



ISSN. 2447-0171

# Olhar diverso

Revista multitemas da Criação Editora | Nº 10 | jan./abr 2019

**DIREITO E TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO**

**PROJETO GRÁFICO**

Adilma Menezes

**FOTOGRAFIA DA CAPA:**

© Roxana Gonzalez | Dreamstime.com

Catálogo – Claudia Stocker – CRB 5/1202

Olhar diverso - Multidisciplinar

Revista Multitemas da Criação Editora. n 10. jan-abr. 2019. Direito. - Aracaju: Criação, 2019.

ISSN. 2447-0171

1. Direito 2. Tecnologia da Informação. 3. Revista Multitemas. 4. Olhar Diverso (Periódico)

I. Olhar Diverso - Multidisciplinar II. Assunto

CDU 340 (004)

O conteúdo dos artigos é de responsabilidade exclusiva dos autores.

# Olhar diverso

N. 10 | jan-abr/2019

A revista Olhar diverso é um periódico da Criação Editora que tem o intuito de incentivar a publicação de resultados de pesquisas nas diferentes áreas do conhecimento. Agrega artigos, resumos expandidos, resenhas, debates sobre temáticas que encorajem o debate interdisciplinar.

## **EDITOR**

Rita de Cácia Santos Souza

## **CONSELHO EDITORIAL**

Ana Maria de Menezes  
Instituto de Direito Público de Brasília (IDP-DF)

Estácio Bahia Guimarães  
Academia Sergipana de Letras

Fábio Alves dos Santos  
Universidade Federal de Sergipe

José Eduardo Franco  
Universidade de Lisboa/ CLEPUL

Luiz Eduardo Menezes  
Universidade Federal de Sergipe

Jorge Carvalho do Nascimento  
Universidade Federal de Sergipe

José Afonso do Nascimento  
Universidade Federal de Sergipe

José Rodorval Ramalho  
Universidade Federal de Sergipe

Justino Alves Lima  
Universidade Federal de Sergipe

Martin Hadsell do Nascimento  
Universidade do Texas, Austin

Rita de Cácia Santos Souza  
Universidade Federal de Sergipe

## **CONSELHO CIENTÍFICO**

Acássia Araújo Barreto  
Núcleo de Pesquisa em Comunicação e Tecnologia - NUCA

Lilian Cristina Monteiro França  
Universidade Federal de Sergipe

Lucas Aribé Alves  
Instituto ILUMINAR



# APRESENTAÇÃO

Em um momento de transformação, quicá com ares de amadurecimento em questões antigas, mas pouco aplicadas no convívio social é sempre proveitoso o estudo das ações afirmativas e execução conforme os ditames da carta constitucional. Este tema abre o primeiro capítulo de mais uma edição da nossa **Revista Olhar Diverso** que busca contribuir com o debate acerca do desenvolvimento social do País através do conhecimento. A advogada Ana Maria de Menezes, especialista em direito constitucional aborda a necessidade de reforçar o caráter garantista do Estado Democrático no artigo “Garantias Constitucionais e Políticas de Ação Afirmativa: O Desafio da Proteção das Minorias”. A autora apresenta o decurso da efetividade democrática, a partir do suporte às minorias, que já tem estabelecido direitos na Constituição cidadã vigente, porém, o enfrentamento desafiador das políticas públicas no resguardo de ações afirmativas trilha abismos para fazer prevalecer à igualdade social.

Controle de constitucionalidade é sempre um tema que aguça o meio jurídico e doutrinário pelos avanços da sociedade e o desenvolvimento de nova interpretação do texto constitucional *versus* arguição de inconstitucionalidade. Por isso, tão imperioso o artigo “Novas Técnicas Decisórias no Controle de Constitucionalidade”, que ilustra o analista do Ministério Público do Estado de Sergipe, Fellipe Barros Cavalcante, brindando os leitores com os aspectos dos principais modelos de controle de constitucionalidade. Mas seu artigo ganha contornos atualizados quando expõe a jurisprudência do STF, num enfoque contraposto entre as dificuldades impostas pelas decisões tradicionais e as novas técnicas decisórias, especialmente, o atual estudo denominado declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto. Afinal, as inúmeras relações jurídicas inseridas, no mundo fático, a partir de

um contexto de presunção de constitucionalidade não poderiam estar eivadas de prejudicialidade por simples técnica limitante de interpretação. Uma brilhante exposição que merece atenção dos nossos leitores pelas informações específicas e inovadoras.

O indulto foi alvo de muita discussão jurídico e social a partir do Decreto nº 9.246/2017 editado pelo então presidente da República, Michel Temer. A matéria chegou ao STF com relatoria do ministro Luís Roberto Barroso e criou-se um debate salutar acerca da “Análise à Luz dos Princípios da Proporcionalidade e da Separação dos Poderes”, artigo exposto por Taísa Torres Aragão, técnica do Ministério Público do Estado de Sergipe e pós-graduanda em Direito Processual Civil, que promove um rico histórico que vai do nascedouro deste instrumento, sustenta a inconstitucionalidade na concessão em determinadas condenações, através da fundamentação do voto do Relator, bem como a atuação do Ministério Público e da Advocacia da União neste debate. A autora aprofunda sua exposição apresentando os argumentos do princípio da separação dos poderes e traça a distinção dos papéis do poder legislativo e do judiciário, especialmente na matéria criminal. Por fim, informa o voto vencido do relator e o entendimento atual do STF pela Constitucionalidade do Decreto do indulto, como ato privativo do presidente da República e que não fere o princípio da separação dos poderes. Uma leitura de enriquecimento pela coerência em sua explanação.

O direito comparado já se consolidou como um ambiente de diálogo entre as cortes constitucionais, nessa diretriz a mestrandia em Direito Niully Nayara Santana Campos elaborou o artigo “A Utilização do Direito Estrangeiro como Base para Fundamentar Decisões do STF: Reflexões sobre a Execução provisória da Pena”. A autora informa, mais precisamente os argumentos apregoados pelo STF acerca do julgamento do habeas corpus 126.292/SP, quando o STF surpreendeu e dividiu opinião no meio acadêmico jurídico acerca do entendimento de que é possível a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O ponto mais sensível do questionamento é o afrontamento ao princípio constitucional da presunção da inocência. O STF justifica sua decisão em vários momentos, empregando a legislação

estrangeira descontextualizada e a autora combate em sua conclusão os argumentos enfatizados que restaram o entendimento firmado, contrapondo-se com o esclarecimento de que a interpretação restritiva não convém no debate ao princípio Constitucional da Presunção da Inocência. Mais um assunto atual que ganhou contornos, inclusive na sociedade além jurídica.

Os avanços tecnológicos marcam presença nesta edição nº 10 da Revista Olhar Diverso e quem traz “Um Mapeamento Sistemático da Literatura sobre as Redes Autônômicas” é José Bonifácio da Silva Júnior. Em seu artigo o autor faz uma análise minuciosa acerca do que se tem pesquisado mais recentemente na área de redes autonômicas, gerando uma caracterização sobre o tema. O trabalho apresenta uma visão geral das recentes publicações de pesquisas científicas na área e conclui que as pesquisas ainda estão em fase laboratoriais, não estando em produção. Porém, ensina que sua utilidade em redes baseadas por software e em redes via rádio já produz avanços facilitadores, especialmente por serem mais fácil e livre de padrões de fabricantes. Um estudo através de pesquisa que rende dinamismo a tecnologia ainda carente no nosso país.

Aproveitem as pesquisas e abordagens de temas instigantes jurídicossocial dos nossos colaboradores, que merecem os parabéns da **Revista Olhar Diverso** e boa leitura!

*Editor*





# SUMÁRIO

- 11 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA: O DESAFIO DA PROTEÇÃO ÀS MINORIAS  
**Ana Maria de Menezes**
- 31 NOVAS TÉCNICAS DECISÓRIAS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE  
**Fellipe Barros Cavalcante**
- 63 DECRETO DE INDULTO N. 9.246/2017 E O VOTO DO MINISTRO-RELATOR: UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES  
**Táisa Torres Aragão**
- 89 A UTILIZAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO COMO BASE PARA FUNDAMENTAR DECISÕES DO STF: REFLEXÕES SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.  
**Niully Nayara Santana Campos**
- 107 UM MAPEAMENTO SISTEMÁTICO DA LITERATURA SOBRE AS REDES AUTONÔMICAS  
**José Bonifácio da Silva Júnior**



# GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA: O DESAFIO DA PROTEÇÃO ÀS MINORIAS

## RESUMO

O presente artigo tem como escopo (re) afirmar o caráter garantista da Constituição, através da abordagem sucinta de mecanismos de ação afirmativa, como formas eficazes de materialização da igualdade. Na construção de uma sociedade justa é imperioso o respeito e proteção das minorias. Nesse contexto, as políticas de ação afirmativa são instrumentos legítimos na busca dos objetivos do Estado Democrático de Direito externados na Constituição Federal. A efetividade de uma sociedade, justa, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, enfrenta o desafio de superar os limites do texto constitucional, razão pela qual é fundamental reforçar o caráter garantista do Direito, sobretudo no que se refere à proteção dos indivíduos e grupos minoritários ou vulneráveis.

**Palavras-chave:** Igualdade, garantias, ação afirmativa, Estado Democrático de Direito

Advogada. Pós-graduada em Direito Constitucional, especialista em Direito Eleitoral e membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/SE. Email: anamenezes.advocacia@gmail.com.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem como tema “garantias constitucionais e políticas de ação afirmativa: o desafio da proteção às minorias”. É, sem sombra de dúvidas, provocador de imensos debates, vez que aborda os direitos do cidadão, causa incompatibilidades na interpretação do princípio da igualdade, e impacta a realidade social, na medida em que a modifica.

Há uma dinâmica na relação entre maioria e minoria na formação da sociedade, que deve ser plural e democrática. Nesse toar, a construção de uma reflexão sobre minoria envolve a análise do princípio da igualdade, da identidade e das garantias fundamentais. O direito será instrumento capaz de alcançar os ideais constitucionalmente expressos? O Direito brasileiro deve perseguir o respeito à democracia e ao pluralismo.

É clarividente que a desigualdade atinge como uma mancha as conquistas da sociedade, e avança, desequilibrando relações econômicas e sociais. O direito constitucional tem exercido importante papel na medida em que estabelece o arcabouço de valores a serem perseguidos, como os ideais de legalidade, soberania popular, limitação e divisão dos poderes, respeito aos direitos individuais e das minorias, tudo isso aliado ao ideal de constituição material no campo dos direitos sociais.

Mas é urgente a necessidade de buscar caminhos para reduzir o abismo existente entre a norma constitucional e a efetivação das mesmas. Não é viável a sustentação do Estado Democrático de Direito fora dessa perspectiva de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A Constituição é, portanto, referencial teórico para que se exalte a diversidade ao tempo em que se contempla a igualdade, sem se desconsiderar que o alcance desse referencial é limitado, institucionalizado. Na mesma medida em que se avalia a importância da efetividade da *Lex Mater*.

As medidas afirmativas estão fundamentadas no Princípio Constitucional da Igualdade. É na igualdade substancial, mais do que na simples igualdade formalmente declarada que elas se aperfeiçoam. O direito constitucional brasileiro, num país com profundas desigualdades deve renovar compromisso com a efetividade das normas constitucionais.

## 2. DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Um importante desafio das políticas de ação afirmativa está na comprovação de que sua aplicação não significa qualquer desrespeito ao princípio constitucional da Igualdade. Muito ao contrário, a escolha, por exemplo, de determinado grupo vulnerável para favorecimento, acontece unicamente para compensá-lo de um processo discriminatório histórico provocador de consequências irreversíveis para os sujeitos de direitos de uma geração.

Para que um Estado seja, para além do que proclama suas leis, efetivamente Democrático de Direito, imprescindível a promoção da igualdade. A Constituição brasileira recepciona esse princípio. Mais do que isso, autoriza, solicita de maneira mandamental a sua aplicação.

O Princípio Constitucional da igualdade é o núcleo, a essência do Estado Social. A partir dele, ou melhor, utilizando-o como fundamento primeiro, ao lado do legado de liberdade, toda a concepção estrutural do Estado Democrático de Direito é formada.

Contudo, é fundamental que seja considerada a imensa distância entre os postulados legais do princípio da Igualdade e a realidade fática, para que se compreenda que a concepção liberal de igualdade das revoluções francesa e americana, com o passar do tempo apenas se tornou conservadora do *status quo* da sociedade.

Constatou-se a inópia da ideia de tratar a todos igualmente de maneira geral e abstrata. Era imprescindível apontar as particularidades do sujeito de direito e individualizar determinadas respostas sócio jurídicas.

Nesse toar, clarividente a necessidade de maior proteção de alguns setores da sociedade considerados mais vulneráveis. Está aí a ideia de igualdade material, que se firma na igualdade de condições e de oportunidades, típica de um Estado Democrático de Direito. É, conforme defende o sergipano, Ministro do STF Carlos Ayres Britto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330-1, o desvalor da desigualdade a justificar a imposição do valor da igualdade:

O substantivo “igualdade”, mesmo significando qualidade das coisas iguais (e, portanto, qualidade das coisas idênticas, indiferenciadas, colocadas no mesmo plano ou situadas no mesmo nível de importância), é valor que tem no combate aos fatores de desigualdade o seu modo próprio de realização. Quero dizer: não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. (ADIN 3.330-1/DF, Relator Ministro Carlos Ayres Britto).

A realidade socioeconômica que se contrapõe às juras de um Estado igualitário é efetivamente combatida com a exaltação do princípio da igualdade para o Estado Social. A incontrastável importância da igualdade para o ordenamento jurídico está fundamentada na ideia do Estado Social, na consolidação da democracia. O modelo não interventor do Estado Liberal, limitado à proclamação da “igualdade perante a lei” dá lugar à postura ativa, intervencionista do Estado garantidor da igualdade.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão proclama em seu artigo 1º que “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Trata-se da declaração formal do direito de igualdade, também descrita no afamado discurso de Rui Barbosa na Oração dos moços:

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

A igualdade ligada à ideia de justiça presente na poesia de Rui Barbosa se refere a uma justiça no campo formal, vez que possibilita, por exemplo, que empregado e patrão (desiguais) sejam tratados de forma desigual sem que isso signifique injustiça.

Deste modo, a lei geral e abstrata que incide sobre todos (que são naturalmente desiguais) acabaria por criar maiores desigualdade e injustiça não fossem as leis específicas para determinados grupos que objetivam proporcionar igualdade de condições para os indivíduos.

A ideia de “igualdade perante a lei” foi superada pela busca de “igualdade através da lei”. Ora, a isonomia formal descrita no enunciado de “igualdade perante a lei” dá lugar à busca da igualdade real, igualdade na acepção material da palavra, que traz mudanças profundas e efetivas à realidade social do indivíduo. A igualdade meramente formal subsistente até o fim do Estado Liberal, passa com o advento do Estado Social a considerar as peculiaridades dos grupos sociais a fim de estabelecer a igualdade de fato, igualdade na acepção material da palavra.

Não há que se confundir a atribuição justificada de um direito fundamental a determinada categoria de pessoas com privilégios dados a outros de forma atentatória ao princípio da igualdade. Justifica-se, por exemplo, o direito ao acesso gratuito à justiça para os pobres na forma da lei, vez que a finalidade é gerar igualdade de acesso, igualdade material entre as diversas classes socioeconômicas. O mesmo não ocorre se o mesmo direito fosse concedido aos que possuem

alta renda, pois nesse caso não haveria justificativa. Ao contrário, se estaria concedendo privilégio a tal grupo e ferindo a isonomia.

Logo, na medida em que se amplia o princípio da igualdade, maiores se tornam as divergências entre as igualdades jurídicas e fáticas. Quanto maior a busca da igualdade real, mais denso o paradoxo entre as igualdades formal e material.

As Constituições brasileiras apregoam, desde o império, a igualdade perante a Lei. Mas a Constituição Cidadã de 1988 vai além da mera declaração formal de igualdade. Ela deve ser interpretada de forma sistemática, levando-se em consideração todas as suas normas referentes ao princípio da igualdade e principalmente o escopo da prática da justiça social.

Verifica-se, como não poderia deixar de ser, numa constituição em que direitos sociais se misturam a direitos liberais, conflitos referentes às limitações de interpretação do princípio da igualdade e seu caráter material.

Proclama o caput do artigo 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, ao tempo em que em diversos outros dispositivos da CF/88 é assegurada a efetivação desse mandamento. A propósito, já no preâmbulo da Carta Magna, encontra-se ênfase ao referido princípio:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.





A Carta Magna brasileira reforça o princípio da Igualdade quando anuncia direitos sociais substanciais com o fito de viabilizar aos desiguais, mais do que igualdade jurídica, igualdade de condições sócio econômico culturais. Podem-se citar de forma meramente exemplificativa os outrora mencionados no presente trabalho, objetivos da República de redução das desigualdades sociais e regionais, de aversão a quaisquer formas de discriminação, ou ainda, a garantia ao direito à educação abalizada na democracia e na igualdade de condições de acesso, o direito à saúde, etc.

O princípio da igualdade reverbera o mandamento do tratamento igualitário, tanto para legisladores quanto para aplicadores da lei. Os primeiros quando escrevem a norma, os segundos quando cumprem o que ela diz sem distinção.

Entre as principais situações protegidas especificamente pelo legislador constitucional está a vedação à discriminação, a orientação sexual, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de preconceito.

Em se tratando do direito de Igualdade relativo ao gênero a constituição avançou consideravelmente quando igualou homens e mulheres em direitos e obrigações. Não se trata nesse caso de mera igualdade formal. Anos de luta contra as discriminações a que as mulheres sempre estiveram submetidas foram consagrados em dispositivos específicos. As únicas diferenças admitidas, constitucionalmente, entre homem e mulher são em favor desta última, como por exemplo, no que se refere às condições para aposentadoria.

