturgia da Igreja Católica. Suas pregações e escritos versam sobre temas apologéticos e místico-moralizantes.

A propósito, escute-se do pastor a mensagem social:

“Aliás, não são os teus bens que distribuis ao pobre, são apenas os dele que lhes destinás. Pois o que fazes é usurpar só para teu uso o que é dado a todos e para ser utilizado por todos. A terra pertence a todos e não aos ricos...”

*De Officiis Ministrorum* sobressai como sua obra-prima. Autor de *Comentários ao Gênesis*, atribui-se-lhe também o *Te Deum*, magnífico hino de gratidão e louvor a Deus.

Façamos uma pausa para escutar o esplêndido canto de ação de graças. À semelhança dos salmos bíblicos, o poema

ambrosiano ecoa com ressonâncias divinas como a expressão mais pura do amor a seu criador:

*Te Deum laudamus: te Dominum confitemur. Te aeternum Patrem omnis terra veneratur. Tibi omnes Angeli, tibi coeli et universae Potestates: Tibi Cherubim et Seraphim incessabili voce proclamant: Sanctus, Sanctus, Sanctus Dominus Deus Sabaoth. Pleni sunt coeli et terra majestatis gloriae tuae. Te gloriosus Apostolorum chorus: Te Martyrum candidatus laudat exercitus. Te per orbem terrarum sancta confitetur Ecclesia: Patrem immensae majestatis: Venerandum tuum verum, et unicum Filium. Sanctum quoque Paraclitum Spiritum, Tu Rex gloriae, Christe.*

*Tu Patris sempiternus es Filius. Tu ad liberandum suscepturus hominem, non horruisti Virginis uterum. Te ergo quaesumus, tuis famulis subveni: quos pretioso sanguine redemisti. In te, Domine, speravi: non confundar in aeternum.*

São Jerônimo (420), nascido na Dalmácia. Surge mais uma das pilastras da Igreja. *Vir trilinguis*, exegeta, historiador, retórico, dialético, sobressai como o mais erudito dos Santos Padres.

Sacerdote, abraça a vida ascética e vive por vários anos no deserto siríaco de Cálside, onde aprende o hebraico para estudar a Sagrada Escritura no original. Sua tradução do hebraico e do aramaico para o latim do Antigo e Novo Testamento resultou na *Vulgata*, Bíblia oficial do Cristianismo. Isto consagrou-o como Doutor das Sagradas Escrituras.

A ele também devemos a primeira história da literatura cristã, *De viris illustribus*, onde alude a cento e trinta escritores da época, nem todos cristãos. Dá sequência também à *Crônica*

de Eusébio, pai da historiografia eclesiástica, traduz as obras de Orígenes e as de Dídimo. Homilias e cartas primorosas alinham-se entre suas atividades literárias.

Como exemplo da sua obra, apresentamos um excerto do latim da Vulgata para o cristão sedento da mensagem divina:

*“In mense autem sexto missus est Angelus Gabriel a Deo in civitatem Galilaeae, cui nomen Nazareth, ad virginem desponsatam viro, cui nomen erat Ioseph, de domo David, et nomen virginis Maria. Et ingressus Angelus ad eam dixit: Ave, gratia plena, Dominus tecum, benedicta tu in mulieribus. Quae, cum audisset, turbata est in sermone eius et cogitabat qualis esset ista salutatio. Et ait Angelus ei: Ne timeas, Maria; invenisti enim gratiam apud deum: ecce concipies in utero et paries filium et vocabis nomen eius Jesum.*

.....  
*Dixit autem Maria ad Angelum: Quomodo fiet istud, quoniam virum non cognosco? Et respondens Angelus dixit ei: Spiritus Sanctus in te, et virtus Altissimi obumbrabit tibi. Dixit autem Maria: Ecce ancilla Domini, fiat mihi secundum verbum tuum. Et discessit ab illa Angelus”. (Luc. I, 26-38).*

Santo Agostinho (354-430), natural de Tagaste na Numídia (hoje Argélia). Foi o filósofo de maior envergadura da Patrística e um dos pensadores mais profundos do Cristianismo.

Desde cedo devota-se sobremaneira ao estudo e, após frequentar as escolas de Madaura e Cartago, dedica-se à retórica.

Experimenta então as contradições do espírito sedento da verdade e se deixa seduzir pelas heresias maniqueístas que não o satisfazem plenamente. Dá-se conta dos próprios erros ao ouvir Santo Ambrósio, cujas palavras a par das preces da mãe, Santa Mônica, reconduzem-no à verdade.

Depois de algum tempo de recolhimento em Cassiago, Agostinho recebe o batismo, contando a Igreja com novo paladino da ortodoxia. Ordenado sacerdote, sagrado bispo de Hipona, posteriormente é declarado Doutor da Graça.