Num país historicamente marcado pelo preconceito, pelas amarras escravistas, pelo machismo, por profundas desigualdades sociais, em que alguns setores da população estão acostumados com privilégios, quanto mais cidadania, quanto mais igualdade real, maiores também serão as insatisfações. Às reações são inerentes ao processo de efetivação do princípio da Igualdade material num ambiente de privilégios.

Após quase 30 anos de promulgada a Constituição, os direitos sociais, ligados intimamente ao princípio da igualdade ainda enfrentam profundas adversidades. Não há igualdade, na medida em que tais direitos sociais não alcançam toda a população, melhor, não chegam principalmente aos grupos historicamente marginalizados, taxados como protótipos de seres humanos inferiores.

A implantação de políticas de ação afirmativa não privilegia os cidadãos para os quais foram criadas. Ao invés disso, ela serve para que o Estado efetivamente trate desigualmente os desiguais e corrija proativamente as mazelas oriundas de um processo histórico excludente. São instrumentos constitucionalmente autorizados, meios de tornar concretos os valores exaltados pelo Estado Democrático de Direito.

É imprescindível que seja compreendida a importância desta prerrogativa Constitucional, que apesar de significar a mitigação par-

cial de Direitos individuais reverbera expectativa real de construção de uma sociedade em que os ideais de igualdade sejam perseguidos de forma proativa.

A Constituição de 1988 é inovadora. Num cenário de positivação de direitos fundamentais, o processo de reconhecimento das diferenças é via de realização da igualdade material. Com a complexidade de relações no ordenamento jurídico passaram a ser positivados também direitos de natureza cultural, cujo escopo é o do reconhecimento de diferenças para efetivação da igualdade.

### 3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E MINORIAS

A partir de agora, se busca compreender qual o sentido de minoria quando se aborda o reconhecimento dos direitos fundamentais. Nesse contexto, resta patente que as minorias não são postas, elas são construídas a partir da dinâmica social e por esta transformadas. Há diferentes demandas de diferentes grupos minoritários quando se trata de reconhecimento e proteção.

Classicamente, o conceito de minoria exclui essa aparência dinâmica atribuída atualmente à categoria. Não se limitam à ideia ligadas ao contexto de identidades e nacionalidades apenas. Vários grupos considerados minorias, como as mulheres, indígenas, homossexuais, negros, quilombolas, apresentam diferentes necessidades de reconhecimento e respeito à pluralidade, à diferença, para além da ideia de identidade nacional.

Portanto, o critério quantitativo como se vê não é o que define a expressão. Aqui inclusive há identidade com o termo vulnerável, já que as minorias são também vulneráveis, são minoria social. No contexto do multiculturalismo e do reconhecimento à diferença é que se insere a necessidade de diálogo sobre ação afirmativa, democracia, representatividade, direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Para Ferrajoli (1999, p. 37) o conceito formal de direitos fundamentais é que são todos aqueles direitos subjetivos universalmente aplicáveis a todos os seres humanos através de um estatuto destinado aos cidadãos ou pessoas com capacidade jurídica:

Propongo una definición *teórica*, puramente formal o estructural, de «derechos fundamentales»: son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas’.

As desigualdades se expressavam por meio da negação da mesma identidade das pessoas, isso no que se refere a capacidade de trabalho e de cidadania. Atualmente, a ideia é de que as desigualdades ocorrem com a negação da identidade da pessoa e sua capacidade jurídica. Com o avanço do direito não são mais critérios de capacidade de trabalho, personalidade e cidadania que atribuem os direitos fundamentais.

Nessa perspectiva de adaptação aos novos contextos sociais, econômicos e culturais é que se dá o processo evolutivo do Estado. Não obstante o Estado Social estar fundamentado na busca do bem-estar social, a democracia não foi elemento indispensável a sua execução ao longo da história. Um Estado Social de Direito não é, necessariamente, um Estado Democrático, vez que pode um mesmo Estado intervir para a promoção dos direitos sociais e possuir ideologia totalitarista.

A legitimidade do povo no exercício do poder político é elemento caracterizador inerente ao Estado Democrático de Direito. O conceito de democracia está para além dos conceitos de Estado de Direito, seja ele Estado Liberal ou Social.

A expressão “Estado Democrático de Direito” carrega em si expressiva complexidade, uma vez que não representa mera reunião dos elementos dos “tipos” de Estados que a compõem isoladamente – Estado Democrático e Estado de Direito – mas alcança novo significado. O Estado Democrático de Direito une as garantias dos modelos de Estado que o antecederam e vai além deles. Fundamenta-se na democracia, na constitucionalidade das normas, na cidadania e, sobretudo, no respeito à dignidade da pessoa humana.

A Constituição assevera em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil se constitui Estado Democrático de Direito, e aponta imperativamente em seu artigo 3º seus objetivos fundamentais. Em outras palavras, o Estado Brasileiro deve tornar efetivos os elementos caracterizadores do Estado Democrático de Direito. Deve encarar o direito como instrumento de transformação social, como meio para o fim de mudança concreta do *status quo* socialmente estabelecido, deve agir de maneira proativa.

Imprescindível que se enfatize a importância da Lei, que necessita sair do campo do abstrato para interferir diretamente na vida das pessoas de forma positiva, conforme defende Silva (2009, p. 121):

Pois ele (o Estado Democrático de Direito) tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir da realidade social.

O escopo fundamental do Estado Democrático de Direito é a busca da igualdade. Um Estado somente pode ser considerado Democrático de Direito se a essência de sua finalidade consistir na superação das desigualdades e na busca pela verdadeira Justiça social, sob a égide do respeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Conforme explica Ferrajoli (1999, p.57) depois do nascimento da ONU, e graças à adoção de cartas e convenções internacionais sobre direitos humanos, esses direitos são fundamentais não somente dentro dos Estados cujas constituições são formuladas. Eles são direitos supranacionais, vinculados e subordinados os estados também no plano do direito internacional, portanto, não são apenas os direitos de cidadão, mas os direitos de pessoas, independentemente das suas diversas cidadanias:

Después del nacimiento de la ONU, y gracias a la aprobación de cartas y convenciones internacionales sobre derechos humanos, estos derechos son «fundamentales» no sólo dentro de los Estados en cuyas constituciones se encuentran formulados, son derechos supraestatales a los que los Estados están vinculados y subordinados también en el plano del derecho internacional; no, pues, derechos de ciudadanía, sino derechos de las personas con independencia de sus diversas ciudadanía.

A ideia de direitos iguais deveria, portanto, gerar um sentido de igualdade baseada em respeito ao outro como igual, caminho para efetivar o estado de bem-estar. A cidadania é aqui a representação da igualdade como categoria basilar da justiça e da democracia.

A luta pelo ingresso dos direitos culturais e sociais é parte importante da realização da cidadania. Estes direitos constitucionalmente garantidos são mandamentos e por isso devem caminhar para uma aceitação social ligada a condições de efetividade.

A organização política e jurídica que pregava a generalidade na produção das leis e a uniformidade de sua aplicação foi suplantada pelo Estado Democrático de Direito, que inverte a lógica da generalização. A preocupação se dá sob o viés da generalização não das leis, mas das condições de participação dos indivíduos nos processos decisórios, do acesso de cada um e de todos aos bens jurídicos e sociais, da cidadania.

Ocorre que a mera declaração do legislador constituinte que diz estar o Brasil sob a égide do Estado Democrático de Direito, bem como, os mecanismos estabelecidos na Constituição Federal para a efetivação das conquistas cidadãs oriundas deste Estado, não bastam para que se atinja e se refute a realidade fática de exclusão e preconceito em torno das minorias.

Os obstáculos à consolidação do Estado Democrático de Direito alcançam vultosa magnitude quando se levam em consideração as amarras sociais da história de colonização, escravismo, dependência, preconceito e exclusão, típicas da formação do Estado Brasileiro.

A institucionalização da democracia e dos valores sociais pelo Estado Democrático de Direito deságua numa nova inteligência sobre o princípio da igualdade, que deixa de ser formalismo normativo e passa a ser valor, objetivo perseguido no campo material.

Respalhada na função precípua do Estado Democrático de Direito, de garantia da dignidade de cada cidadão e por extensão, da promoção do bem comum está a atitude proativa que deve ser por ele adotada. É imprescindível que o Estado atue por meio de mecanismos concretos, já assegurados constitucionalmente para a busca da igualdade real.

Destaca-se, portanto, o papel basilar do ambiente político democrático, sem o qual esse objetivo não se concretiza. É imperativa a necessidade de compreensão do alcance da vida democrática em todas as dimensões entre as quais está a dimensão jurídica.

#### 4. DAS AÇÕES AFIRMATIVAS E O DESAFIO DE PROTEÇÃO ÀS MINORIAS

Identificar, reconhecer e garantir direitos às minorias são reflexo do processo de amadurecimento político cultural das democracias contemporâneas. Nesse contexto é que surgem as ações afirmativas, como instrumentos promotores do acesso desses indivíduos à educação, emprego, e condições dignas de vida. É o Estado como promotor e garantidor dos direitos do cidadão.

A Constituição Federal possui com conjunto de normas através das quais promove, autoriza as políticas públicas de cunho afirmativo. A dignidade da pessoa humana indissociável da busca da igualdade tem no artigo 3º da Constituição Federal seu fundamento. O Princípio da Igualdade é acolhido em seu sentido material quando a Constituição solicita políticas voltadas para o combate da desigualdade em todos os níveis.

Contudo, há real preocupação com um movimento de valorização exacerbada das identidades culturais, sobretudo diante da complexidade da sociedade brasileira, resultado de processos históricos de exclusão.

Não se pode confundir ação afirmativa com assistencialismo estatal. A densidade político econômico social da chamada ação afirmativa, ou positiva, ou ainda discriminação inversa, vai muito além das simples medidas assistenciais. Tampouco se pode encará-las como proteção a desamparados. As ações afirmativas são antes de tudo, a materialização da compreensão dos valores da diversidade cultural, racial, social do ser humano.

Nas políticas de ação afirmativa está intrínseca a ideia de reconhecimento da história de exclusão das minorias, da promoção de condições de igualdade entre esses indivíduos e os grupos sociais dominantes, vez que a distribuição de riqueza, o status social são resultado das inúmeras diferenças existentes entre esses grupos.



A ideia de justiça compensatória permeia as ações afirmativas no sentido de oferecer determinadas vantagens aos descendentes dos sujeitos discriminados, herdeiros também da condição social subalterna. O objetivo é promover igualdade de condições no acesso a bens, a direitos como educação e trabalho.

Elas são, portanto, um conjunto de políticas compensatórias para os segmentos sociais que foram e são alvo de discriminação de diversas naturezas. Visam à valorização das identidades coletivas dos segmentos submetidos à opressão social, econômica, religiosa, sexual, cultural, etc.

Diversas outras definições são dadas às Ações Afirmativas por jovens doutrinadores em recentes estudos brasileiros, mas estão no geral ligadas a um duplo caráter: o reparatório ou compensatório – que corrige as injustiças praticadas no passado – e o distributivo – na medida em que oferece, principalmente quanto aos direitos básicos do cidadão como saúde, educação e trabalho, possibilidade de acesso aos que naturalmente estariam excluídos do processo social.

As ações afirmativas são também chamadas de sanções positivas. Diferentes das sanções repressivas que são impostas diante de uma violação de uma norma, as sanções positivas ou premiaias intervêm na vontade das pessoas por meio de incentivo para que elas cumpram a lei, ou até mesmo superem as expectativas das normas. Trata-se de incentivo em favor de determinada conduta, obrigatória ou não.

Da mesma maneira não se confundem as discriminações negativas com as discriminações positivas. As primeiras se fundamentam no malefício dos que são discriminados, como, por exemplo, a discriminação que vitimou milhares de judeus assassinados nas câmaras de gás em nome da superioridade da raça ariana. Em lado radicalmente oposto está a discriminação positiva.

Esta última tem por objetivo promover os que se encontram em situação de marginalização social. Os recursos pertencentes a todos, de forma desigual são distribuídos para a promoção do bem comum. É assim que funciona num Estado Social de Direito.

As manifestações das ações afirmativas no Brasil se deram em nossa história mais recente. As mais concretas ocorreram, sobretudo em relação ao ingresso de bolsistas e cotistas nas universidades brasileiras, temas de profundas discussões inclusive com ações no STF.

A Carta Constitucional de 1988 é a grande responsável pela modificação na perspectiva de adoção de políticas afirmativas no Brasil. Ela traz em seu bojo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, por meio da redução das desigualdades sociais e da promoção do bem comum, rejeitando quaisquer formas de discriminação, como objetivo fundamental da República. A Constituição cidadã prega políticas públicas garantidoras da igualdade material.

Num breve histórico pode-se ainda citar a política de cotas, para a participação das mulheres, que garantiu um percentual mínimo de 30% de candidaturas femininas nos números disputantes aprestados pela coligações ou partidos políticos. Elas surgiram no sistema eleitoral brasileiro por meio da Lei 9.100/95, que determinava, no âmbito das eleições proporcionais, o percentual mínimo de 20% de candidaturas femininas para cada partido ou coligação. Durante a vigência da Lei, atualmente já revogada, o entendimento do TSE era de que a aplicação da norma não possuía natureza obrigatória, e por óbvio, não previa punição para quem a descumprisse.

A Lei 9.504/97 (Lei das Eleições), por sua vez, alterou o percentual, ampliando para 30% a percentagem mínima de reserva de vagas para um dos sexos. Contudo, o entendimento dos Tribunais Superiores ainda permanecia no sentido de que a obrigação era apenas a de reservar as vagas, sem gerar responsabilização para os partidos ou coligações que não conseguissem cumprir a cota de candidaturas femininas.

A política brasileira, fruto do mesmo processo patriarcal e machista que atinge todos os espaços de representação do país, pouco avançava na prática, inobstante as alterações legislativas realizadas até então. O cenário passou a apresentar mudança mais significativa

a partir da edição da Lei nº. 12.034/09, que alterou o §3º do art. 10 da Lei 9.504/97, modificando no texto a expressão “deverá reservar” por “preencherá”.

A partir daí foi assegurado o caráter imperativo da norma, considerada pelos Tribunais de eficácia imediata. O TSE entende que, em regra, a lista de registro apresentada por partido político ou coligação que não observar o percentual de 30% por gênero deverá sofrer adequação, seja para o acréscimo de novas candidaturas do sexo que ainda não atingiu o percentual mínimo, para a substituição de candidaturas ou até para a exclusão de candidaturas, a fim de que se atinja a regra do percentual mínimo para um dos sexos.

Num sistema político dominado por homens, as ações afirmativas se apresentam como alternativa legal e eficaz para o aumento da participação da mulher nos espaços de poder e decisão. Principalmente em função do caráter obrigatório – senão somente em função dele – as agremiações partidárias têm ao longo dos anos sentido a necessidade de se adequar, de promover políticas de incentivo à participação da mulher em suas organizações.

No entanto, tem-se constatado o surgimento e fortalecimento de movimentos contrários aos direitos das minorias, sob o falacioso argumento de que o reconhecimento da diversidade ocasiona segregação e mais discriminação. A democracia moderna tem enfrentado divergências profundas para concretização da ideia de fraternidade. Ao Estado resta intervir para a proteção dos grupos historicamente vulnerabilizados.

Conforme vaticina Habermas (2002, p.166) “a coexistência com igualdade de direitos de diferentes comunidades étnicas, grupos linguísticos, confissões religiosas e formas de vida, não pode ser obtida ao preço da fragmentação da sociedade”.

A Constitucionalização do Direito abriu caminho para o crescimento das ações afirmativas, que representam instrumento legítimo de empoderamento das minorias. O que é urgente é a construção de

uma nova dinâmica de entendimento das transformações culturais vividas no Brasil, que garanta a exaltação da diversidade, o incentivo as expressões das identidades do povo, ao tempo em que se fortaleça os vínculos identitários dessas minorias para que se garanta minimamente condições de igualdade substancial à complexa realidade nacional.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços / Rui Barbosa**; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em <[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf)>. Acesso em 20/07/2018.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo:Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 20 de julho de 2018.

BRITO, Carlos Ayres. **ADIN 3.330-1/DF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>>. Acesso em 20 de julho de 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**. Madrid: Trotta, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro - estudos de teoria política**. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe [UFPR]. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídico- constitucional**. Conferência proferida no Congresso Nacional “Direito e Fraternidade”, promovido pelo Movimento Comunhão e Direito, em 26 de janeiro de 2008, no Auditório Mariápolis Ginetta, Vargem Grande Paulista/ São Paulo. Disponível em: <[http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/CarlosMachado\\_AFraternidadeComoCategoriaJuridicoConstitucional.pdf](http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/CarlosMachado_AFraternidadeComoCategoriaJuridicoConstitucional.pdf)>. Acesso em: 20 de julho de 2018.

MEC, Ministério da Educação. **Igualdade e Autonomia: Audiência Pública sobre a Constitucionalidade de Políticas de Ação Afirmativa de Acesso ao Ensino Superior**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em 20 de julho de 2018.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático da igualdade jurídica**. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Editora Senado Federal, jul./set., 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: livraria do advogado editora. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009.



# NOVAS TÉCNICAS DECISÓRIAS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

## RESUMO

Com o presente trabalho objetiva-se demonstrar a importância, não apenas da Jurisdição Constitucional, mas especificamente das novas técnicas decisórias que vem sendo desenvolvidas e utilizadas pelos tribunais e pela doutrina. Para tanto, são analisados os principais aspectos dos modelos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil, com destaque para as possíveis decisões e os seus efeitos. Com isso serão percebidas as dificuldades impostas pelas decisões tradicionais do controle de constitucionalidade, abrindo-se espaço para um estudo de algumas das novas técnicas decisórias. Observando o posicionamento da doutrina e da jurisprudência do STF sobre essas técnicas, serão analisados o surgimento, as hipóteses de aplicação e seus efeitos, dando-se um destaque final para a técnica denominada declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

**Palavras-chave:** Jurisdição constitucional, controle de constitucionalidade, técnicas decisórias, declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

## 1 INTRODUÇÃO

A Jurisdição Constitucional é, sem dúvida, um dos temas que despertam maior interesse dos pesquisadores e estudiosos do Direito no Brasil, sobretudo pela importância para a manutenção do equilíbrio entre as funções do Estado.

O controle de constitucionalidade é, portanto, uma atividade imprescindível, nos tempos atuais, para a manutenção do Estado Constitucional que o Brasil alcançou.

Ocorre que durante muito tempo o controle de constitucionalidade esteve limitado, pela sua própria formulação, em declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, com todas as consequências daí decorrentes – a nulidade da norma atacada, e a tentativa de retorno das situações por ela reguladas à forma em que se encontravam antes que ela fosse elaborada.

Porém, com o tempo, percebeu-se que em muitas oportunidades esse processo poderia gerar ainda mais danos à sociedade, tendo surgido a necessidade de encontrar soluções para essas dificuldades.

Celso Ribeiro Bastos, com invejável lucidez, trata dessa questão ao afirmar que

pode-se explicar o surgimento das novas técnicas de interpretação constitucional com base no fato de que cada disposição legal deve ser considerada na composição da ordem constitucional vigente, e não ficar restrita ao âmbito do conjunto das disposições da mesma lei ou de cada lei no conjunto da ordem legislativa. Vale dizer que, no século XX, cresceu e se expandiu vertiginosamente a ordem constitucional como verdadeiro centro irradiador de energias dinamizadoras das demais normas da ordem jurídica positiva. As modernas



formas de interpretação constitucional encontram aí o seu nascedouro.<sup>1</sup>

Importante salientar que o termo interpretação constitucional aqui é utilizado como variação do controle de constitucionalidade, uma vez que se a lei ou ato normativo não puder ter uma interpretação conciliável com a Constituição, deve ser retirada do ordenamento.

Também os tribunais vislumbraram essa necessidade, conforme trecho de decisão do Min. Sepúlveda Pertence, no qual enaltece as novas técnicas decisórias no controle de constitucionalidade, *in verbis*:

[...]

1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem. **(Trecho do acórdão no Recurso Extraordinário 147776, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 19/05/1998, DJ 19-06-1998 PP-00009 EMENT VOL-01915-01 PP-00136)**

Portanto, esse trabalho visa demonstrar o benefício trazido por algumas das novas técnicas de decisão do controle de constituçiona-

---

1 BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas formas de interpretação constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/89/as-modernas-formas-de-interpretacao-constitucional>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

lidade, com destaque para a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Para tanto, serão analisados alguns aspectos da Jurisdição Constitucional no Brasil, especialmente os modelos de controle de constitucionalidade tradicionalmente adotados no país.

Em seguida serão estudadas algumas das novas técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, analisando-se suas particularidades, encerrando-se com um enfoque particular sobre a chamada “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”.

## 2 NOÇÕES GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Assim como nos demais países em que se desenvolveu, a jurisdição constitucional no Brasil tem como objetivo principal proteger a Carta Constitucional. Para tanto, aplica diretamente a Constituição para a solução das demandas, nos casos em que convier.

Segundo Luís Roberto Barroso,

as locuções *jurisdição constitucional* e *controle de constitucionalidade* não são sinônimas, embora sejam frequentemente utilizadas de maneira intercambiável. Trata-se, na verdade, de uma relação entre gênero e espécie. *Jurisdição constitucional* designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade. Neste último caso estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional.<sup>2</sup>

---

2 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed., 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 25.

Dessa forma, não se pode confundir o conceito de Jurisdição Constitucional, mais amplo, com o de controle de constitucionalidade, parte daquele.

Aplica-se a Jurisdição Constitucional sempre que, por exemplo, um litígio envolver dois entes da Federação, uma vez que é no próprio texto constitucional que os entes vão buscar seu fundamento de validade e a sua regração jurídica, tais como competências e prerrogativas. E nesse caso não se falará de controle de constitucionalidade, mas de uma aplicação da Jurisdição Constitucional.

O controle de constitucionalidade virá à tona, especificamente, a partir da atividade criativa do legislador, quando se deverá aferir a conformidade material e formal de tal produto com a Constituição.

### 3 MODELOS DE CONTROLE

Com relação aos modelos de controle de constitucionalidade, a Constituição de 1988 não trouxe grandes inovações em relação às constituições anteriores, pois manteve os sistemas difuso-incidental e concentrado-principal.

De cordo com o critério adotado, vários podem ser os modelos de controle de constitucionalidade. É possível fazer uma classificação, por exemplo, quanto ao parâmetro de controle, quanto ao objeto, ao momento da realização do controle, à natureza do órgão competente, quanto à finalidade, quanto ao número de órgãos competentes e mesmo quanto ao modo de manifestação.

No entanto, para o presente trabalho é importante destacar os dois últimos critérios: quanto ao número de órgãos competentes para realização do controle e quanto ao modo em que se dá essa manifestação.

No que diz respeito ao número de órgãos com competência para efetuar o controle, ele pode ser difuso ou concentrado.

Já quanto ao modo de realizar a manifestação, o controle pode ser concreto ou abstrato.

Não há, em tese, uma necessária correlação entre as duas classificações. No entanto, pelo sistema adotado especificamente no Brasil, é possível estabelecer um paralelo, podendo ser dito que o controle de constitucionalidade em nosso país pode ser difuso-concreto ou concentrado-abstrato.

Este aspecto foi evidenciado por Luís Roberto Barroso, ao afirmar que

não se confundem, conceitualmente, o controle por via incidental – realizado na apreciação de um caso concreto – e o controle difuso – desempenhado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição. No Brasil, no entanto, como regra, eles se superpõem, sendo que desde o início da República o controle incidental é exercido de modo difuso.<sup>3</sup>

E mais adiante o mesmo professor completa o raciocínio, ao aduzir que

o controle por via principal é associado ao controle concentrado e, no Brasil, terá normalmente caráter abstrato, consistindo em um pronunciamento em tese. Contudo, assim como o controle incidental e difuso não são sinônimos, tampouco se confundem a fiscalização principal e concentrada. É certo que, como regra, há no direito brasileiro coincidência entre ambas, mas tal circunstância não é universal.<sup>4</sup>

Dessa forma, pelas razões já expostas, ainda que não seja conceitualmente exato, é comum no Brasil se falar em controle de constitucionalidade difuso-concreto e concentrado-abstrato. E essa fórmula será doravante utilizada, fazendo-se as ressalvas quando necessárias.

---

3 BARROSO, op. cit. p. 72/73.

4 BARROSO, op. cit. p. 73/74

### 3.1 Controle difuso-concreto de constitucionalidade

O controle concreto, também denominado incidental, por via de ação ou de defesa é realizado, como dito anteriormente, de forma difusa. Isso significa que, no Brasil, qualquer órgão jurisdicional tem competência para declarar a inconstitucionalidade de uma norma no caso concreto.

Esse controle é assim denominado porque é realizado, não em tese, mas em casos concretos, em processos tradicionais, com uma lide sendo discutida entre ao menos duas partes. Nesses casos, a resolução da demanda depende de uma análise anterior da constitucionalidade de alguma norma.

Assim, tanto o autor, quanto o réu podem arguir a inconstitucionalidade de uma norma como fundamento jurídico apto a favorecer seus interesses. Mas não apenas eles. Como lembra Luís Roberto Barroso,

também pode suscitar a questão constitucional o Ministério Público, quando seja parte ou ofício como *custos legis*, bem como terceiros que tenham intervindo legitimamente (assistente, litisconsorte, oponente). E, por fim também o juiz ou o tribunal, de ofício, quando tenham as partes silenciado a respeito.<sup>5</sup>

É ampla, portanto, a legitimidade para suscitar a inconstitucionalidade de uma norma em sede de controle difuso-concreto.

Outro ponto importante a ser lembrado é com relação às normas que podem ser objeto do controle difuso. Também aqui não há qualquer restrição, de modo que quaisquer normas podem ter sua constitucionalidade discutida, diferentemente do que ocorre no controle concentrado-abstrato.

---

5 Idem, *ibidem*. p. 114.

Tecnicamente, a questão constitucional é prejudicial à resolução da demanda, como explica Dirley da Cunha,

[...] na medida em que deve ser decidida pelo juiz ou tribunal antes de julgar a própria controvérsia e para poder, até mesmo resolvê-la definitivamente. É um antecedente lógico e uma conditio *sine qua non* da resolução do conflito.<sup>6</sup>

E apenas após a decisão acerca da constitucionalidade se passará à análise do pedido formulado pela parte.

Dessa forma, não obstante a limitação da decisão acerca da inconstitucionalidade à lide principal, e às partes que litigam no processo, não se pode negar o caráter democrático do controle difuso-concreto, uma vez que todos com capacidade de postular em Juízo são também capazes de suscitar a inconstitucionalidade de uma norma.

### 3.2 Controle concentrado-abstrato

Essa modalidade de controle teve início, no Brasil, ainda que de forma indireta, com a criação da Representação Interventiva, pela Constituição de 1934. A Emenda Constitucional n. 16 de 1965, porém, aperfeiçoou o sistema, trazendo de forma clara para o país o modelo já adotado na Europa.

Afigura-se importante, para o presente trabalho, estudar algumas das características mais marcantes dessa modalidade de controle.

De início, é necessário destacar o significado do pronunciamento em abstrato. Barroso, fazendo uma comparação com as lides comuns, explica que

---

<sup>6</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivim, 2014, p. 254.

a função jurisdicional, como regra geral, destina-se a solucionar conflitos de interesses, a julgar uma controvérsia entre partes que possuem pretensões antagônicas. O controle de constitucionalidade por ação direta ou por via principal, conquanto também seja jurisdicional, é um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei. Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial.<sup>7</sup>

Dessa forma, diferentemente do modelo de controle concreto, aqui não há a necessidade de resolução de um conflito entre partes, mas apenas a aferição da constitucionalidade de uma norma de acordo com o parâmetro escolhido.

Assim, aqui a constitucionalidade da norma é a questão principal a ser resolvida.

Por fim, por ser concentrado, esse modo de controle pode ser exercido por um reduzido número de órgãos jurisdicionais.

Nacionalmente, apenas o STF pode exercer tal controle. Mas além dele, cada um dos Tribunais de Justiça Estaduais e o do Distrito Federal podem realizar o controle de constitucionalidade, observando apenas os limites quanto ao objeto e parâmetro de cada um.

Nesse trabalho, como explicado na introdução, iremos nos ater à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), estudando suas características e efeitos das suas decisões.

Com relação à legitimidade ativa para propor a ADI, é importante observar o destaque dado pela Constituição de 1988 a essa forma de controle. Isso porque, se antes de 1988 apenas o Procurador Geral da República poderia propor a ADI, então chamada de Representação de

---

7

BARROSO, 2014. p. 179/180

Inconstitucionalidade, tal situação mudou radicalmente com a promulgação da Constituição. O art. 103 da Carta Magna assim dispõe:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No que diz respeito à competência para julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, podem fazê-lo o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal.

O STF é o responsável por processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, ao passo que os TJs dos Estados e do Distrito Federal podem julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual.

Com relação ao procedimento de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, atualmente está previsto na Lei nº 9.868/99, e será tratado, quando necessário, a partir da análise das formas de decisão em sede de controle de constitucionalidade utilizadas no Brasil.



## 4 DECISÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

### 4.1 Efeitos gerais e modulação possível

A decisão nas ações de controle de constitucionalidade exige o voto de 6 (seis) dos 11(onze) ministros do Supremo Tribunal Federal. Esse é o quorum necessário para que seja proclamado um resultado.

Como regra, entende-se que as decisões do STF acerca da constitucionalidade das leis e normas possuem efeitos vinculantes, *erga omnes* e retroativos.

Com relação ao efeito vinculante da declaração de inconstitucionalidade, importante ressaltar que ele se dá apenas em relação aos demais órgãos do Judiciário e em relação ao Executivo. Não se aplica, porém, no que diz respeito ao Poder Legislativo.

A eficácia *erga omnes*, apesar de estar sempre relacionada ao efeito vinculante, com este não se confunde. Aquela está em contraposição à eficácia *inter partes*, significando que será aplicada a todos e não somente às partes do processo.

Tradicionalmente, adotou-se no Brasil a teoria da nulidade das leis e normas inconstitucionais. Sempre se entendeu, portanto, que a decisão no controle de constitucionalidade tem efeitos meramente declaratórios, atestando-se uma situação que existe desde que a lei ou ato normativo foi elaborado.

Seguia-se, portanto, a tradição norte-americana de que a decisão que declarava a inconstitucionalidade possuía efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos.

No entanto, aos poucos começou-se a perceber os inconvenientes da rigidez desse entendimento, ferindo, em alguns casos concretos, princípios constitucionais básicos.

Essa percepção, que nasceu na própria Corte Americana, foi notada pelo STF. E esta tendência jurisprudencial foi seguida pelo legisla-

dor, que com a edição da Lei nº 9.868/99 normatizou a possibilidade de modulação dos efeitos temporais.

Assim, não obstante ainda seja regra geral o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, o STF pode determinar um momento diferente para que se inicie a produção de efeitos de sua decisão.

Devido a todas as complexas consequências advindas da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, os tribunais, acompanhados pela doutrina, seja do Brasil seja de outros países que adotam o modelo abstrato de controle, passaram a desenvolver técnicas diferentes da simples declaração de nulidade.

## 4.2 Técnicas decisórias

### 4.2.1 Declaração de nulidade

Como dito no tópico anterior, a declaração de nulidade foi, durante muito tempo, a única forma de decisão a ser tomada no controle de constitucionalidade quando se vislumbrava a incompatibilidade entre a lei ou ato normativo e o texto constitucional.

Conforme explica Kildare Gonçalves Carvalho, esse modelo adotado no Brasil teve como modelo a concepção americana, “onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a ideia de que a expressão ‘lei inconstitucional’ configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que ‘the unconstitutional statute is not a law at all’ [...]”<sup>8</sup> (grifos do autor)

De acordo com tal teoria, a lei declarada inconstitucional deveria ser simplesmente extirpada do ordenamento, desde o nascimento, não produzindo quaisquer efeitos.

Para Gilmar Mendes, porém, essa doutrina não possuía uma base consistente no Brasil, pois

---

8 CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição**. 17. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011, p. 413.

sem dispor de um mecanismo que emprestasse força de lei ou que, pelo menos, conferisse caráter vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal para os demais tribunais tal como o *stare decisis* americano, contentava-se a doutrina brasileira em ressaltar a evidência da nulidade da lei inconstitucional e a obrigação dos órgãos estatais de se absterem de aplicar disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>9</sup>

Não obstante a inconsistência apontada, ou mesmo as formas intermediárias encontradas pela doutrina e pela jurisprudência a decidir pela inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, a nulidade ainda é a regra no ordenamento brasileiro. É o que se extrai do art. 27 da Lei 9.868/99.

No Brasil, a declaração de nulidade de uma lei pode se dar de forma parcial ou total.

No primeiro caso, apenas parte da norma é declarada inconstitucional, enquanto que no segundo ela é integralmente excluída do ordenamento.

A declaração de nulidade total, como explica Gilmar Mendes, pode se dar como “expressão de unidade técnico-legislativa” ou “em virtude da dependência ou interdependência entre as partes constitucionais e inconstitucionais da lei”.

No que diz respeito à nulidade parcial da lei, ocorrerá, como o próprio nome indica, quando for possível a declaração de nulidade de apenas uma parte da lei ou ato normativo questionado. Para tanto, devem concorrer condições objetivas, manifestadas na verificação do grau de dependência entre os dispositivos. Mas não só. Há que ser observado igualmente se tal operação não resultaria em uma alteração da vontade do legislador.

---

9 MENDES, 2014, p. 360.

Se depreende, portanto, que a declaração parcial de nulidade não pode resultar em uma nova lei, contrária ao que pretendia o legislador ao elaborar a norma inconstitucional. Se houver o risco de tal consequência, a solução será a declaração de nulidade total.

#### 4.2.2 Lei ainda constitucional

Em 1994 o STF aplicou, pela primeira vez, a teoria de origem alemã segundo a qual uma norma pode ser considerada “ainda” constitucional, porém em trânsito para inconstitucionalidade. Em outras palavras, vislumbrou-se um caso de inconstitucionalidade progressiva.

Ao julgar o HC 70.514/94, o relator, Min. Sydney Sanches reconheceu que, naquele dado momento, a norma questionada deveria ser considerada constitucional. No entanto, deixou aberta a possibilidade para que, alteradas as condições fáticas, no futuro a mesma norma viesse a ser considerada inconstitucional. A ementa do acórdão citado deixa clara a opção do Tribunal:

EMENTA: - Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5º do art. 1º da Lei nº 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei nº 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. “Habeas Corpus”. Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos.

**1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5º do art. 1º da Lei nº 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei nº 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública.**

2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de

Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso, de que trata o § 5º do art. 1º da Lei nº 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei nº 7.871, de 08.11.1989.

3. A anulação também se justifica, se, apesar do disposto no mesmo parágrafo, o julgamento do recurso se realiza, sem intimação pessoal do Defensor Público e resulta desfavorável ao réu, seja, quanto a sua própria apelação, seja quanto à interposta pelo Ministério Público.

4. A anulação deve beneficiar também o co-réu, defendido pelo mesmo Defensor Público, ainda que não tenha apelado, se o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público, realizado nas referidas circunstâncias, lhe é igualmente desfavorável.

“Habeas Corpus” deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro.