Admire-se esta página inimitável, tema de suas *Confissões*:

“Tarde te amei  
Beleza sempre nova e sempre antiga!  
Tarde de amei!  
Estavas dentro de mim,  
mas eu estava fora.  
Eu te procurava fora quando me precipitava  
sobre os seres externos,  
belos às avessas,  
as coisas belas que são criadas por ti...  
Estavas comigo e eu não estava contigo...  
Chamaste, gritaste, feriste a minha surdez.  
Brilhaste com fulgores,  
varreste minha cegueira,  
exalaste teu perfume,  
respirei  
e fui ao teu encalço.  
Saboreei-te: tenho fome e sede.  
Tocaste-me: inflamei-me pela paz que me deste.”

Assimilou a filosofia platônica e construiu um vasto sistema de metafísica cristã, cuja influência plasmou a Idade Média e perdura até hoje. Deus, a alma e a graça são o centro e todas as suas especulações. *Deum, et animam ecire cupio. Nihilne plus? Nihil omnino* (Soliloq., I, c. 2).

B. Mondim <sup>3</sup> sintetiza fielmente o pensamento do *Doutor*

---

<sup>3</sup>

Apud B. MONDIM, *Introdução à Filosofia*. p. 166.

da *Graça* nessas linhas:

“A visão filosófica agostiniana é o resultado da exigência de encontrar uma base racional para a fé cristã. Para atingir este objetivo, Agostinho recorre à filosofia de Platão, obtendo assim uma visão que aparece propriamente qualificada como *platonismo cristão*. Com efeito, em todos os problemas fundamentais a matriz platônica pode ser claramente reconhecida: no problema do conhecimento, com a doutrina da *iluminação*; no problema antropológico, com a substancial identificação entre o ser do homem e a alma; no problema metafísico, com a teoria das *verdades eternas* (idéias) e das *rationes seminales*; no problema ético, com a dura condenação de todo o prazer sensível e das paixões e de tudo aquilo que pertença ao mundo natural.”

Desenvolveu ainda intensa atividade teológica, pastoral e polêmica. Contra o maniqueísmo sustenta a liberdade do homem, contra o pelagianismo, o valor da graça.

Dentre as numerosas obras destacam-se *De Trinitate*, *De gratia et libero arbitrio*, *Confessiones*, *De civitate Dei*, cerca de 400 sermões e muitas cartas.

Desta última obra cumpre evocar duas passagens cujas linhas, em latim *eloquente e primoroso*, revelam o plano divino:

*“An forte vos offendit inusitatus corporis partus ex virgine?  
Neque hoc debet offendere, immo potius ad pietatem  
suscipiendam debet adducere, quod mirabilis mirabiliter  
natus est.*

*An vero quod ipsum corpus morte depositum et in mellius  
resurrectione mutatum iam incorruptibile neque mortale in  
superna subvexit.*

*An forte corrigi pudet? Et hoc vitium non nisi superbiorum est. Pudet videlicet doctos homines ex discipulis Platonis fieri discipulos Christi, qui piscatorem suo spiritu docuit sapere ac dicere: In principio erat Verbum, et Verbum erat apud Deum, et Deus erat Verbum. Hoc erat in principio apud Deum. Omnia per ipsum facta sunt, et sine ipso factum est nihil, quod factum est. In ipso vita erat lux hominum, et lux in tenebris lucet, et tenebrae eam non comprehenderunt". (Saint Jean, I, 14).*

## 6 PERÍODO DE TRANSIÇÃO

Leonel Franca<sup>4</sup>, de forma cristalina e sucinta, assim se expressa quanto ao terceiro período da Patrística:

“Os séculos que se seguiram imediatamente à morte de S. Agostinho foram, para a Europa de ignorância e de trevas. Os bárbaros irromperam de todos os lados, criando novas condições políticas e sociais de todo em todo contrárias à conservação e ao desenvolvimento da cultura intelectual. A atividade da Igreja concentrou-se, então, em humanizar e cristianizar as hordas invasoras, das quais, sob o seu magistério e disciplina, saiu a moderna civilização ocidental”.

Fora desse ambiente a situação era tão grave que, em fins do século VI, verberava S. Gregório de Tours: “*Vae diebus nostris quia perit studium litterarum a nobis*”.

Já Bizâncio, brilhante e suntuosa, pátria de luminares como Cirilo, Efrém e Crisóstomo, resistiu aos bárbaros até 1453. E o cisma ocorrido após o concílio ecumênico de Calcedônia (451),

---

<sup>4</sup>

LEONEL FRANCA, Noções de História de Filosofia, p. 87.

distanciou Constantinopla e Roma muito mais do que os mil e quinhentos quilômetros que as separam. Nesse conclave Roma condenara o monofisismo e definira a união hipostática de Cristo.

Mesmo assim, no lado ocidental, de quando em quando surge algum vulto importante como Cassiodoro, Isidoro de Sevilha, Beda o Venerável, Severino Boécio e João Damasceno, este no Oriente, que prepararam nova e luminosa fase para a igreja.