**(HC 70514, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/1994, DJ 27-06-1997 PP-30225 EMENT VOL-01875-03 PP-00450)** (grifos nossos)

Com a expressão “ao menos até que” o STF deixou claro que, no futuro, modificadas as condições fáticas, a norma que, incidentalmente, foi considerada constitucional, pode deixar de sê-la.

Em outra decisão marcante para o tema, o Min. Sepúlveda Perence, entusiasta da teoria, ao relatar o Recurso Extraordinário nº 147.776 deixou claros os contornos que envolvem a matéria:

EMENTA: Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de

crime, pobre o titular do direito à reparação: **C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional** (cf. RE 135328): **processo de inconstitucionalização das leis**. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328.

**(RE 147776, Relator(a): Min. SEPÚVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 19/05/1998, DJ 19-06-1998 PP-00009 EMENT VOL-01915-01 PP-00136)** (grifos nossos)

Não obstante as ementas colacionadas tratem-se de decisões em controle incidental, não há qualquer óbice para que o mesmo raciocínio seja utilizado em decisões tomadas em processos objetivos, nos quais se discuta diretamente a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

### 4.2.3 Apelo ao legislador

Também de matriz germânica, a técnica decisória de “apelo ao legislador” ainda não foi completamente incorporada à prática do STF. Ao menos quando se trata de julgar ações diretas de inconstitucionalidade ou ações declaratórias de constitucionalidade.

Isso porque é uma técnica relativamente comum quando é julgada uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou mesmo um mandado de injunção, ao menos quando aceita a teoria não concretista.

Kildare Carvalho, buscando explicar a referida técnica, afirma que será utilizada quando

[...] o tribunal, rejeitando a arguição de inconstitucionalidade, reconhece que a situação é ainda constitucional ou não é ainda inconstitucional, e vincula essa declaração ao “apelo ao legislador” para que, num determinado prazo, proceda à correção dessa situação, segundo diretrizes fixadas pelo próprio tribunal.<sup>10</sup>

Talvez a razão para que essa técnica ainda não tenha tido um maior desenvolvimento no Brasil seja o fato de que nem mesmo na Alemanha, onde foi criada, haja uma conceituação unívoca a seu respeito.

Estudioso da Corte Alemã, Gilmar Mendes afirma que

as Appellentscheidungen formam uma constelação fortemente diferenciada na jurisprudência da Corte Constitucional, o que dificulta a sistematização mais precisa dessa categoria. Esses diferentes tipos podem ser identificados também sob uma forma mista. Não obstante, afigura-se possível designar, com alguma segurança, pelo menos três grupos típicos dessa categoria:

---

10 CARVALHO, op. cit., p. 429.

“apelo ao legislador” em virtude de mudança das relações fáticas ou jurídicas;  
“apelo ao legislador” em virtude de inadimplemento de dever constitucional de legislar;  
“apelo ao legislador” por “falta de evidência” da ofensa constitucional.<sup>11</sup>

É importante ressaltar, porém, que independentemente de qual seja o caso em que se aplique o “apelo ao legislador”,

[...] não se obriga, juridicamente, o órgão legislativo a empreender qualquer providência. Esse entendimento há de aplicar-se, igualmente, na hipótese de a Corte Constitucional incorporar o “apelo” à parte dispositiva da decisão, uma vez que apenas o conteúdo de decisões expressamente previstas na lei – declaração de constitucionalidade, declaração de inconstitucionalidade, declaração de nulidade – pode fazer coisa julgada ou ser dotado de força de lei.<sup>12</sup>

Mas tal não significa, porém, o completo esvaziamento de eficácia da decisão. Isso porque se observa, na prática, um grande respeito pelas decisões da Corte Constitucional Alemã, além da possibilidade de que em eventual novo julgamento sobre a matéria, o tribunal adote decisão diversa, declarando efetivamente a inconstitucionalidade da situação.

---

11 MENDES, op. cit. p., 337

12 MENDES, op. cit. p., 348.



#### 4.2.4 Interpretação conforme a Constituição

A técnica de interpretação conforme a Constituição é mais uma forma de escapar do binômio “constitucionalidade x inconstitucionalidade com declaração de nulidade”.

Tal como ocorre com decisão de lei ainda constitucional, o resultado da ação de controle abstrato será pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade ou, conforme o caso, procedência da ação declaratória de constitucionalidade. Porém, com ressalvas, uma vez que se definem as interpretações possíveis de modo a compatibilizar a lei ou ato normativo com a Constituição.

A referida técnica parte do princípio (essencial à manutenção da ordem jurídica), da presunção de constitucionalidade das normas. Consoante explicação de Dirley da Cunha,

a técnica da *interpretação conforme a Constituição* visa prestigiar a presunção *juris tantum* de constitucionalidade dos atos normativos do poder público. Assim, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, sendo possível mais de uma interpretação do ato impugnado (por tratar-se de uma norma polissêmica ou plurissignificativa), deve-se adotar aquela que possibilita ajustá-lo à Constituição.<sup>13</sup>

Essa técnica, porém, possui alguns limites, exigindo cautela do órgão judiciário que a adota. Isso em razão da necessidade de observância dos limites impostos à atividade judiciária, sob pena de ferimento do princípio da tripartição de poderes.

Nesse sentido, Celso Riberto Bastos define com maestria a atividade do órgão julgador ao utilizar a referida técnica, aduzindo que

---

13 CUNHA JÚNIOR, op. cit. p. 308.

o princípio da interpretação conforme à Constituição encontra seus limites na própria literalidade da norma, ou seja, não é permitido ao intérprete inverter o sentido das palavras nem adulterar a clara intenção do legislador. Isso significa que na busca de se salvar a lei não é permitido aos Tribunais fazer uma interpretação *contra legem*, é dizer, não é permitido ao Poder Judiciário exercer a função de legislador positivo, que é competência precípua do Poder Legislativo.<sup>14</sup> (grifos do autor)

Definindo com precisão tais limites e a sua observância na prática, Gilmar Mendes afirma que

eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador.

A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada intenção do legislador, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto.<sup>15</sup>

Ainda sobre a interpretação conforme a Constituição, Kildare Carvalho, em análise da jurisprudência do STF, afirma que são duas as possibilidades de realizá-la: com ou sem redução de texto.

Na interpretação conforme com redução de texto, o intérprete, quando for possível, em decorrência da redação do texto

---

14 BASTOS, Celso Ribeiro. **As modernas formas de interpretação constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/89/as-modernas-formas-de-interpretacao-constitucional>>. Acesso em: 18 jun. 2019

15 MENDES, op. cit., p. 393/394

impugnado, declara a inconstitucionalidade de determinada expressão, o que irá possibilitar, com essa exclusão, uma interpretação conforme.

Na interpretação conforme sem redução de texto, o intérprete poderá: 1) conferir à norma impugnada uma determinada interpretação que lhe preserve a constitucionalidade, o que se verifica quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma arguida de inconstitucional, não é possível suprimir qualquer expressão para alcançar essa parte; 2) excluir da norma impugnada determinada interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade, adequando-a à Constituição, mediante um juízo valorativo.<sup>16</sup>

Esse sentido, porém acaba por confundir a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade parcial sem redução de texto. De fato, durante muito tempo, a jurisprudência do STF não fez distinção entre essas duas técnicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade.

Porém, segundo Gilmar Mendes,

a decisão proferida na ADIn 491 parece indicar que o Supremo Tribunal Federal está disposto a afastar-se da orientação anterior, que equiparava a interpretação conforme à Constituição à declaração de nulidade parcial sem redução de texto, passando a deixar explícito, no caso de declaração de nulidade sem redução de texto, que determinadas hipóteses de aplicação, constantes de programa normativo da lei, são inconstitucionais e, por isso, nulas.<sup>17</sup>

---

16 CARVALHO, op. cit. p. 428.

17 MENDES, op. cit., p. 404/405.

Eis a ementa do acórdão, que deixa clara a mudança gradual no entendimento do STF acerca da existência dessa nova técnica de decisão no controle de constitucionalidade.

EMENTA – Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. - Ocorrência, no caso, da relevância jurídica e do “periculum in mora”, com relação a ambos os dispositivos impugnados. - Sucede, porém, que a inconstitucionalidade arguida quanto ao parágrafo único do artigo 86 da Constituição do Estado do Amazonas visa apenas a extensão, que ele determina, implicitamente, que se faça ao Ministério Público, do inciso V do artigo 64 da mesma Carta Magna. Implicitamente, porque essa extensão decorre dos termos “IV a XIII” que integram a remissão feita pelo primeiro desses dispositivos. - **No caso, portanto, como não se pode suspender a eficácia de qualquer expressão do dispositivo impugnado, pois este não alude ao inciso V do artigo 64 senão implicitamente por meio da expressão abrangente (“IV a XIII”), impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar “para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal”**, que, se feita, abarcaria normas autônomas, e, portanto, cindíveis, que não são atacadas como inconstitucionais. Pedido de liminar deferido, em parte, para suspender, “ex nunc”, a eficácia do artigo 9. da Lei n. 1946, de 14.3.90, do Estado do Amazonas, bem como para **suspender, sem redução da letra de seu texto, a aplicação do parágrafo único do artigo 86 da Constituição do mesmo Estado**, no que concerne a remissão ao inciso V do artigo 64 dela também constante.

**(ADI 491 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/1991, DJ 25-10-1991 PP-15027 EMENT VOL-01639-01 PP-00037 RTJ VOL-00137-01 PP-00090)** (grifos nossos)

Esse foi um dos primeiros julgados nos quais o Supremo Tribunal Federal passou a visualizar a diferenciação entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

Resta claro, portanto, que a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto é uma técnica decisória autônoma em relação às demais, e como tal deve ser analisada.

## 5 DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO

A Corte Constitucional Alemã foi quem desenvolveu e primeiro aplicou esse método de decisão no controle de constitucionalidade.

Ele surgiu da prática, sem correspondência no texto normativo. Em outras palavras, não há previsão legal para o seu uso, tendo os integrantes da Corte identificado hipóteses nas quais a melhor forma de decidir seria utilizando essa técnica.

Seguindo os caminhos da Corte Constitucional Alemã, o STF, rompendo com tradicional posicionamento, aos poucos passou a reconhecer a autonomia da interpretação conforme à Constituição e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Além da já citada ADIn 491, é de se destacar também a ADIn 939, de relatoria do Min. Sydney Sanches:

EMENTA: Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisorio sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, “b”, e VI, “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo

em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da C.F.).

2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica “o art. 150, III, “b” e VI”, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, “b” da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, “a”, da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: “b”): templos de qualquer culto; “c”): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e “d”): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;

**3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, “a”, “b”, “c” e “d” da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93).**

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida,

com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.

**(ADI 939, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993, DJ 18-03-1994 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755) (grifos nossos)**

Nessa decisão o STF expõe claramente as hipóteses de incidência das normas que devem ser declaradas inconstitucionais. Sem proceder-se porém, à redução do texto, tendo em vista a aplicabilidade para as demais.

Com o tempo esse posicionamento do STF se consolidou, de forma que hoje claramente se distingue a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. É o que se verifica nas seguintes decisões, mais recentes:

**EMENTA** Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Servidor público. Odontologistas da rede pública. Aumento da jornada de trabalho sem a correspondente retribuição remuneratória. Desrespeito ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 514 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal na internet e está assim descrito: “aumento da carga horária de servidores públicos, por meio de norma estadual, sem a devida contraprestação remuneratória”. 2. Conforme a reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não tem o servidor público direito adquirido a regime jurídico remuneratório, exceto se da alteração legal decorrer redução de seus rendimentos, que é a hipótese dos autos. 3. A violação da garantia da irredutibilidade de vencimentos pressupõe a

redução direta dos estipêndios funcionais pela diminuição pura e simples do valor nominal do total da remuneração ou pelo decréscimo do valor do salário-hora, seja pela redução da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária, seja pelo aumento da jornada de trabalho sem a correspondente retribuição remuneratória.

4. Não há divergência, nos autos, quanto ao fato de que os odontologistas da rede pública vinham exercendo jornada de trabalho de 20 horas semanais, em respeito às regras que incidiam quando das suas respectivas investiduras, tendo sido compelidos, pelo Decreto estadual nº 4.345/2005 do Paraná, a cumprir jornada de 40 horas semanais sem acréscimo remuneratório e, ainda, sob pena de virem a sofrer as sanções previstas na Lei estadual nº 6.174/70.

5. No caso, houve inegável redução de vencimentos, tendo em vista a ausência de previsão de pagamento pelo aumento da carga horária de trabalho, o que se mostra inadmissível, em razão do disposto no art. 37, inciso XV, da Constituição Federal.

6. Recurso extraordinário provido para se declarar a parcial inconstitucionalidade do § 1º do art. 1º do Decreto estadual nº 4.345, de 14 de fevereiro de 2005, do Estado do Paraná, sem redução do texto, e, diante da necessidade de que sejam apreciados os demais pleitos formulados na exordial, para se determinar que nova sentença seja prolatada após a produção de provas que foi requerida pelas partes.

7. Reafirmada a jurisprudência da Corte e fixadas as seguintes teses jurídicas: i) a ampliação de jornada de trabalho sem alteração da remuneração do servidor consiste em violação da regra constitucional da irredutibilidade de vencimentos; ii) no caso concreto, o § 1º do art. 1º do Decreto estadual nº 4.345, de 14 de fevereiro de 2005, do Estado do Paraná não se aplica aos servidores elencados em seu caput que, antes



**de sua edição, estavam legitimamente submetidos a carga horária semanal inferior a quarenta horas.**

**(ARE 660010, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015) (grifos nossos)**

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS. TAXAS. CUSTAS E EMOLUMENTOS JUDICIAIS. LEI COMPLEMENTAR 156/97 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE CERTIDÕES EM REPARTIÇÕES PÚBLICAS, PARA DEFESA DE DIREITOS OU ESCLARECIMENTO DE SITUAÇÕES DE INTERESSE PESSOAL. ART. 5º, XXXIV, “B”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO. 1. Viola o direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, “b”, da Constituição Federal, a exigência de recolhimento de taxa para emissão de certidão em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, porquanto essa atividade estatal está abarcada por regra imunizante de natureza objetiva e política. Precedente: ADI 2.969, de relatoria do Ministro Carlos Britto, DJe 22.06.2007. 2. A imunidade refere-se tão somente a certidões solicitadas objetivando a defesa de direitos ou o esclarecimento de situação de interesse pessoal, uma vez que a expedição de certidões voltadas à prestação de informações de interesse coletivo ou geral (art. 5º, XXXIII) não recebe o mesmo tratamento tributário na Carta Constitucional. **3. Ação direta de inconstitucionalidade a que se dá parcial procedência, para fins de declarar a nulidade do dispositivo, sem redução de texto, de toda e qualquer interpretação do item 02 da Tabela VI da Lei Complementar 156/97, do Estado de Santa Catarina, a qual insira no âmbito de incidência material da hipótese de**

**incidência da taxa em questão a atividade estatal de extração e fornecimento de certidões administrativas para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. (ADI 3278, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 15-03-2016 PUBLIC 16-03-2016) (grifos nossos)**

A característica comum dessas decisões, e que torna clara a diferenciação aceita pelo STF, é que em todas elas julgou-se procedente a ação direta de inconstitucionalidade a fim de declarar inconstitucional parcela da lei ou ato normativo, sendo realmente a forma mais adequada de se proceder, deixando a interpretação conforme à constituição para ser utilizada quando se pretende realçar a constitucionalidade na decisão.

Na mesma direção, Gilmar Mendes aduz que

[...] se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica expressa na parte dispositiva da decisão (*a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro*).<sup>18</sup> (grifos do autor)

Não há dúvida, portanto, do acerto do Supremo Tribunal Federal em assim proceder, deixando clara para o jurisdicionados a sua posição em cada caso específico.

---

18 MENDES, op. cit., p. 404

A própria lei que regula o procedimento de julgamento das ações de controle de constitucionalidade em abstrato, a Lei 9.868/99 demonstra reconhecer diferença entre a interpretação conforme a constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

O parágrafo único do art. 28 assim dispõe:

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

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a **interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto**, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. (grifos nossos)

A utilização da conjunção aditiva “e” demonstra que são decisões diversas, paralelas às já tradicionais declarações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, que recebem o mesmo tratamento quanto à concessão de efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*.

Vê-se, portanto, que seguindo a orientação da jurisprudência do STF, o legislador entendeu como correto conferir autonomia a essas duas novas técnicas de decisão no controle de constitucionalidade.

## 6 CONCLUSÃO

Através do presente trabalho se buscou demonstrar a crescente importância assumida pela Jurisdição Constitucional, especialmente no Brasil, a partir de meados do século XX.

Superado o chamado Estado Legislativo, ganhou particular importância, no desenvolvimento do Estado Constitucional, o Poder Judiciário. E com ele todos os instrumentos de afirmação dos direitos do cidadão que eventualmente – ou com frequência – são ignorados pelos representantes eleitos pelo sufrágio universal.

Muitas vezes o fato de as leis serem elaboradas por representantes eleitos pelos cidadãos é utilizado como argumento na tentativa de deslegitimar a ação do judiciário que visa corrigir distorções ou mesmo violações cometidas pelos parlamentares.

É, portanto, auspicioso o desenvolvimento da Jurisdição Constitucional. E essa evolução passou, necessariamente, pela formulação de novas técnicas decisórias para as ações de controle de constitucionalidade.

A tradicional dicotomia entre declaração de constitucionalidade e declaração de inconstitucionalidade, com a necessária declaração de nulidade da norma não solucionava, em grande parte das vezes, os problemas enfrentados pelos cidadãos.

Eis a importância de se ter explicado, partindo das tradicionais técnicas, as que vem sendo utilizadas como alternativas com o fim de atenuar as dificuldades encontradas.

O atual desenvolvimento da sociedade, permeada por inúmeras relações jurídicas, comerciais, profissionais, trabalhistas, sobretudo as de trato sucessivo, não podem ficar expostas ao risco de serem simplesmente declaradas nulas por conta de terem sido baseadas em leis ou atos normativos, estes sim eivados de nulidade.

Lembremos que as normas são dotadas de presunção de constitucionalidade, de modo que os particulares que agiram, contrataram ou pactuaram com base em leis ou atos normativos que vem a ser declarados inconstitucionais estavam, ao menos em tese, de boa-fé.

A exclusão de uma lei ou ato normativo do mundo jurídico não implica, necessariamente, na exclusão de um ato ou contrato do mundo fático, e é extremamente salutar que os tribunais brasileiros tenham percebido tal situação.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed., 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **As modernas formas de interpretação constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/89>>. Acesso em: 25 out. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição**. 17. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. “O dogma da separação das funções estatais no Estado Democrático de Direito: A necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes”. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da (Coord.) **Temas atuais do Direito**. Salvador: Juspodvim, 2013

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 6. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2014.



# DECRETO DE INDULTO N. 9.246/2017 E O VOTO DO MINISTRO-RELATOR: UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

## RESUMO

O presente artigo versa sobre o voto do ministro-relator Luís Roberto Barroso na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.874 que questiona o decreto de indulto nº 9.246/2017, editado em 21 de dezembro de 2017, pelo então Presidente da República Michel Temer. No trabalho sob enfoque é abordado o conceito do instituto do Indulto, sua origem, natureza jurídica e evolução histórica, bem como o procedimento de elaboração do decreto de indulto. Discorre-se também sobre a aplicação das sanções penais e o sistema de execução penal no Brasil. Aprecia-se a efetividade do sistema penal e a vedação à proteção insuficiente em observância ao princípio da proporcionalidade. Do mesmo modo, analisa-se o Princípio da Separação dos Poderes e sua possível violação pelo decreto de indulto em apreço. O texto em destaque também expõe o princípio da moralidade e eventual leniência do decreto de indulto com a criminalidade do “colarinho branco”. Por fim, sustenta-se a inconstitucionalidade da inclusão da multa no âmbito de incidência do indulto.

**Palavras-chave:** Indulto, execução penal, separação dos poderes, proporcionalidade.

Técnica do Ministério Público do Estado de Sergipe. Pós-graduanda em Direito Constitucional e Administrativo pela Universidade Tiradentes - UNIT. Pós-graduanda em Direito Processual Civil – Novo CPC pela Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe – EJUSE.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre o voto do ministro-relator Luís Roberto Barroso na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.874 que questiona o decreto de indulto nº 9.246/2017, editado em 21 de dezembro de 2017, pelo então Presidente da República Michel Temer.

O trabalho em tela envolve a discussão sobre as limitações constitucionais à concessão de indulto em caráter geral por ato do Presidente da República. Sustenta-se, conforme decisão em análise, a inconstitucionalidade da concessão do indulto para pena de multa, a condenados que já receberam outros benefícios no curso da execução penal e a presos que não foram julgados em definitivo, bem como a inconstitucionalidade da concessão do indulto a condenados por crimes de corrupção e correlatos.

A decisão em estudo contém a apresentação da hipótese submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal (STF), com reflexões a respeito do sistema punitivo brasileiro, do instituto do indulto (sua natureza e finalidade) e da evolução dos decretos de indulto por ato do Presidente da República. Debate-se, ainda, segundo voto do ministro-relator, a incidência do indulto nos crimes de corrupção e possível excesso de leniência.

A Procuradoria-Geral da República (PGR), autora da Ação Direta de Inconstitucionalidade em apreço, sustenta que o decreto que concede indulto natalino e comutação de penas (1) a condenados que já foram beneficiados pela legislação criminal e não se encontram em situação de encarceramento, (2) à pena de multa e (3) a casos que sequer foram julgados em definitivo, afronta os princípios constitucionais da separação dos Poderes, da individualização da pena e da proibição à proteção insuficiente, além da vedação constitucional ao Poder Executivo para legislar sobre direito penal. Aduz a PGR que a competência do Presidente da República para conceder indulto deve adequar-se às finalidades constitucionais de prevenção, repressão e



proteção de bens jurídicos relevantes, não lhe sendo legítimo editar norma descriminalizante.

Segundo a Ministra do STF, Cármen Lúcia, o decreto sob enfoque foi editado com desvio de finalidade, por esvaziar a jurisdição penal e converter o indulto em *“benemerência sem causa”*. Na oportunidade, também reconheceu ofensa aos princípios da separação dos Poderes e da vedação da proteção insuficiente, consignando que *“os dispositivos impugnados parecem substituir a norma penal garantidora da eficácia do processo, afrontando a finalidade e superando os limites do indulto. Invade-se, assim, competência típica e primária dos poderes Legislativo e Judiciário”*.

A Advocacia-Geral da União (AGU), na defesa da Presidência da República pela manutenção dos efeitos do decreto em questão, afirmou que a concessão de indulto representa ato discricionário, não cabendo ao Poder Judiciário reavaliar o juízo de conveniência e oportunidade do Chefe do Poder Executivo, notadamente por se tratar de norma benéfica aos condenados. Alegou a AGU, também, que o caso não representa afronta ao princípio da separação dos Poderes, mas exercício de controle recíproco, na forma do art. 84, XII, da Constituição da República.

## 2. O INDULTO

O decreto de indulto não pode esvaziar a política criminal estabelecida pelo legislador, tornando os requisitos para a extinção da punibilidade consideravelmente mais brandos do que aqueles exigidos para o cumprimento adequado da pena. Por sua vez, o perdão da multa, constante no decreto de indulto em análise, também desatende aos fins constitucionais a serem protegidos pela política criminal. De igual modo, o voto do ministro-relator discorre sobre o cumprimento deficiente dos deveres de proteção do Estado a diversos valores e bens jurídicos constitucionais que dependem da efetividade mínima do sistema penal.

## 2.1 Origem, natureza e evolução do indulto

O indulto consiste essencialmente no perdão da pena, sendo hipótese de extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, II, do Código Penal.

Suas origens remontam às primeiras organizações jurídicas e à ideia de que cabe ao líder de uma sociedade – o imperador, príncipe, sacerdote ou, em tempos modernos, o Presidente da República – cuidar de seu povo. Desde o Código de Hamurábi se desenvolve a noção de potestade da autoridade e, associada a ela, a prerrogativa do líder de proteger seus súditos. Na história da Igreja Católica, registro de indulgência se encontra na passagem em que Pôncio Pilatos, respaldado pela multidão, perdoa Barrabás, mas, ao mesmo tempo, condena Jesus Cristo. Até mesmo no período da Inquisição canônico-medieval, em que os tipos mais cruéis de tortura eram admitidos, réus já sentenciados podiam gozar de **indulto**, que os dispensava total ou parcialmente de sua pena.

No percurso histórico mais remoto, portanto, o indulto representava um ato de bondade e clemência do soberano, a quem era conferida a prerrogativa de perdoar penas como forma de aliviar os excessos do direito penal e demonstrar cuidado com seu povo. Trata-se de uma das formas mais antigas de se obter a liberdade.

Sob diferentes justificativas, o poder do chefe de Estado de abdicar do poder punitivo estatal, por meio do indulto, sobreviveu aos séculos e até hoje se encontra previsto na maior parte das constituições das democracias desenvolvidas do mundo. Mas não de forma ilimitada. Não com efeitos gerais. Tampouco baseado no poder absoluto do monarca, nem em inspiração divina. A *ratio* do indulto continua a ser a de uma atitude de clemência, mas a ser utilizada em casos específicos e individuais, dentro da moldura constitucional da separação dos Poderes. Isso porque, no Estado de Direito, as penas previstas são razoáveis e somente podem ser impostas mediante observância do devido processo legal.

## 2.2 O indulto no direito comparado

Em países como Alemanha, Estados Unidos, Inglaterra, Portugal, Espanha, Itália e França, o chefe de Estado somente detém competência para conceder o perdão em caráter individual. Nesses países, o indulto coletivo é reservado à deliberação dos parlamentos, o que garante maior controle da legitimidade democrática na extinção da punibilidade com efeitos genéricos.

É interessante observar que alguns desses países passaram por reformas constitucionais justamente para transferir ao Parlamento, com exclusividade, a competência para a concessão de indultos coletivos. Na França, por exemplo, a mudança veio em 2007, sob a justificativa de que *“a tradição de conceder tais graças não pode significar um mecanismo de regulamentação da política carcerária”*.

Como se vê, o estudo do aludido instituto na história e no direito comparado revela que o indulto foi originalmente concebido como um ato de clemência do soberano.

No entanto, diante da evolução das garantias constitucionais penais e processuais penais, com a previsão de penas adequadas impostas por meio do devido processo legal, as principais democracias desenvolvidas do mundo aboliram a competência do chefe do Poder Executivo para expedir decretos de indulto coletivo, reservando essa atribuição ao Poder Legislativo. Isso porque, conforme dito acima, no Estado de Direito foram abolidas as penas cruéis e desproporcionais, esvaziando, assim, a finalidade do indulto coletivo.

## 2.3 O indulto no direito brasileiro

No Brasil, a indulgência soberana, em sentido amplo, designa a renúncia do Estado ao direito de punir, que pode se manifestar de três formas: anistia, graça ou indulto.

A anistia consiste em benefício concedido por lei federal elaborada pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República (art. 48, VIII, CF/88), por meio da qual se “perdoa” a prática de um fato criminoso, excluindo-se, com efeitos retroativos, a punibilidade dos fatos e extinguindo todos os efeitos da condenação, tanto os efeitos principais (pena) quanto secundários (reincidência, por exemplo). Normalmente a anistia incide sobre crimes políticos, podendo abranger também outras espécies de delito.

A graça e o indulto, por sua vez, são atos de natureza administrativa de competência do Presidente da República, que podem tanto perdoar (indulto total) quanto comutar penas (indulto parcial). A diferença entre indulto e graça é que esta possui caráter individual (com destinatário certo), e precisa de pedido do sentenciado, ao passo que o indulto possui caráter geral (sem destinatário específico) e é concedido de ofício pelo Presidente da República (não depende de provocação). Em ambos, o perdão atinge a execução da pena, mas mantém intactos os demais efeitos da condenação para fins de antecedentes, reincidência ou de reparação civil.

Além disso, conforme acima exposto, o indulto pode ser total, caso em que equivale ao perdão da pena, ou parcial, também chamado de comutação, hipótese em que a pena é diminuída ou substituída por outra mais branda.

O indulto foi previsto em todas as constituições do Brasil, desde o Império. Na Constituição de 1988, o art. 84, XII, prevê a competência do Presidente da República para “*conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei*”.

Na legislação infraconstitucional, conforme reportado no início deste capítulo, o art. 107, II, do Código Penal prevê o indulto como causa de extinção da punibilidade. Desde 1988, todos os anos foram expedidos decretos de concessão do benefício em tela. Como a sua publicação costuma ocorrer em data próxima ao Natal, convencionou-se a referência ao *indulto natalino*.

Ao longo desses quase trinta anos, a análise dos decretos de indulto natalino revela uma tendência de abrandamento nos requisitos para a concessão do perdão presidencial, admitindo inclusive a concessão do perdão para crimes com emprego de violência e grave ameaça. Também com relação à pena máxima aplicada, verifica-se a tendência de se admitir o indulto para penas cada vez mais altas. No início da década de 1990, o limite máximo da pena para se beneficiar do indulto era de 4 anos, depois passou a 6 anos, então 8 anos, depois 12 anos, até não estabelecer nenhum limite de pena para ser beneficiado com o indulto, como ocorreu no Decreto em apreço (Decreto n° 9.246/2017).

Esse progressivo alargamento do indulto ao longo dos anos foi tradicionalmente associado à necessidade de enfrentamento do problema do hiperencarceramento no país. O indulto tem sido considerado, no Brasil, não apenas um ato de clemência do chefe do Poder Executivo, mas também um instrumento da política criminal brasileira.

Vale destacar que, no julgamento da ADI n° 2.795-MC, o Ministro Maurício Corrêa definiu o indulto como *“instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus, segundo a conveniência e oportunidade das autoridades competentes”*.

Como assinalado, esta conveniência e oportunidade hão de observar os limites estabelecidos na Constituição da República.

Assim, no direito brasileiro, diferentemente de outros países, o indulto coletivo não foi extinto. Pelo contrário, o uso desse instituto foi ampliado ao longo do tempo, sob a justificativa de compor a política criminal e penitenciária.

Por fim, convém destacar que o ministro-relator Luis Roberto Barroso, em que pese a ADI em comento impugnar especificamente o decreto de indulto n° 9.246/2017, questionou, de modo geral, o instituto do Indulto coletivo na forma como concebida no Brasil, ou seja,

sem intervenção do Congresso Nacional, carecendo, segundo ele, de legitimidade democrática.

#### **2.4 O procedimento de elaboração do decreto de indulto. Antecedentes da edição do Decreto nº 9.246/2017.**

O procedimento de elaboração do decreto de indulto tem início no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNP-CP), órgão subordinado ao Ministério da Justiça, com competência para propor diretrizes relacionadas à administração da Justiça Criminal e à execução das penas.

De acordo com o art. 63 da Lei de Execução Penal, o referido Conselho possui composição plural, integrado por 13 membros designados pelo Ministério da Justiça “*dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade e dos Ministérios da área social*”. Tradicionalmente, é o órgão com atribuição para elaborar a primeira minuta do decreto de indulto.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNP-CP) designa uma comissão para tratar do assunto. Ela expede ofícios aos órgãos responsáveis pela execução penal e a entidades representativas da sociedade civil, a fim de colher sugestões. Na sequência, são ainda convocadas audiências públicas para a oitiva de interessados, com ampla participação social.

Após a análise do material colhido, a comissão elabora a primeira minuta, que é submetida ao Plenário do CNP-CP. Após a aprovação pelo colegiado, o processo, acompanhado por exposição de motivos, é encaminhado ao Gabinete do Ministro da Justiça e Segurança Pública, sendo então submetido à análise de outros órgãos técnicos, a exemplo da Consultoria Jurídica (CONJUR), que podem alterá-la. Após a análise do Ministério da Justiça e Segurança Pública, a minuta segue para a Presidência da República.

No caso do decreto impugnado, referida minuta do CNPCP vedava, originariamente, a concessão de indulto e comutação de penas para os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, lavagem de dinheiro, associação criminosa, contra o sistema financeiro nacional, previstos na Lei de Licitações e na Lei de Organizações Criminosa. Além disso, vedava expressamente o indulto da pena de multa, disposição que também se alinha à orientação de combate à corrupção, já que as sanções pecuniárias costumam ser componente essencial da condenação nesse tipo de delito.

Ocorre que essas duas vedações foram retiradas propositalmente da versão final do Decreto de indulto nº 9.246/2017 pelo Presidente da República. O art. 3º deste Decreto contém uma lista de crimes em relação aos quais não se concede o indulto, mas, na redação final do dispositivo, foram reproduzidos apenas seis dos oito incisos que constavam da proposta do órgão colegiado. As duas previsões excluídas diziam respeito justamente à vedação do indulto aos crimes relacionados ao combate à corrupção. Ademais, o art. 10 do decreto impugnado permite expressamente o indulto da multa, em sentido diametralmente oposto ao que foi sugerido pelo Conselho Nacional de Política Criminal que sustentava a proibição de indulto para pena de multa.

É nesse contexto que se coloca a questão constitucional. Os fatos antecedentes à edição do decreto impugnado, assim como a discussão mais ampla a respeito do sistema punitivo brasileiro, devem iluminar a análise sobre os limites do exercício do poder do Presidente da República de conceder indultos coletivos.

À luz do cenário atual, é de se questionar qual a *ratio* do instituto em apreço e quais os seus limites constitucionais. Em um Estado Democrático de Direito não se admitem penas cruéis; ao contrário, elas são aplicadas com a observância do devido processo legal e da ampla defesa, além de executadas em um regime progressivo.

Mesmo que se admita a utilização do instituto como um instrumento de combate ao hiperencarceramento, a concessão do indulto não pode conflitar com a política criminal adotada no país, devendo ser manejado de forma racional, com base em um plano estratégico fundado em dados que revelem a eficiência do instituto com relação à finalidade pretendida. Além disso, não pode implicar proteção insuficiente de bens jurídicos protegidos constitucionalmente.

Sob esse prisma, não se apresentam justificativas compatíveis com a Constituição Federal e o ordenamento em vigor que legitimam a inclusão, no âmbito de incidência do indulto, dos crimes relacionados à corrupção. Também não restou demonstrado como o perdão da pena de multa desafogaria a situação dos presídios, uma das justificativas para a concessão do indulto.

Cabe pontuar, para finalizar este tópico, observação da Ministra Carmem Lúcia no sentido de que o “*indulto não é nem pode ser instrumento de impunidade*”.

### 3. O SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO

Como é cediço, o decreto de indulto não pode ser incoerente com os princípios constitucionais nem com a política criminal desenhada pelo legislador. A prerrogativa do Presidente da República de perdoar penas não é, e nem poderia ser, um poder ilimitado, especialmente quando exercida de maneira genérica. A discricionariedade do ato de indulto, portanto, não o torna imune ao controle de constitucionalidade. Da mesma forma, o perdão da pena deve guardar sintonia com os fins visados pelo constituinte.

#### 3.1 A concepção e a aplicação das sanções penais

O sistema de concepção e aplicação das sanções penais estrutura-se, no Brasil, em três fases: (i) **legislativa**, em que são eleitas as condutas



que merecerão a tutela do direito penal e previstas abstratamente as respectivas sanções; (ii) **judicial**, em que o Estado-juiz fixa concretamente a sanção descrita no tipo incriminador, observando os patamares máximo e mínimo impostos pelo legislador; e (iii) **executória**, em que a pena estabelecida em concreto é efetivamente aplicada ao condenado.