São João Damasceno (675-749), de ascendência árabe, é considerado o último representante da patologia grega. De atividade literária multiforme, da poesia incursiona à liturgia, da eloquência à filosofia e à apologética. A *Fonte do conhecimento* é uma das suas mais relevantes obras. Destaca-se por haver tentado no século VIII uma sistematização da teologia servindo-se de muitas doutrinas peripatéticas. Sua obra representa a transição para a filosofia escolástica cujos contornos já começavam a esboçar-se.

Esclarecedoras quanto à nova fase as palavras de Joseph Rassam<sup>5</sup>:

“O pensamento é ainda dominado pelas doutrinas patrísticas, sobretudo pela de Santo Agostinho, largamente influenciado pelo platonismo e pelo neoplatonismo. Mas, a partir do século XII, as obras de Aristóteles, das quais até então apenas se conhecia o Órganon, começam a ser divulgadas por intermédios dos Árabes, que continuavam instalados em Espanha, no reino de Granada. O aristotelismo será conhecido, em primeiro lugar, através dos comentários de Averróis. Esse facto constituía uma ameaça para o acordo entra a reflexão filosófica e a fé cristã. As obras de Aristóteles são, a partir de 1210, proibidas no

---

<sup>5</sup> Apud JOSEPH RASSAM, *Tomás de Aquino*, p. 10.



ensino. Mas impunha-se uma medida mais positiva, pois, observa Forest, “as riquezas doutrinárias novas ameaçam ser utilizadas contra o pensamento cristão, se não o fossem por ele.” Assim, em 1231, o papa Gregório IX, embora proibindo ainda o comentário das obras de Aristóteles, confia aos professores da Universidade de Paris uma reforma geral dos estudos.”

Deste modo a Patrologia cede lugar à Escolástica cujos iluminados Doutores da Igreja retomam semelhantes problemas em matizes diferentes mas exprimindo as mesmas verdades dogmáticas, morais e racionais.

## 7 REFERÊNCIAS

- FRANCA, Leonel, S.J. **Noções de História da Filosofia**. Rio, Agir, 1978.
- GOMES, C. Folch. **Antologia dos Santos Padres**. São Paulo Paulinas, 1985.
- HAMMAN, A. **Os Padres da Igreja**. São Paulo Paulinas, 1985.
- HORÁCIO, Q. Flaco, Ode III, 30. In: **Odes et Épodes, Les Belles lettres, Paris, 1954**.
- MONDIN, B. **Introdução à Filosofia**. São Paulo, Paulinas, 1983.
- MONGE, A., SIMONETTO, B. **Os Doze a caminho** – História da Igreja. São Paulo, Paulinas, 1983.
- NÓBREGA, Vandik L. da. **O latim do Vestibular** (Direito e Filosofia), Rio, Freitas Bastos, 1962.
- PADOVANI, U., CASTAGNOLA, L., **História da Filosofia**. São paulo, Melhoramentos, 1977.
- PERRET, J. **Saint Augustin, La Cité de Dieu**, Tome Deuxième, Paris, Garnier.
- RASSAM, J. **Tomas d’ Aquin**. S. I. Presses Universitaires de France, 1969.
- SGARBOSSA, M., GIOVANNINI, L. **Um santo para cada dia**, São Paulo, Paulinas, 1983.

# *SENTENÇAS*



**ESTADO DO CEARÁ**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**COMARCA DE SABOEIRO - VARA ÚNICA**

Rua Vereador Elísio Florentino Teixeira, s/n. Praça da Justiça.

Telefone: (088) 3526-1367

PROCESSO N.º 2007.0008.6261-2

AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA: ART. 242, DA LEI 8.069/90.

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO

RÉ: M. A. S.

**SENTENÇA**

**I RELATÓRIO**

O Ministério Público Estadual, subsidiado em Inquérito Policial, no uso de suas atribuições legais, ofereceu denúncia em desfavor de:

M. A. S., brasileira, casada, agricultora, filha de C. A. S. e de A. L. J., nascida em 28/11/1966.

A acusada foi denunciada como incurso nas sanções do artigo 242, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Consta na denúncia que no dia 20 de maio de 2007, por volta de 17h, na localidade Sítio M., neste município, a acusada vendeu, pela quantia de R\$ 20,00(vinte reais), a arma de fogo tipo espingarda “soca-soca”, de fabricação artesanal, para o menor F. D. S.

Antecedentes criminais, p.15. A acusada responde apenas pelo delito tratado nestes autos.

Auto de apresentação e apreensão da arma. (p. 11)

Denúncia recebida em 07 de maio de 2008, p.36.

A Denunciada foi devidamente citada e interrogada (p. 38 e 40).

Defesa prévia apresentada (p.42-43).

Laudo pericial da arma de fogo (p.33), sendo atestado que a arma se encontra em mau estado de conservação.