### 3.2 O sistema de execução penal

Em homenagem ao princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), a legislação previu um sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 33, § 2º, do Código Penal e art. 112 da Lei de Execução Penal). Vejamos:

*Art. 33, § 2º, do CP - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma **progressiva, segundo o mérito do condenado**, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:(...)*

*Art. 112 da LEP - A pena privativa de liberdade será executada em **forma progressiva** com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.*

De acordo com esses mecanismos, as penas devem ser executadas de forma escalonada, partindo de um regime rigoroso, passando por estatutos mais suaves, até a concessão da liberdade, de modo a promover a ressocialização paulatina do condenado.

O Código Penal (art. 33) e a Lei de Execução Penal (art. 110 e ss.) disciplinam três regimes diversos de cumprimento de penas priva-

tivas de liberdade: o *fechado*, o *semiaberto* e o *aberto*. Para cada um desses regimes, a legislação definiu estabelecimentos penais próprios, sabendo-se que “*a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado*” (inciso XLVIII do art. 5º da Constituição).

Em atenção ao objetivo de ressocialização do condenado, além da progressão de regime acima narrada, a legislação prevê uma série de benefícios – como a remição de pena por trabalho ou estudo, as autorizações de saída e o livramento condicional – a serem concedidos de acordo com fatores como a gravidade do crime cometido, o histórico criminal do apenado e, especialmente, seu comportamento carcerário.

Essa sistemática faz com que o sistema de execução penal entre nós seja menos severo do que o de outros países. Menos do que uma opção filosófica ou uma postura de leniência, esse programa repressivo constitui uma escolha política feita pelas instâncias representativas da sociedade e materializada na lei.

Paralelamente a esse cenário condescendente, são explícitas as condições grotescas das prisões brasileiras. Somos a terceira maior população carcerária do mundo. São mais de 720 mil presos, a maioria em circunstâncias degradantes e violadoras da dignidade humana. É lugar comum dizer-se que no Brasil prende-se muito, mas prende-se mal.

Pode soar contraditório, em um primeiro olhar, que tenhamos um dos sistemas penitenciários mais lotados do mundo e, ao mesmo tempo, um sistema de execução penal pensado e estruturado de forma moderada, oferecendo temperamentos no cumprimento da pena.

Conforme dito alhures, um dos objetivos do indulto, na sua essência, é a descarcerização. Ocorre que muitas vezes tal instituto atinge pessoas que sequer estão encarceradas.

### 3.3 Leniência com a criminalidade do “colarinho branco”: o exemplo da Ação Penal nº 470.

O exemplo da Ação Penal nº 470 ajuda a compreender de que maneira, na prática, as regras cumulativas de concessão de benefícios no curso da execução da pena podem significar um tratamento bastante brando a condenados por crimes de “colarinho branco” no país. Trata-se do caso conhecido como “Mensalão” em que o Supremo Tribunal Federal condenou diversos políticos, intermediários e empresários pela prática de crimes como corrupção ativa e passiva, peculato, lavagem de dinheiro e evasão de divisas.

Embora algumas das penas, diante da gravidade dos crimes, tenham sido fixadas em patamares elevados, o efetivo tempo de encarceramento foi substancialmente menor. Com exceção de Marcos Valério – sentenciado a mais de 37 anos de prisão –, nenhum dos demais condenados se encontra, hoje, cumprindo pena em regime fechado, isto é, recluso em uma penitenciária. Do total de 23 réus condenados no caso do “Mensalão”, 13 já foram beneficiados pelo indulto presidencial.

O excesso de leniência em casos que envolvem corrupção privou o direito penal no Brasil de uma de suas principais funções, que é a de prevenção geral. O baixo risco de punição, sobretudo da criminalidade de colarinho branco, funcionou como um incentivo à prática generalizada desses delitos.

Assim, é à luz dessas premissas que o voto de Luis Roberto Barroso analisa o instituto do indulto, a fim de avaliar seus impactos no sistema punitivo brasileiro.

## 4. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

### 4.1 A reserva legal em matéria penal e processual penal

A Constituição da República acolhe, como postulado do Estado de Direito, o princípio da reserva legal ou da estrita legalidade em matéria penal, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX). Como decorrência desse princípio, é vedada a aplicação de pena não estatuída em lei formalmente aprovada pelo Poder Legislativo federal (art. 22, I). Lei, por sua vez, que tem de ser clara e precisa, não pode ser aplicada por analogia ou retroagir em prejuízo do réu (art. 5º, XXXIX).

É competência do Congresso Nacional, ainda, a formulação da política criminal de individualização e execução das penas, notadamente daquelas que envolvam privação ou restrição de liberdade (arts. 5º, XLVI, e 48, *caput*).

Assim, não se admite alterar, sob a roupagem de indulto e por ato normativo secundário, como é o decreto, a política criminal traçada pelo legislador.

### 4.2 Papéis do Legislativo e do Judiciário

A política criminal arquitetada pelo legislador não pode ser subvertida, direta ou indiretamente, pelo chefe do Poder Executivo por meio do indulto.

Apenas em hipóteses excepcionais e devidamente justificadas por finalidades humanitárias, o indulto concedido de forma genérica e abstrata com base em critérios mais brandos do que o previsto pelo legislador pode prevalecer em detrimento da lei.

Uma vez estruturada a política criminal pelo Congresso Nacional, o papel do Poder Judiciário é executá-la em casos concretos. Cabe ao Estado-Juiz definir a pena de cada réu segundo os critérios previstos

na legislação penal, assim como acompanhar a sua execução e, no curso dela, avaliar o preenchimento dos requisitos para a progressão de regime, assim como para a concessão do livramento condicional e demais benefícios da execução penal.

Diante dessa repartição de funções, a competência do Presidente da República para a concessão de indulto (art. 84, XII, da Constituição) deve ser interpretada de modo sistemático e em harmonia com a política criminal estabelecida pelo Congresso Nacional. Do contrário, haverá usurpação de competência legislativa e violação do princípio da separação dos Poderes. Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, *“maquiando a descriminalização sob a forma de indulto, o que se estaria a praticar seria o afastamento do processo penal e da pena definida judicialmente”*.

Observe-se que nem mesmo por meio de medida provisória, que é ato com força de lei, pode o Presidente da República modificar a política legislativa em matéria penal e processual penal (art. 62, § 1º, I, b, da Constituição). Vejamos:

Art. 62, § 1º, da CF/88- É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

(...)

b) direito penal, processual penal e processual civil

Trata-se de matéria em que o Presidente da República não pode exercer sua competência legislativa atípica, ainda que o ato seja submetido, nos termos do art. 62 da Constituição, ao controle posterior do Congresso Nacional.

Essa limitação constitucional de competência legislativa para edição de medida provisória, em que há posterior controle legislativo do mérito do ato do Presidente da República, torna clara a impossibilidade de se tratar de questões de direito penal e processual penal por

meio de decreto presidencial, que sequer terá o seu mérito deliberado pelo Congresso Nacional. Ao Presidente da República não foi atribuída a competência para formulação ou reformulação da política criminal. É do Congresso Nacional, por meio de lei formal, a competência para aprovação de ato normativo adequado para o estabelecimento ou modificação de políticas públicas criminais.

A competência para a concessão de indulto prevista no art. 84, XII, CF integra o esquema de separação de poderes brasileiro como um instrumento de controle recíproco. Trata-se, pois, de competência atípica do Presidente da República que, portanto, não pode estar em desacordo com a política formulada por quem detém a competência típica, que é o Poder Legislativo.

Em outras palavras, o decreto presidencial pode estabelecer novas regras para a concessão do indulto. Todavia, é vedado ao Presidente da República, por meio desse ato, contrariar a política criminal estabelecida pelo legislador ordinário, sob pena de violação da separação dos Poderes e usurpação de competência legislativa do Congresso Nacional.

Obviamente, nada impede que, nos termos do art. 61, *caput*, da Constituição, o Presidente da República inicie projeto de lei visando à modificação dessa política, inclusive, solicitando urgência para sua apreciação, consoante o disposto no art. 63, § 1º, da Constituição. O que não lhe é permitido, porém, é subverter tal política criminal por meio de ato de baixa densidade normativa e democrática, como é o decreto.

Conforme razões acima apresentadas, tem-se que o costume de edição anual de indultos natalinos, em caráter geral e abstrato, sem convincente e excepcional justificativa humanitária, vem consolidando, de modo **inconstitucional**, significativa redução das penas cominadas pelo Poder Legislativo e dimensionadas individualmente pelo Poder Judiciário. Verifica-se, portanto, uma derrogação da legislação penal, usurpação da função jurisdicional e violação do princípio da separação dos poderes.

## 5. EFETIVIDADE MÍNIMA DO SISTEMA PENAL E DEVERES DE PROTEÇÃO DO ESTADO.

### 5.1 As funções do direito penal e os bens jurídicos que se destina a proteger

O Direito Penal destina-se à tutela de valores protegidos pela Constituição. O desempenho dessa função requer do Poder Público a prática de uma série de atos que garantam a existência de um sistema punitivo apto a viabilizar a aplicação de punições a ofensas a tais bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, de forma proporcional à sua relevância. Por óbvio, uma política criminal excessivamente branda é pouco efetiva. Isso porque a sanção penal torna-se incapaz de cumprir suas principais funções.

A função *preventiva geral da pena*, representada pela ideia de que o temor da punição inibe a prática de delitos, acaba inobservada se a pena é quase inócua e a vantagem obtida é relevante. A mensagem que o sistema transmite nessa hipótese é a de que o crime compensa.

A função *preventiva específica*, por sua vez, é fulminada se, após o cumprimento de parcela mínima da pena, o criminoso é solto, uma vez que terá incentivos para voltar a delinquir.

A função *retributiva*, de caráter essencialmente punitivo, também é frustrada, já que o criminoso deixa de pagar pelo crime que cometeu se cumpre em fração mínima a pena fixada pelo Estado-juiz.

A função *ressocializadora* da pena, ligada à reabilitação do indivíduo para participar de atividades políticas e financeiras de forma honesta, é esvaziada se deixam de ser observadas as etapas progressivas de reintegração na sociedade.

Por fim, a função *restaurativa da pena*, associada à reparação do dano causado pelo crime, deixa de ser atendida especialmente em razão da previsão de que o perdão do indulto alcança a penalidade pecuniária e não demanda a indenização dos prejuízos gerados.

## 5.2 Princípio da proporcionalidade

Para assegurar que a atuação estatal na garantia de valores constitucionais se dê em justa medida, o princípio da proporcionalidade comporta, além de uma vertente de *proibição do excesso*, que paralisa a eficácia de restrições irrazoáveis a direitos fundamentais, uma dimensão de *vedação à proteção insuficiente*.

De acordo com a vertente de *vedação à proteção insuficiente*, as normas jurídicas que deixem de estabelecer patamares adequados de proteção a valores resguardados pela Constituição são inválidas. Em tais casos, o poder público descumpre o dever de adotar as ações necessárias à defesa de valores de estatura constitucional, o que justifica, como guardião da Constituição, a atuação corretiva do Supremo Tribunal Federal.

Assim, uma política criminal excessivamente leniente é incapaz de proteger bens jurídicos constitucionais de grande relevância, como a vida, a integridade física das pessoas, o patrimônio e a probidade administrativa.

Por essa razão, segundo o ministro-relator, o decreto de indulto do Presidente da República que veicular política pública capaz de frustrar a efetividade mínima do sistema penal será inexoravelmente contrário à Carta Magna, por violar o princípio/mandamento da proporcionalidade, em sua dimensão de vedação à proteção insuficiente.

## 6. MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Uma ordem constitucional democrática não se coaduna com a existência de atos administrativos puramente discricionários, insuscetíveis de qualquer espécie de controle por parte do Poder Judiciário.

Com a superação do passado de arbitrariedade estatal, passou-se a reconhecer que os atos administrativos podem ser vinculados ao ordenamento jurídico em diferentes graus, que variam em função da



densidade das normas jurídicas que regulam seu conteúdo. Mesmo os atos administrativos submetidos a baixo grau de vinculação não podem ser praticados com absoluta discricionariedade, porque estarão atrelados, ao menos, à observância dos princípios constitucionais. Do contrário, abre-se margem ao autoritarismo que foi radicalmente combatido pela ordem constitucional de 1988.

Seguindo essa lógica, ainda que a competência para a concessão do indulto tenha sido atribuída ao Presidente da República, seu exercício será materializado em um ato administrativo (decreto), cuja compatibilidade com a Constituição o Supremo Tribunal Federal pode, e deve, examinar.

O princípio da moralidade administrativa, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição, exige a observância de preceitos éticos na atuação da Administração Pública, sob pena de nulidade de seus atos.

Nesse sentido, os efeitos de um ato do Poder Público, independentemente da intenção subjetiva, não podem violar valores éticos e patamares mínimos de integridade e responsabilização exigidos pela sociedade.

No presente caso, é possível observar que o decreto de indulto em epígrafe possui o condão de beneficiar investigados e condenados por envolvimento em esquemas de corrupção. E isso, por si só, configura afronta ao princípio da moralidade administrativa. Independentemente do número de atingidos imediatos, o referido indulto fixa um patamar de leniência que, se reproduzido em anos seguintes, traria total impunidade.

Portanto, em relação aos condenados por crimes de corrupção e correlatos, não há dúvida de que o indulto não se justifica à luz das suas próprias finalidades, que, como vimos, relacionam-se (a) à ressocialização daquele que cumpriu parte da reprimenda imposta e (b) ao combate ao hiperencarceramento.

Quanto à ressocialização, a concessão do indulto após o cumprimento de fração tão pouco significativa da pena enfraquece a função

preventiva da reprimenda penal, propiciando à sociedade em geral e ao infrator a sensação de que o crime compensa.

No tocante ao hiperencarceramento, além de os condenados por crimes de corrupção e correlatos não representarem parcela significativa da população carcerária, eles tampouco correspondem ao grupo que sofre as piores agruras do sistema. Assim, a concessão de indulto a condenados por esses crimes de “colarinho branco” tem efeito insignificante para reduzir a superlotação dos presídios.

Por derradeiro, cumpre asseverar que ato de indulto que beneficia os criminosos do “colarinho branco” carece de legitimidade corrente (manifestada pela sociedade, pelos cidadãos). Isso porque, em vez de corresponder à vontade manifestada pelos cidadãos, o decreto de indulto reforça a cultura ancestral de leniência e impunidade que, a duras penas, a sociedade brasileira tenta superar.

Em evidente falta de sintonia com o *sentimento social* e, portanto, sem substrato de legitimidade democrática, o decreto de indulto faz claramente o contrário: dá um passe livre para corruptos em geral. Assim, a falta de legitimidade democrática é tão ou mais visível que o igualmente evidente desvio de finalidade do referido ato.

## 7. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DA MULTA NO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO INDULTO

O art. 10 do decreto impugnado prevê, em especial, que o indulto (ou comutação) da pena privativa de liberdade atinge, de forma automática e indiscriminada, a multa cumulativamente imposta, ainda que o apenado seja inadimplente ou o débito esteja inscrito em dívida ativa.

Cabe à multa, em conjunto com a reparação do dano, o papel retributivo e preventivo geral da pena, desestimulando, no próprio infrator ou em infratores potenciais, a prática da conduta estigmatizada pela legislação penal.

A propósito, a efetividade da cobrança da multa é uma orientação firmada no art. 118, §1º, da Lei de Execução Penal, de acordo com o qual o não pagamento da multa por aquele que tem condições de pagar sujeita o condenado à transferência para regime mais severo de cumprimento da pena restritiva de liberdade.

Ademais, o perdão de multas e condenações pecuniárias não beneficia a grande massa carcerária de condenados por tráfico ou pequenos delitos. Tem, pelo contrário, destinatários certos: pessoas que se locupletaram do dinheiro público, que representam percentual mínimo dos presos brasileiros e que possuem perfeitas condições de saldar sua dívida (também financeira) com a sociedade.

Segundo voto do ministro-relator, a concessão do indulto aos condenados que, possuindo condições para fazê-lo, deixam de pagar a multa e a condenação pecuniária estabelecidas na sentença, contrariam a política criminal legislativa e a jurisprudência da Suprema Corte, porquanto sequer a progressão de regime – benefício evidentemente menos generoso que o indulto – é admitida sem o adimplemento dessas obrigações.

Sendo assim, a concessão do indulto da multa é inconstitucional, conforme voto do ministro-relator, só sendo admitida em hipóteses excepcionalíssimas, devidamente comprovadas perante o juízo da execução penal, como, por exemplo, extrema carência material do apenado.

## 8. CONCLUSÃO

Portanto, conforme aduzido, o referido decreto de indulto foi editado com desvio de finalidade, por esvaziar a jurisdição penal e converter o indulto em “*benemerência sem causa*”. Na oportunidade, também reconheceu ofensa aos princípios da separação dos Poderes e da vedação da proteção insuficiente, consignando que “*os dispositivos impugnados parecem substituir a norma penal garantidora da eficácia*”.

*cia do processo, afrontando a finalidade e superando os limites do indulto. Invade-se, assim, competência típica e primária dos poderes Legislativo e Judiciário”.*

O decreto de indulto não pode esvaziar a política criminal estabelecida pelo legislador, tornando os requisitos para a extinção da punibilidade consideravelmente mais brandos do que aqueles exigidos para o cumprimento adequado da pena. Por sua vez, o perdão da multa, constante no decreto de indulto em análise, igualmente desatende aos fins constitucionais a serem protegidos pela política criminal. De igual modo, o voto do ministro-relator discorre sobre o cumprimento deficiente dos deveres de proteção do Estado a diversos valores e bens jurídicos constitucionais que dependem da efetividade mínima do sistema penal.

No percurso histórico mais remoto, portanto, o indulto representava um ato de bondade e clemência do soberano, a quem era conferida a prerrogativa de perdoar penas como forma de aliviar os excessos do direito penal e demonstrar cuidado com seu povo. Trata-se de uma das formas mais antigas de se obter a liberdade.

Sob diferentes justificativas, o poder do chefe de Estado de abdicar do poder punitivo estatal, por meio do indulto, sobreviveu aos séculos e até hoje se encontra previsto na maior parte das constituições das democracias desenvolvidas do mundo. Mas não de forma ilimitada. Não com efeitos gerais. Tampouco baseado no poder absoluto do monarca, nem em inspiração divina. A *ratio* do indulto continua a ser a de uma atitude de clemência, mas a ser utilizada em casos específicos e individuais, dentro da moldura constitucional da separação dos Poderes. Isso porque, no Estado de Direito, as penas previstas são razoáveis e somente podem ser impostas mediante observância do devido processo legal.

A graça e o indulto, por sua vez, são atos de natureza administrativa de competência do Presidente da República, que podem tanto perdoar (indulto total) quanto comutar penas (indulto parcial). A

diferença entre indulto e graça é que esta possui caráter individual (com destinatário certo), e precisa de pedido do sentenciado, ao passo que o indulto possui caráter geral (sem destinatário específico) e é concedido de ofício pelo Presidente da República (não depende de provocação). Em ambos, o perdão atinge a execução da pena, mas mantém intactos os demais efeitos da condenação para fins de antecedentes, reincidência ou de reparação civil.

Além disso, conforme exposto, o indulto pode ser total, caso em que equivale ao perdão da pena, ou parcial, também chamado de comutação, hipótese em que a pena é diminuída ou substituída por outra mais branda.

O indulto foi previsto em todas as constituições do Brasil, desde o Império. Na Constituição de 1988, o art. 84, XII, prevê a competência do Presidente da República para “*conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei*”.

Na legislação infraconstitucional, conforme reportado, o art. 107, II, do Código Penal prevê o indulto como causa de extinção da punibilidade. Desde 1988, todos os anos foram expedidos decretos de concessão do benefício em tela. Como a sua publicação costuma ocorrer em data próxima ao Natal, convencionou-se a referência ao *indulto natalino*.

Ao longo desses quase trinta anos, a análise dos decretos de indulto natalino revela uma tendência de abrandamento nos requisitos para a concessão do perdão presidencial, admitindo inclusive a concessão do perdão para crimes com emprego de violência e grave ameaça. Também com relação à pena máxima aplicada, verifica-se a tendência de se admitir o indulto para penas cada vez mais altas. No início da década de 1990, o limite máximo da pena para se beneficiar do indulto era de 4 anos, depois passou a 6 anos, então 8 anos, depois 12 anos, até não estabelecer nenhum limite de pena para ser beneficiado com o indulto, como ocorreu no Decreto em apreço (Decreto nº 9.246/2017).

Esse progressivo alargamento do indulto ao longo dos anos foi tradicionalmente associado à necessidade de enfrentamento do problema do hiperencarceramento no país. O indulto tem sido considerado, no Brasil, não apenas um ato de clemência do chefe do Poder Executivo, mas também um instrumento da política criminal brasileira.

Vale destacar que, no julgamento da ADI nº 2.795-MC, o Ministro Maurício Corrêa definiu o indulto como “*instrumento de política criminal colocado à disposição do Estado para a reinserção e ressocialização dos condenados que a ele façam jus, segundo a conveniência e oportunidade das autoridades competentes*”.

Como assinalado, esta conveniência e oportunidade hão de observar os limites estabelecidos na Constituição da República.

Assim, no direito brasileiro, diferentemente de outros países, o indulto coletivo não foi extinto. Pelo contrário, o uso desse instituto foi ampliado ao longo do tempo, sob a justificativa de compor a política criminal e penitenciária.

Por derradeiro, cumpre registrar que o voto do ministro-relator Luis Roberto Barroso, analisado no presente artigo, que votou pela procedência parcial da ADI, ou seja, pela inconstitucionalidade de dispositivos do decreto de indulto nº 9.246/2017, editado em 21 de dezembro de 2017, pelo então Presidente da República Michel Temer, foi voto vencido.

Na sessão do dia 09 de maio de 2019, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, seguindo a divergência que acabou vencedora no julgamento, a constitucionalidade do aludido decreto de indulto assentando, ao contrário do foi sustentado no presente artigo, que a concessão de indulto, prevista no artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal, é ato privativo do presidente da República e não fere o princípio da separação de Poderes.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.874 DISTRITO FEDERAL. Relator: Ministro ROBERTO BARROSO. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/LiminarMinistroBarrosoADI5874.pdf>. Acessado em 04/04/2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Indulto natalino de 2017 (Decreto 9.246/2017). Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2017/12/indulto-natalino-de-2017-decreto.html>. Acessado em: 04 de abril de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF declara constitucionalidade de decreto de indulto natalino de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=410684>. Acessado em: 26 de junho de 2019.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acessado em: 26 de junho de 2019.

BRASIL. Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm). Acessado em: 26 de junho de 2019.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em: 26 de junho de 2019.





# A UTILIZAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO COMO BASE PARA FUNDAMENTAR DECISÕES DO STF: REFLEXÕES SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.

## RESUMO

O presente artigo tem como tema a utilização do Direito Estrangeiro para fundamentar as decisões da Corte Constitucional Brasileira, a partir da reflexão do julgamento do habeas corpus 126.292/SP, que relativizou o princípio da presunção de inocência. Para isso, o artigo aborda inicialmente de maneira sucinta uma discussão sobre direito constitucional comparado, sua natureza jurídica e elementos comparativos. Ao final, adentra na análise do argumento do Direito Estrangeiro na decisão que permitiu a execução provisória da pena, na tentativa de provocar o questionamento a respeito dos limites e métodos usados pelo STF, cuja decisão representou na prática, afronta a um direito fundamental garantido constitucionalmente.

**Palavras-chave:** Direito estrangeiro, direito comparado, presunção de inocência, STF

Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito Penal e Processo Penal Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes. Colaboradora da Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da OAB/SE. E-mail: niullynayara@hotmail.com.

## 1. INTRODUÇÃO

O artigo tem como tema a utilização do direito estrangeiro como base para fundamentar decisões do STF: reflexões sobre a execução provisória da pena. O avanço dos movimentos de construção de espaços supranacionais e a influência de modelos jurídicos diversos exige que o operador do Direito considere cada vez mais elementos estrangeiros no exercício de interpretação da *Lex Mater*.

No entanto, é preciso que se estabeleçam limites no uso dos precedentes de direito estrangeiro, para que os elementos que visam determinar o sentido do texto constitucional não extrapolem o alcance do próprio texto ou representem na prática, afronta a um direito fundamental garantido constitucionalmente.

É certo que o recurso ao argumento do direito comparado tem representado uma prática corriqueira dos Tribunais. O uso de elementos de Direito Comparado deixou de ser instrumento de caráter acessório, para uma importante ferramenta de abertura dos tribunais nacionais, o que contribuiu para a criação de um ambiente de diálogo entre as cortes constitucionais.

Pessoa (2009, p. 21) citando Maria Izabel Garrido Gomes, aduz que:

O direito comparado cumpre múltiplas funções: favorece um melhor conhecimento, interpretação e aplicação do direito; serve para ensejar reformas legislativas; é uma via de aperfeiçoamento, unificação e harmonização sistêmica; veículo para compreender os povos estrangeiros e fundamento para o estabelecimento de relações internacionais de cooperação e integração.

Neste sentido, resta clarividente que para que se compreenda melhor qual o papel exercido pela Constituição no ordenamento, as cortes constitucionais devem se abrir ao diálogo com outras realidades normativas, para além das nacionais.

O que se deseja no presente artigo é avaliar a utilização destes elementos pela jurisdição constitucional concretizada no Supremo Tribunal Federal. Para isso, busca-se, dentre os vários casos em que a Corte expressamente se valeu de elementos de Direito Comparado para fundamentar suas decisões, evidenciar o argumento comparativo utilizado no julgamento do habeas corpus 126.292/SP, quando o STF firmou o entendimento de que é possível a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Logo, o primeiro item do artigo discorre brevemente sobre direito constitucional comparado, sua natureza jurídica e elementos comparativos. Trata-se de uma análise do problema da comparação jurídica, cuja doutrina diverge sobre se a comparação é método ou ciência, seus elementos e características intrínsecas a toda comparação jurídica. Ato contínuo, caberá ao estudo explicitar a forma como os tribunais vem utilizando os elementos estrangeiros no processo de argumentação judicial, notadamente na decisão que permite a execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, contrariando o sentido do princípio constitucionalmente expresso da presunção de inocência.

Não se espera aqui que os tribunais constitucionais utilizem o direito constitucional comparado propriamente dito, já que isso exige estudos comparativos complexos. Todavia, justamente pelo cuidado que se deve haver quando da utilização de elementos de direito comparado, não se pode permitir a descaracterização do direito comparado ou que as diferentes formas de compreensão dessa prática conduzam a decisões afastadas da lógica existente no arcabouço constitucional.

A metodologia de pesquisa conta com a coleta de informações sobre o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência e sobre Direito Comparado por meio de consulta bibliográfica, notadamente adotando obra de Flavia Moreira Guimarães Pessoa como referencial teórico.

## 2. APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

### 2.1 Origem, críticas e importância do direito comparado

Não é de agora que os operadores do direito recorrem à experiências estrangeiras para fundamentar teses e/ou decisões judiciais. Foi, por exemplo, a partir da experiência da Suprema Corte Norte Americana – no famoso caso *Lawrence vs. Texas*<sup>1</sup> em 2003 – que as discussões acerca do uso do Direito Comparado ganharam mais força.

No entanto, ainda são muito poucos os estudos científicos e materiais voltados para a discussão do tema, melhor, são muito menos ainda os estudos comparativos propriamente ditos, a comparação entre sistemas constitucionais. Quando as teses incluem um capítulo ou item intitulado do Direito comparado ou estudo de direito comparado, na realidade se limitam à mera citação de partes de legislação estrangeira relativa ao tema abordado, ou de decisões judiciais isoladas e descontextualizadas do arcabouço jurídico constitucional do país ou região de origem.

Entretanto, ainda são pouquíssimos os estudos e materiais científicos destinados à discussão e comparação mais sistemática entre sistemas constitucionais. As iniciativas são bastante isoladas e, ainda, predominam estudos que, ao incluírem um capítulo destinado “ao direito comparado”, limitam -se à mera análise textual de um emaranhado de extratos legislativos estrangeiros e de esporádicas decisões judiciais, fragmentadas e descontextualizadas.

Nesse diapasão, afirma Dantas (2000, p. 10):

Tais cursos, entretanto, não se preocupam com análises de conteúdo epistemológico, nas quais sejam enfrentados

---

<sup>1</sup> Disponível em [https://en.wikipedia.org/wiki/Lawrence\\_v.\\_Texas](https://en.wikipedia.org/wiki/Lawrence_v._Texas)

problemas de natureza metodológica. Limitam-se a descrições dos sistemas constitucionais estrangeiros enquanto que livros e artigos sobre temas de Direito Constitucional, quando sempre confundem o Direito Comparado com simples referências às legislações estrangeiras, previamente selecionadas.(...)

Pessoa (2001, p. 14) aborda as origens do Direito Comparado, a partir dos ensinamentos de Marc Ancel e Constantinesco:

Segundo Ancel (1980, p. 21) o comparativismo vai nascer, no século XIX, a partir da presença simultânea de legislações positivas, definidas em termos concretos, o que torna a comparação necessária ao desenvolvimento das novas sociedades. No mesmo sentido, Constantinesco (1998, p. 90), aponta que as condições necessárias para o nascimento do direito comparado somente se realizam no século XIX.

Nesse contexto, é a globalização, o fenômeno que anula fronteiras e possibilita a troca de informações sobre os modelos jurídico, econômico e políticos dos países. Assim compreende Dantas (2000, p. 52-53) quando fala de razões para o aumento da propagação e do destaque do direito comparado nas últimas décadas.

Ele trata do aumento excessivo do intercâmbio econômico, pessoal e cultural entre as nações o que acarreta o maior desenvolvimento das relações jurídicas em nível transnacional; da natureza transnacional de fenômenos cada vez mais relevantes que requerem uma disciplina jurídica que não seja meramente nacional; da tendência de alguns valores, na seara dos direitos humanos, serem universais; e da tendência de criação de organizações políticas e econômicas multinacionais como, por exemplo, a União Europeia.

Para Marc Ancel (1980, p.17-18), o Direito Constitucional Comparado:

(...) possibilita ao estudante novas aberturas, fazendo-lhe conhecer outras regras e sistemas diferentes dos seus. Ele permite ao jurista um melhor conhecimento e uma melhor compreensão do seu direito, cujas características particulares se evidenciam, muito mais, através de uma comparação com o estrangeiro. Ele enriquece a bagagem do jurista, até mesmo o mais graduado, pois ele lhe fornece as perspectivas, as ideias, os argumentos que o simples conhecimento de seu próprio direito não lhe permitiria.

Mas cuidou o mesmo autor, de apontar as principais críticas ao Direito Comparado, como se observa na obra de Pessoa (2001, p. 27):

Segundo Marc Ancel (1980, p 16) três críticas principais foram levantadas contra toda pesquisa jurídica comparativa: em primeiro lugar, o direito nacional seria suficientemente difícil de ser conhecido com clareza para que se possa complicar com os sistemas estrangeiros; Em segundo lugar, o direito comparado seria uma fonte constante de confusão .. Por fim, Ancel (1980, p. 16) frisa que outros afirmam que o direito de um país faz parte do patrimônio nacional.

As cortes constitucionais tem portanto, se utilizado de elementos do direito comparado para ampliar o diálogo além fronteiras com o escopo de compreender melhor a própria realidade nacional, notadamente no que se refere às cortes de direitos humanos e internacionais. São adotados critérios de comparação e controle de decisões, com base no art. 5º, § 2º da Constituição Federal, que possibilita a flexibilização material da Lei Maior.

Há confusão de conceitos quando se iguala direito comparado ao direito estrangeiro, institutos com diferenças claras. O direito comparado vai muito além do apontamento ou do estudo da legislação

estrangeira. Por mais completo que seja um estudo de direito estrangeiro, este é apenas parte – indispensável, diga-se, de todo estudo de direito comparado.

Segundo a doutrina, é preciso que se evite aproximações realizadas por meio de abordagens horizontais, sem que haja efetivamente estudo aprofundado, estudo verticalizado. Portanto, a comparação é dependente do estudo do direito estrangeiro, mas não se confundem, na medida em que o segundo é matéria prima da primeira.

É assim que afirma Pessoa (2001, p. 28-29):

Cumprе frisar, porém, que os termos direito comparado, *diritto comparato*, *derecho comparado*, *comparative law* são tão correntes no campo jurídico que seria difícil modificá-los. Há que se prevenir, contudo, o uso da denominação substitutiva «legislação comparada», uma vez que, conforme menciona Cafiizares (1954, p. 96) o seu sentido restritivo é insuficiente, pois o vocábulo direito é mais amplo que legislação.

A distinção entre o direito comparado e o direito estrangeiro é que o direito comparado vai além do estudo e da descrição das leis estrangeiras. Um estudo sério de direito estrangeiro, o mais completo quanto possível, é indispensável antes de toda comparação propriamente dita. O fato é que devem ser evitadas aproximações levadas a efeito por abordagens horizontais, sem estudo vertical suficiente. Assim é que Ancel (1980, p. 105) aponta que o direito comparado está na dependência dos estudos de direito estrangeiro e que o direito estrangeiro é a matéria-prima do direito comparado.

Outra questão controversa na doutrina diz respeito à natureza jurídica da comparação jurídica. Seria essa, método ou ciência? É o que divide estudiosos.

### 3 NATUREZA JURÍDICA: MÉTODO OU CIÊNCIA

A doutrina ainda caminha distante da resolução do conflito sobre a natureza jurídica da comparação. Parte afirma que se trata de simples método ou técnica de estudo das leis constitucionais pois a comparação não possuiria características inerentes à toda ciência, razão pela qual não deveria receber a denominação de Direito Constitucional Comparado.

Pessoa (2001, p. 34-36) aponta, a partir do que ensina Constantinesco, três correntes básicas que tratam do caráter científico comparado: a) uma entende que a disputa entre método ou ciência tem interesse meramente acadêmico. Para essa corrente o direito comparado precisa ser avaliado a partir dos resultados, razão pela qual disputas terminológicas não guardam o menor sentido; b) a segunda corrente compreende que o Direito Comparado, como dito, é apenas e tão somente método. Não seria portanto ciência autônoma. Essa posição é defendida por autores como Edouard Lambert, que afirma se tratar de um método especial, o método comparativo; c) Há ainda uma terceira corrente, que segundo a autora, entende o Direito Comparado somente como ciência autônoma ou ao mesmo tempo um método e uma disciplina independente, apesar da dificuldade de a doutrina determinar o caráter científico, o âmbito e a autonomia da comparação.

Pessoa (2001, p. 37) aponta ainda entendimento de Willis Santiago Guerra Filho, quando afirma que:

(...) um estudo jurídico com pretensão de cientificidade deve partir de um processo investigativo através de um método científico, que terá como pressuposto problemas jurídicos, cujas respostas são justamente as hipóteses suscitadas pelo investigador, que deverão ser aferidas segundo uma base empírica, especificamente a experiência jurídica. Dentro do contexto da experiência jurídica é que o direito comparado



entra em cena, na medida em que possibilita a comparação de ordenamentos jurídicos com fins de auxílio na validação ou não das hipóteses suscitadas como resposta ao problema.