Na audiência única foram ouvidas as testemunhas indicadas na denúncia, não tendo a defesa apresentado rol (p. 59-62).

Em sede de diligências, nada foi requerido.

Em alegações finais, a acusação pleiteou a condenação da ré nas tenazes do art.242, do ECA (p.58), enquanto a defesa requereu a aplicação de pena substitutiva (p.68).

É o relatório, passo a decidir.

## II FUNDAMENTAÇÃO

Analisando detidamente os autos, verifico que a materialidade e a autoria do crime estão devidamente comprovadas pelo auto de apreensão, pelas testemunhas ouvidas e pela confissão da ré.

A acusada é ré confessa:

“que tinha uma espingarda, **herança de sua mãe**, mas como seu marido não queira arma em casa resolveu vendê-la; que a cerca de dois meses foi procurada pelo menor D., **o qual se ofereceu para comprar a referida arma**; que disse ao menor que **só venderia a arma se o padrasto dele autorizasse**; que vendeu a arma ao menor pela quantia de R\$ 20,00 , mas **com a condição imposta pelo pai dele, de que ele só pegaria na espingarda quando tivesse com 20 (vinte) anos de idade**”

O menor confirma a versão da denunciada:

“que foi até a residência da mesma e comprou a arma pela

quantia de R\$ 20,00, que comprou a arma porque tinha vontade de possui-la, **mas nunca a usou devido ter sido proibido por seu pai**; que no dia 20/05/2007 por volta das 17:00, a pedido do Sr. H., encarregado da Unidade Policial, entregou a espingarda”

“que não se recorda da data, mas sabe dizer que comprou uma espingarda tipo soca-soca da acusada, **pelo valor de R\$ 20,00 (vinte reais)**; que a acusada lhe ofereceu a espingarda para vender e o depoente foi até à casa da mesma e efetuou a compra; que quando o policial H. apreendeu a espingarda, a mesma estava no interior de sua residência, tendo o depoente entregado ao policial H. (p.60)

O genitor do adolescente confirmou a versão acima ao afirmar:

“que a genitora do menor reside com o depoente e num certo dia, o qual não se recorda, o menor D. chegou a casa com uma espingarda tipo soca-soca dizendo que havia comprado da acusada, pelo valor de **R\$ 20,00 (vinte reais)**; que o depoente não aprovou a compra e disse ao menor que **o mesmo só pegaria na espingarda daqui a vinte anos e o menor não pegava na espingarda...**” (p.61)

O policial militar F. H. B. declarou:

“que no dia vinte de maio de 2007 participou de uma diligência em que foi apreendida uma espingarda soca-soca, não se lembrando o nome, mas que está aqui presente na

audiência de hoje; que o menor disse ao depoente que quem lhe vendeu a espingarda foi a acusada, **pelo valor de R\$ 20,00 (vinte reais)**... (p.59)

A denunciada vendeu uma arma de fogo (espingarda artesanal) a um adolescente, estando tal fato formalmente tipificado no inciso V, do parágrafo único, do artigo 16 da Lei nº 10.826/03, a saber:

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

...

V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente;

Entretanto, o direito e a justiça não se restringem a lei, cabendo ao magistrado apreciar se tal conduta fere o ordenamento jurídico como um todo.

O tipo penal tem, entre suas funções, a de proteger determinado bem jurídico. No caso em tela, o bem jurídico protegido é a incolumidade pública, sendo um delito do tipo abstrato. Uma ação somente é típica quando nela se reúnem todos os elementos do tipo penal **e se lesiona materialmente o bem protegido**. Ou seja, além da tipicidade penal exigir uma subsunção, é necessário que ocorra uma lesão efetiva ou pelo

menos potencial ao bem jurídico protegido.

Não havendo essa ideia de proporcionalidade entre a conduta lesante e a correspondente punição, diz-se que o fato é atípico materialmente, não se amoldando à descrição legal.

O princípio da insignificância, largamente acolhido pela jurisprudência nos casos de furto de valores ou objetos de pouca monta por não atingir o patrimônio alheio é um exemplo de fato formalmente típico e materialmente atípico. A jurisprudência também vem aplicando tal princípio nas hipóteses de abate de pássaros nativos por agricultores analfabetos, pois tal conduta, examinada de acordo com o caso em concreto, não põe em risco a preservação das espécies nativas e nem importa lesão ínfima ao meio ambiente, razão porque não se justifica a reprimenda penal.

Nota-se portanto, que o princípio da insignificância pode ser aplicado em qualquer delito, desde que as circunstâncias do fato demonstrem que não houve lesão ao bem jurídico protegido.

“TRF5-003516: PENAL - CRIME CONTRA A FAUNA SILVESTRE - APELAÇÃO INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - ART. 29, § 1º, III, DA LEI Nº 9.605 DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998 - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - AUSÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA - APELAÇÃO MINISTERIAL IMPROVIDA - 1. **Aplicação do princípio da insignificância e da adequação social**, frente à quantidade e ao estado dos animais encontrados, que não se encontram em extinção. 2. Súmula nº 523 do STF: No Processo Penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prova de prejuízo para o réu. 3. Apelação ministerial improvida. Sentença mantida.” (TRF 5ª R., Apelação Criminal nº 2658/



PE (200083000139622), 1ª T., Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde Cavalcante. J. 17.06.2004, unânime, DJU 05.07.2004)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – DENÚNCIA REJEITADA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – PRETENDIDO RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA – CRIME AMBIENTAL – **500G DE PIRANHA E 1KG DE CARNE DE JACARÉ – LESIVIDADE INEXPRESSIVA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO** – A inexpressiva significância do fato e da correspondente lesividade ao bem jurídico não permitem a persecutio criminis por infração ao art. 34, parágrafo único, inciso III, e art. 29, § 3º, inciso III, da Lei 9.605/98. Aplicação do princípio da bagatela. (TJMS – RSE 2008.028693-4/0000-00 – Miranda – Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes – J. 15.12.2008)

O princípio da insignificância exclui, pois, a tipicidade do ato, não sendo necessário aferir-se o desvalor da ação ou do resultado ou mesmo da culpabilidade do agente.

“Princípio da insignificância. Natureza jurídica. Atipicidade da conduta. **Pelo princípio da insignificância exclui-se a tipicidade da conduta**, sendo completamente prescindível a análise dos antecedentes do agente. Uma conduta atípica não é crime tanto para o réu primário quanto para aquele com extensa folha criminal.” (Embargos Declaratórios na Apelação Criminal nº 333.116-0/01 da Comarca de Rio Novo, Rel. Erony da Silva, 18 de dezembro de 2001)

Há aplicação do princípio da insignificância também nos delitos tributários e previdenciários, quando o valor devido for irrelevante à execução fiscal. Na evolução histórica, de qual seria esse valor mínimo temos que a Lei nº 9.467/1997 (art. 1º) dispensava a Fazenda Pública da execução de créditos no valor de até R\$1.000,00. No ano de 2002, com o advento da Lei nº 10.522, o valor passou a ser R\$2.500,00. Até então, vinha se aplicando o princípio da insignificância tendo em vista que o Direito Penal é eminentemente subsidiário e, sendo assim, se o fato é irrelevante para o fisco, com muito mais razão o seria para o Direito Penal. **A Lei nº 11.033/2004, e Portaria nº 49, de 01.04.2004, elevou o valor a R\$10.000,00.**

No caso em exame, estamos tratando da venda de uma espingarda socadeira (utilizada somente para caça e que permite apenas um disparo por vez) **pela quantia de R\$ 20,00 (vinte reais)**. Não vislumbro qualquer caráter de mercância ou de lucro na venda, ou melhor, na quase doação de um produto por R\$ 20,00.

Evidencio que não se trata de crime cometido com violência ou grave ameaça, muito pelo contrário, o menor demonstrou interesse e a acusada vendeu após o consentimento do genitor e da condição imposta de que ele só usaria a arma quando fizesse 20 anos.

A arma era herança da genitora da acusada, estando em péssimo estado de conservação, tendo sido vendida apenas porque o marido da acusada informou que não queria uma arma em casa. Penso que se a falecida soubesse dos problemas que tal arma traria, nunca a teria deixado para sua filha.

Além do péssimo estado de conservação, a socadeira também estava sem munição, não representando, nesse estado, qualquer lesividade a incolumidade pública. O auto de apreensão evidencia a apreensão de uma: **“espingarda do tipo socadeira, sem munição”** (p. 11).

Transcrevo trecho do voto do Min. César Peluso, referindo-se ao voto do Min. Sepúlveda Pertence:

“Apoiado na moderna concepção do Direito Penal, que ‘dá realce primacial aos princípios da necessidade e da lesividade do fato criminoso’, seu voto releva a necessidade de que o fato típico implique lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado, ainda que se trate de crime de mera conduta (...) Lesividade e ofensividade, entendidos como princípios gerais contemporâneos, de interpretação da lei penal, devem prevalecer sempre que os comporte a regra incriminadora”.

“Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, **no entanto, desmuniada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a pronta disponibilidade de munição: inteligência do art. 10 da L. 9.437/1997: atipicidade do fato:** 1. Para a teoria moderna - que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso - o cuidar-se de crime de mera conduta - no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - **não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato.** 2. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: **basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que não de prevalecer sempre que a regra incriminadora**

**os comporte.** 3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo. 4. Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça - pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos - da faca à pedra e ao caco de vidro -, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena. 5. No porte de arma de fogo desmuniada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmuniada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o muniamento e, em conseqüência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) **ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal - isto é, como artefato idôneo a produzir disparo - e, por isso, não se realiza a figura típica.**" (RHC 81057/SP, 1ª T., Relª Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, J. 25.05.2004, DJ 29.04.2005, p. 00030; Ement., v. 02189-02, p. 00257)

Tudo o que foi dito reforça e, ao mesmo tempo, embasa que uma conduta como o porte de uma arma antiga, sem munição, não apresenta efetiva ou potencial lesão a qualquer bem jurídico, não podendo ser considerada crime.

Antigamente, no interior do Ceará e mais precisamente no município de Saboeiro (que dista 480 km da capital), existiam pessoas que viviam da caça. Ainda hoje, existem agricultores que complementam a alimentação familiar com a caça de nambu, perdiz, rolinha, teju, tatu, camaleão, entre outros animais, não havendo rejeição de tal conduta pela comunidade.

Noutros tempos, a conduta de portar armas para caçar no interior, era totalmente albergada pelo princípio da adequação social, não trazendo qualquer espanto à população. Ainda hoje, nos locais ermos, as pessoas interioranas utilizam armas para complementação da alimentação familiar. Relato que conheci um agricultor, no município de Morrinhos, que caçava desde os 15 anos de idade e ainda hoje, aos 70 anos, todo dia se dirigia ao açude do patrão ao amanhecer para caçar, até o dia em que foi preso. Em seu depoimento o mesmo afirmou que nunca infligiu mal a qualquer ser humano, sendo uma pessoa de reconhecida boa índole na comunidade, como foi demonstrado nos autos.

Nos casos de porte de arma envolvendo agricultores analfabetos já ouvi, dezenas de vezes, o argumento de que estavam caçando pássaros para colocar um pouco de carne no feijão e aliviar a fome.

Registro que, no caso em exame, a venda (quase uma doação, pois o valor ínfimo de R\$ 20,00 descaracteriza o intuito de lucro presente nos atos de mercancia) não foi realizada às escondidas. O pai do menor foi consultado, não havendo qualquer iniciativa da acusada em influenciar, deturpar ou viciar a vontade do menor de idade.

O legislador ao tipificar a conduta de venda de arma a um menor de idade partiu do pressuposto de que o vendedor poderia se valer da condição de percepção mais frágil do comprador. Também considerou ser mais elevada a imprudência de colocar uma arma nas mãos de uma pessoa com grau de discernimento diminuído.

**No caso em tela nada disso ficou configurado, tanto que o genitor do menor autorizou a compra (ou doação) e**

**impôs a condição de que a arma só seria utilizada quando ele completasse os vinte anos. Ou seja, a condição de menor foi totalmente suprida pela autorização ou assistência de seu genitor.**

Enfatizo ainda a desnecessidade de aplicação da pena no caso em comento, pois a culpabilidade (art. 59 do CP) se apresenta ínfima em decorrência da primariedade, dos bons antecedentes, ausência de prejuízo, motivação favorável. O juiz só deve aplicar a pena quando necessária para a reprovação e prevenção do delito.

**“APELAÇÃO - FURTO - PEQUENO VALOR DA RES FURTIVA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - APLICABILIDADE - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - É de ser mantida a absolvição proferida com base no Princípio da insignificância se verificado que a conduta do acusado representou mínima lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, constituindo fato de nenhuma relevância social na escala de valor atual da norma incriminadora a merecer o reconhecimento da tipicidade do fato e a imposição de uma sanção penal.”** (Apelação Criminal nº 426.123-6, Rel. Vieira de Brito, Belo Horizonte, 25 de maio de 2004)

A sanção penal busca, além da punição, a ressocialização da acusada e a não repetição do fato. Ocorre que a acusada recebeu essa arma de herança, não tendo como repetir a conduta. Não existe nada a ser corrigido ou melhorado com a aplicação da pena. Muito pelo contrário, a aplicação da pena afastará a acusada do convívio familiar, da presença de seus filhos já tão castigados pela miséria, causando muito mais prejuízo do que correção social.

A acusada não é uma comerciante que vende armas ou

munição. A arma artesanal é uma herança de sua genitora, tendo sido comprada no tempo em que quem não caçava podia morrer de fome. Ao descrever a seca de 1915, os historiadores e a saudosa escritora cearense Rachel de Queiroz, através do livro “O quinze”, relatam que a desgraça e as mortes só não foram maiores pelo abate das avoantes e outros animais do campo. No interior do Ceará, nos dias de hoje, a situação melhorou, mas ainda existe fome e falta de investimentos por parte do Estado, passando as socadeiras de mãos em mãos.

**A conduta da acusada não representou nenhuma lesão à incolumidade pública, a arma nunca foi utilizada e foi entregue na unidade policial de Saboeiro a pedido do encarregado.** Nota-se que a compra e venda da socadeira foi praticada como se fosse um negócio lícito. Tal fato, em conjunto com as circunstâncias do caso em concreto, primordialmente a situação de desinformação dos envolvidos, em muito se assemelha ao erro de proibição.

A jurisprudência vem acolhendo o erro de proibição nas hipóteses em que a miserabilidade e ignorância contribuem para o não conhecimento da ilicitude do fato:

“Ementa: PENAL. CRIME CONTRA A FAUNA SILVESTRE. CAÇA DE DOIS ESPÉCIMES. **ERRO DE PROIBIÇÃO. JUSTIFICÁVEL DESCONHECIMENTO DA ILICITUDE DO ATO.** AUSÊNCIA DE DANO EFETIVO AO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA INCRIMINADORA. RECONHECIMENTO DA INSIGNIFICÂNCIA DO RESULTADO. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. 1.- Plausibilidade do alegado desconhecimento da ilicitude do ato de caça a animais silvestres para consumo próprio e da família, sem finalidade predatória ou de comercialização. 2.- Desconhecimento da ilicitude, aliado a insignificância do resultado danoso. Excludente da tipicidade do delito.

**3.- Ausência de reprovabilidade da conduta que não admite a condenação. 4.- Sentença que se reforma, para absolver o réu.”** (TR1. ACR 3099253/94-SP. T. 02, Rel. Juíza SYLVIA STEINER, DJ:07-02-96, P.05465, in Jurisprudência dos TF's, Juris-CD, 10ª Edição).

Reitero que o fato foi praticado como se fosse um negócio lícito, tendo o menor de idade solicitado a autorização de seu genitor e tendo o mesmo imposto que ele só pegaria na arma aos 20 anos de idade. Tal condição impediu que a arma fosse disparada sequer uma vez.

O Supremo Tribunal Federal reconhece o princípio da insignificância, desde que, no caso em concreto fique evidenciado que a conduta não representou desvalor significativo que justificasse a privação de liberdade:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQÜENTE **DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPLICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL** – DELITO DE FURTO – CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE – RES FURTIVA NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOUTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF – PEDIDO DEFERIDO – O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal. – O Princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – Tem o



sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O postulado da insignificância e a função do direito penal: De minimis, non curat praetor – **O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.** (STF – HC 84.412-0/SP – 2ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 19.11.2004 – p. 37)

No caso em exame é preciso analisar se houve ou não lesão a incolumidade pública, devendo tal fato ser verificado a luz do princípio da proporcionalidade.

A exigência da lesividade ao bem jurídico penalmente tutelado, consubstanciada na efetiva lesão ou no perigo concreto ou idôneo de dano ao interesse jurídico, é própria de um Direito Penal decorrente do Estado Democrático de Direito, visando restringir o poder punitivo estatal, reconduzindo o Direito Penal à sua verdadeira função, a de exclusiva proteção dos bens jurídicos mais importantes da vida em coletividade.

É inaceitável interpretar o princípio da legalidade formalmente, sem dar a ele o aspecto material, substancial, que lhe é inerente. O referido princípio, conquista fundamental do direito Penal Liberal, não pode ser instrumento puramente formal para propiciar a punição desmesurada, desproporcional, contrária à própria função de proteção de bens jurídicos relevantes reservada ao Direito Penal.

O princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal tendo o efeito de excluir a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

Tal postulado exige (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

**No caso em comento, a conduta da acusada não apresentou nem um grau mínimo de ofensividade (não tendo se apresentado em juízo qualquer particular ou terceiro incomodado com o fato), nenhuma periculosidade social (a socadeira não foi utilizada, não estava municada e, talvez, não fosse nem capaz de atirar), reduzido grau de reprovabilidade (a condição de analfabeta da acusada, a total ausência de antecedentes, a autorização do genitor do menor e a condição de que ele só utilizaria a arma depois**

**dos 20 anos) e inexpressividade da lesão jurídica provocada (não vislumbrei qualquer lesão jurídica). Tais circunstâncias autorizam a aplicação do princípio da insignificância.**

O Estado deveria concentrar a repressão as armas no interior nos comerciantes que, com um grau de instrução maior, vendem tanto as armas artesanais como a munição das mesmas, tirando o máximo de proveito dos agricultores menos esclarecidos.

Além da insignificância a jurisprudência também vem reconhecendo como circunstância capaz de excluir a tipificação de alguns delitos a miserabilidade do acusado:

“Ementa: PENAL. ABSOLVIÇÃO. RETIRADA DE AREIA DE DUNA PARA VENDER E SUSTENTAR A FAMÍLIA. 1. Confirma-se a sentença que absolve acusado de praticar o delito previsto no art. 163, combinado com o art. 330, do Código Penal, tendo em vista que a prova nos autos demonstrou que o ato praticado era o de retirar areia de uma duna para manter e sustentar a sua família. **2. Situação de miséria do acusado que há de ser considerada pelo julgador. 3. Supremacia da aplicação do princípio de respeito ao estado de miserabilidade do acusado, em prejuízo da interpretação rígida da lei.** 4. Apelação improvida.” (TR5. ACR 0500605/92-CE. T.02, Rel. Juiz JOSÉ DELGADO, DJ: 27-09-93, in Jurisprudência dos TRF’s, Juris-CD, 10ª Edição).

Por fim, registro que acusada é uma miserável, com 43 anos de idade, analfabeta, que vive no meio rural, no interior do Ceará, com um grau mínimo de instrução e total carência das condições básicas para uma vida com dignidade (mora numa casa de taipa com o marido e os filhos), sendo tais circunstâncias

relevantes na descaracterização do suposto delito.

A acusada nunca teve a real atenção do Estado, vivendo do jeito que dá, com a ajuda de Deus, e não será por meio desta sentença que ela reconhecerá, talvez pela primeira vez na vida, a força do Estado.

Presente a insignificância, deve-se absolver o agente com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

### III DISPOSITIVO

Face ao exposto, orientado pelo princípio da insignificância, absolvo a ré **M. A. S.**, nos termos do art. 386, inciso III, do CPP:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

...

III – não constituir o fato infração penal.

Reconheço que não ficou evidenciada qualquer lesão a ordem jurídica absolvendo a acusada M. A. S., devidamente qualificada nos autos, do delito descrito na denúncia.

P.R.I. e, após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos com baixa na distribuição.

Saboeiro(CE), 15 de julho de 2009.

Edison Ponte Bandeira de Melo  
Juiz de Direito n. 464 – TJCE





Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará  
Rua Ramires Maranhão do Vale, 70 - Água Fria - 60.811-670 - Fortaleza-Ceará  
Telefone (85) 3278.4013/3278.6242- e-mail: esmectj@gmail.com  
[www.tjce.jus.br/esmec](http://www.tjce.jus.br/esmec)

## INSTRUÇÕES ESPECÍFICAS PARA O ENVIO E RECEBIMENTO DE ARTIGOS PARA PUBLICAÇÃO

Os originais dos artigos deverão ser enviados por meio de correio eletrônico para o e-mail [artigosthemis@gmail.com](mailto:artigosthemis@gmail.com). Cópia impressa do artigo, com as folhas rubricadas pelo autor e assinado ao final, deverá ser enviada aos cuidados da Secretaria Executiva da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), com endereço físico à Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 – Edson Queiroz, CEP 60811-670, Fortaleza-CE. Os artigos enviados deverão obedecer, obrigatoriamente, à seguinte **formatação textual**:

- a) mínimo de 10 (dez) e máximo de 30 (trinta) páginas;
- b) formato do papel deve ser A4, com a seguinte configuração das margens: esquerda e superior, 3cm; direita e inferior, 2 cm. Os parágrafos devem ser justificados, recuo da primeira linha em 2 cm da margem esquerda, espaçamento um e meio (1,5 linha) entre linhas, salvo nas notas de rodapé e nas citações, nas quais deve ser utilizado espaçamento simples;
- c) fonte Arial;
- d) tamanho 12, exceto nas citações longas (recuar 4 cm, manter mesma fonte, reduzir para tamanho 10);
- e) parágrafos com entrelinha simples, sem espaçamento entre eles;

f) o artigo deverá conter os seguintes elementos pré-textuais: título e subtítulo (se houver), separados por dois pontos; sumário, com indicação dos itens e subitens em que se divide o trabalho; resumo na língua do texto: sequência de frases concisas e objetivas, de até 100 palavras.

Além disso, os **originais do artigo** deverão ser apresentados, obrigatoriamente, da seguinte forma:

- a) em 1 (uma) via, impressa em papel A4;
- b) com indicação do(s) autor(es) do trabalho e data de elaboração;
- c) com indicação da situação acadêmica, títulos e instituições nas quais a atividade principal do(s) autor(es) é exercida.

Os trabalhos que não obedecerem a estas normas serão devolvidos a seus autores que poderão reenviá-los para o próximo número, desde que efetuadas as modificações necessárias. O autor poderá consultar as normas técnicas da ABNT necessárias à elaboração de artigos, quais sejam, NBR 10520, NBR 6022, NBR 6023, NBR 6024, NBR 6027, NBR 6028 e suas posteriores atualizações, quando houver. Em caso de dúvida, é sempre possível manter contato com o organizador dos textos para publicação na revista, cujo endereço eletrônico encontra-se disponibilizado acima.

Não são devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista Themis. O autor receberá gratuitamente três exemplares do número da Revista no qual conste artigo de sua autoria.

---

Este número da revista foi composto na fonte Arial, corpo 11.  
O miolo foi impresso em papel tipo AP 75 g/m<sup>2</sup> e  
a capa em cartão supremo 240 g/m<sup>2</sup>. Impresso no Parque Gráfico do  
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Parque Gráfico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.  
Av. Ministro José Américo s/n - Cambéba - Fortaleza-CE.  
Fone/Fax: (85) 3216.2634