Vale ainda destacar o posicionamento de Dantas (2000, p. 56) que entende o Direito Comparado como estudo científico. Para o autor, mesmo vários estudiosos entendam que o Direito comparado é, simplesmente, método – o método comparativo aplicado às ciências jurídicas, ele pensa de maneira diferente porque segundo o raciocínio de Quirino Ribeiro aplicado à Educação Comparada, quando a disciplina se utiliza do método comparativo não significa que se reduz a esse. Nesse caso a comparação seria o ato final do estudo comparativo.

Dantas, portanto, não coaduna com a redução do Direito Comparado a um simples método. Para ele, o método é apenas o caminho a ser seguido. No mesmo toar, Marc Ancel (1980, p. 49) também afirma que as exigências à utilização do método comparativo, propostas pelos defensores da comparação como método, acabariam por fazer reaparecer o direito comparado que os mesmos autores pretendiam banir.

Destarte, a discussão sobre a autonomia científica do Direito Comparado não é uníssona. Muito ao contrário, atinge as mais diversas posições para diferentes autores, bem como de acordo com as diferentes funções que exerce perante o Direito.

Contudo, é igualmente seguro afirmar que para o objeto do artigo, qual seja, avaliar a aplicabilidade prática da ciência/método pela corte superior brasileira, respeitando suas especificidades e complexidades, importa menos a natureza jurídica e mais os requisitos mínimos inerentes ao processo comparativo, que se desrespeitados acabam por tornar a comparação esdrúxula, incapaz de fundamentar legitimamente uma decisão judicial.

Por isso é importante conhecer as condições indispensáveis à pesquisa comparativa.

### 3.1. Micro Comparação E Macro Comparação

A comparação pode ser classificada, segundo o nível de sua abordagem, em micro comparação e macro comparação.

Para SILVA (2007, p. 4-6) o método comparativo realiza a micro comparação consistente na aproximação comparativa de ordenamentos jurídicos diferentes, por meio da qual se atingem resultados comparativos parciais e fragmentários. Tem como objeto portanto, obter e acumular observações parciais de partículas ou microelementos que formam as ordens jurídicas; consiste, portanto, na comparação de institutos jurídicos diferentes, por onde se atingem resultados parciais e fragmentados.

A macro comparação, por sua vez, segundo o mesmo autor é feita pela ciência do direito comparado. Aqui há o confronto e penetração nas ordens jurídicas de entidades globais e sistemas jurídicos. O objeto de pesquisa da macro comparação são as estruturas fundamentais desses ordenamentos jurídicos.

Dessa maneira somente é possível dizer que a macro comparação constitucional acontece com profundidade, a partir da pesquisa das estruturas fundamentais dos ordenamentos constitucionais considerados por meio da seleção, ordenação e classificação dos resultados parciais obtidos na micro comparação constitucional.

Portanto, de maneira sucinta, para Osvaldo Castro Junior, citado por PESSOA (2001, p. 41) o objeto da micro comparação é obter e acumular observações parciais de partículas elementares ou microelementos que formam as ordens jurídicas, reduzindo a multiplicidade de ordens jurídicas, enquadrando-as, classificando-as e as ordenando em novas categorias. Enquanto a macro comparação tem como objeto o estudo de duas ou mais estruturas jurídicas.

### 3.2 Características E Problemas Enfrentados pela Comparação

A execução da comparação constitucional é um processo um tanto quanto complexo. Exige diversos elementos técnicos e procedimentais, descritos na doutrina. Ou seja, há procedimento, há uma lógica sistemática que deve ser seguida respeitando a análise de determinados elementos.

Noutras palavras, não basta o mero confronto de leis e instituições do direito estrangeiro para que se configure pesquisa de Direito Comparado. Não bastam apenas semelhanças. É preciso saber por meio de quais elementos os ordenamentos comparados se assemelham ou se diferenciam.

Pessoa (2001, p. 97) aponta que:

Cada categoria de problemas comparativos reclama um método apropriado. A comparação pode se situar em três níveis básicos. Inicialmente, ao nível da regra de direito. Em segundo lugar, ao nível da instituição e, em terceiro, ao nível do sistema. A evolução do primeiro ao terceiro nível aumenta a complexidade, mas, ao mesmo tempo, diminui os riscos da comparação. Ao nível da regra de direito, o método é, antes de tudo, informativo ou descritivo, em que se cuida de fazer o seu inventário, ou de redigir seu catálogo. Ao nível da instituição, a abordagem ou o método será principalmente técnico, senão mesmo, em alguns casos, tecnicista. Já ao nível do sistema, a informação, que havia sido inicialmente necessária, não é mais suficiente, aplicando-se o método estrutural.

Portanto, quando se deseja proceder a um estudo comparativo, é fundamental inicialmente que se determine o campo de estudo da comparação bem como as fontes de informação que serão utilizadas. Há uma relação diretamente proporcional entre o campo de comparação e a difi-

culdade do estudo. No entanto, quando maior o campo e mais trabalhoso, será igualmente maior o grau de confiabilidade da comparação.

Assim também é para Silva (2004, p. 5) para quem o método do Direito Constitucional Comparado, como de qualquer outro ramo do direito comparado, consiste em adotar a regra dos 3 “C”: Conhecer, Compreender e Comparar. Fazes que devem se desenvolver em ordem, isso porque são solidárias e complementares. Cada uma constitui uma preparação necessária, etapa preliminar da fase seguinte.

No mesmo sentido, Dantas (2000, p.29) aponta para a necessidade destacada da fase “compreender”, na medida em que é indispensável ao Direito Comparado verificar a realidade do conjunto dos sistemas jurídicos. A análise contextualizada da legislação, a jurisprudência, do meio social, etc., evita uma abordagem não científica da comparação ou problemas constantemente relacionados à comparação.

Silva (2004, p. 6) didaticamente aponta pontos importantes a serem observados quando da comparação, como por exemplo a escolha do ordenamento a comparar, a comparabilidade, o modo de conhecimento do objeto a comparar e a definição dos contextos a serem comparados.

Ora, é preciso saber o que se vai comparar: normas, ordenamentos inteiros, sistema de governo? Não basta por exemplo, segundo o autor, que se comparem normas. Isso porque normas de mesmíssimo enunciado pertencentes a ordenamentos jurídicos distintos, não raramente, possuem sentido diverso, e quando inseridas em novo ordenamento também ganham sentido diverso.

A comparabilidade por sua vez é outro elemento a ser observado com cautela, pois se trata de pressuposto básico para qualquer comparação, senão a comparação padece de sentido lógico. Não se pode comparar sistemas absolutamente incompatíveis. A adoção de critérios racionais, fundamenta a comparabilidade.

O comparatista deve igualmente ter domínio do objeto a comparar. Ou seja, das normas, da jurisprudência, do funcionamento na

prática e da língua do direito estrangeiro. É ainda fundamental que sejam avaliados os contextos sob os quais se sustentam determinadas normas ou institutos. Não há possibilidade de sucesso na obra comparada, segundo José Afonso da Silva se os contextos dos ordenamentos em comparação não forem levados em conta, sob pena de deturpação dos resultados.

#### **4. O USO DO DIREITO ESTRANGEIRO PARA FUNDAMENTAR DECISÃO DO STF: O CASO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.**

Após os breves apontamentos a respeito do Direito Comparado e das complexidades de sua utilização, o trabalho pretende demonstrar como o recurso tem sido largamente utilizado pelo STF a partir da análise do caso prático do julgamento do HC 126.292/SP, que teve como importante e primeiro argumento a citação de legislação estrangeira como se direito comparado fosse.

Opta-se pela utilização do caso emblemático que passou a permitir a execução antecipada da pena, não com o escopo de desqualificar o uso de ciência/método tão importante pelo STF. Mas para alertar e suscitar o debate a respeito dos limites de interpretação da norma constitucional e do respeito aos requisitos de cientificidade do Direito Comparado.

Não se pretende em tão reduzido artigo exaurir um debate que tem causado tantos posicionamentos divergentes entre operadores do direito. Por certo, avaliar cada legislação estrangeira, ainda que em nível de comparação de normas, exige pesquisa mais verticalmente aprofundada, que poderá ser tema de trabalho complementar.

Contudo, cabe aqui apontar, as incongruências da utilização horizontalizada e descontextualizada de normas estrangeiras, com o objetivo de justificar a mudança radical de interpretação do texto constitucional, o que causou no dizer de J.J. Gamos Canotilho, citado por VASQUES (2016), uma mutação constitucional exogenética:

o exegeta não deve extrapolar os limites interpretativos, valendo-se de elementos extra Constituição que contrariam o programa da norma Constitucional, sob pena de haver uma mutação constitucional inconstitucional, denominada mutação constitucional exogenética, a qual, por razões óbvias, deve ser rechaçada, para haver harmonia do sistema.

A norma constitucional garantidora do Estado Democrático de Direito expressa no artigo 5º, inciso LVII da CF é mandamento para que o acusado responda seu processo em liberdade. Muito embora tenha havido grande discussão acerca do princípio da presunção da inocência e o encarceramento do acusado no curso do processo criminal, é entendimento pacífico que a prisão provisória, ou seja, a que antecede a decisão definitiva, é medida excepcionalíssima, decretada cautelarmente no processo, voltada à garantia de sua efetividade.

Mais ainda, o Código de Ritos Penais, com o advento da Lei 12.403/2011 sofreu profundas mudanças nos velhos parâmetros de sua interpretação. A prisão antes do trânsito em julgado, além de ser instrumento processual, teve reforçado seu caráter de última medida, somente podendo ser decretada quando não restarem suficientes outras medidas cautelares alternativas, diversas da restrição de liberdade.

No contexto da Constitucionalização do Processo Penal, a referida lei restringiu o uso indiscriminado da prisão e valorizou o *status libertatis* do indivíduo. Ela reforçou no juiz o caráter de garantidor dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

Na análise Constitucional da execução provisória da pena, o entendimento do STF relativo à matéria representa, no dizer do Ministro Celso de Mello “preocupante inflexão hermenêutica de índole regressista no plano sensível dos direitos individuais, retardando o avanço de uma significativa agenda judiciária concretizadora dos direitos fundamentais.”

Portanto, questão fundamental a ser enfrentada gira em torno da análise da compatibilidade do entendimento do STF sobre a execução provisória da pena com os fundamentos da Constituição Cidadã, à luz do argumento da comparação. O princípio Constitucional da Presunção de Inocência pode ser mitigado a tal ponto? A alteração do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal pode ser feita pela via hermenêutica sem a contextualização devida das normas comparadas?

Sem deixar de determinar que a crítica apresentada é passível de discordâncias das mais relevantes, já que difere inclusive do entendimento da Corte Suprema, é fundamental reiterar a força mandamental do princípio da Presunção de Inocência para a lógica processual penal à luz da Constituição Federal, que tem como escopo preservar a dignidade da pessoa humana e dar efetividade máxima aos direitos fundamentais do cidadão.

O STF entendeu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, em decisão que extrapola a garantia da presunção de inocência e interpreta restritivamente direitos e garantias constitucionais, em sentido diametralmente oposto ao da melhor doutrina, que entende que estes deveriam ser maximizados a partir de sua interpretação.

Ainda que se pudesse supor, como afirma o acórdão<sup>2</sup> citando um trecho de voto da Ministra Ellen Gracie que “nenhum país exige mais que do que dois graus de jurisdição para que se dê efetividade a uma decisão criminal” (o que não procede), tal compreensão não serve ao Direito Constitucional Brasileiro em matéria penal, que determinou expressamente que o termo final da presunção de inocência é a sentença irrecorrível.

Inicialmente, o acórdão tenta se acudir do direito estrangeiro para justificar a decisão de que a execução antecipada da pena não

---

2 Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

viola o princípio da presunção de inocência. Ocorre que as citações de direito estrangeiro não se consubstanciam no acórdão, em direito comparado. Apenas empregam legislação estrangeira de maneira descontextualizada.

O acórdão cita legislação de Inglaterra, Estados Unidos, Canadá e Alemanha. Todos, países que deferentemente do Brasil não possuem norma constitucional garantidora do princípio da presunção de inocência. Ou seja, tentou equivocadamente regras de direito processual penal estrangeiras com a norma constitucional brasileira garantidora da presunção de inocência.

Em seguida, o acórdão menciona a França e Espanha, cujos dispositivos constitucionais são completamente diversos do dispositivo que estabelece a presunção de inocência na Constituição da República Federativa do Brasil.

E segue apontando um único país cujo dispositivo constitucional coincide com o nosso, qual seja, Portugal. Nem nesse caso, tal comparação é juridicamente possível. Isso porque, conforme as lições de SILVA (2004, p. 6) não se pode comparar objetos incomparáveis. A comparabilidade, conforme já dito, é pressuposto básico para qualquer comparação, senão a comparação padece de sentido lógico.

Em parecer<sup>3</sup> SILVA (2018, p. 7) argumenta que se responde aos argumentos do acórdão sobre a adoção do direito estrangeiro como fundamento para a decisão que feriu de morte o princípio constitucional da presunção de inocência, aduzindo que “*em país algum do mundo, salvo Portugal, há uma regra constitucional protegendo o princípio da presunção de inocência como existe no Brasil.*”

Segue dizendo que no caso de Portugal, aduz que diferente do que disse a Ministra, a leitura do artigo 32,2 da Constituição Portuguesa é plenamente aplicável e não remete sua aplicabilidade a nenhuma legislação ordinária posterior. De igual maneira, afirma que

---

3 Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf>



Gomes Canotilho e Vital Moreira em obra que comenta tal dispositivo da constituição portuguesa não o interpretam de maneira restritiva como argumenta o voto.

O princípio Constitucional da Presunção de Inocência não pode ser interpretado restritivamente a ponto de se modificar o texto constitucional expresso pela via hermenêutica, causando verdadeira incoerência e ausência de unidade no ordenamento jurídico, que tem a liberdade como regra. Ainda mais se a comparação realizada para fundamentá-lo padece de cientificidade.

## REFERÊNCIAS

ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre, Fabris, 1980.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF; Senado, 1988.

BRASIL. STF. Plenário. **HC 126.292/SP**, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 11/10/2016.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado: Introdução, teoria e metodologia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

**Informativo 842 do STF**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo842.htm>. Capturado em 25/11/2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2015.

**Mitigação do princípio da presunção de inocência a partir de mudança na Jurisprudência pela Suprema Corte ao julgar o HC n. 126.292**. Disponível em <http://morgannarafa.jusbrasil.com.br/artigos/346791485/mitigacao-do-principio-da-presuncao-de-inocencia-a-partirde-mudanca-na-jurisprudencia-pela-suprema-corte-ao-julgar-o-hc-n-126292>. Capturado em 01/07/2018.

**Mutação constitucional**. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,mutacao-constitucional,55589.html>. Capturado em 01/07/2018.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Manual de Metodologia do Trabalho Científico: Como Fazer uma Pesquisa de Direito Comparado**. Aracaju: Evocati, 2009.

SILVA, J.A. **Direito constitucional comparado e processo de reforma do Estado**. Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. UNAM, Ciudad del México, 30 ene. 2004. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1793/14.pdf>>. Acesso em: 01/07/2018.

SILVA, J.A. **Parecer. A consulta e questão de ordem**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf>>. Acesso em: 01/07/2018.

STF **Inq. 1.978-0. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.08.07**, Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5493757>. Capturado em 01/07/2018.

# UM MAPEAMENTO SISTEMÁTICO DA LITERATURA SOBRE AS REDES AUTÔNOMICAS

## RESUMO

Este estudo teve o objetivo de analisar como andam as pesquisas mais recentes na área de redes autônomicas e fazer um levantamento sobre as características desta tecnologia. Dentre os autores pesquisados para a constituição conceitual deste trabalho, destacaram-se Arapoglou et al. (2014), Ayoubi et al. (2018), Khan e Tembine (2017), Kukliński et al. (2014), Zhao et al. (2017) e Zorzi et al. (2015). A metodologia utilizada foi a pesquisa exploratória, tendo como coleta de dados o levantamento bibliográfico. As conclusões mais relevantes são que as redes autônomicas, apesar de se mostrarem necessárias, atualmente estão em fase experimental, sem muitas aplicações práticas, e que elas poderão ter uma facilidade maior para serem utilizadas em redes baseadas por software (SDN) e uma grande utilidade em redes via rádio.

**Palavras-chave:** Gerenciamento de redes. Redes autônomicas. Redes baseadas por software. SDN.

Servidor do Ministério Público do Estado de Sergipe. Mestre em Ciência da Computação na área de Arquitetura de Computadores/Redes de Computadores pela Universidade Federal de Sergipe. Bacharel em Engenharia da Computação pela Universidade Federal de Sergipe.

## 1 INTRODUÇÃO

O uso cada vez maior das infraestruturas de redes devido às *novas* tecnologias que têm surgido (como, por exemplo, cidades inteligentes e internet das coisas) vem resultando em um crescimento das redes em tamanho, complexidade e heterogeneidade, tornando o seu gerenciamento cada vez mais humanamente difícil. Para mitigar esse problema, tem se aprofundado as pesquisas sobre o gerenciamento autônomo das redes, que, segundo Kukliski et al. (2014), se baseia em medições contínuas da rede e execução de decisões adequadas de acordo com o estado da rede. Ativar os recursos de backup ao prever uma falha e direcionar os fluxos de tráfego por meio da inspeção profunda de pacotes (DPI) com base em uma lista negra são exemplos de políticas de autorrecuperação e de autoproteção, respectivamente (AYOUBI; et al, 2018). O tema tem sido objeto de investigação de muitos projetos europeus e está agora sob padronização no ETSI (*European Telecommunications Standards Institute*) (KUKLIŃSKI; et al, 2014).

Tendo em vista a provável demanda de gerenciamento autônomo das redes de computadores que chegará nos próximos anos, se faz necessário conhecer como andam as pesquisas científicas mais recentes sobre as redes autônomicas, quais autores têm pesquisado sobre o tema, os aspectos gerais para sua implementação e as técnicas que têm sido empregadas para sua construção, já que esses tópicos trazem importantes informações para a construção de um conhecimento mais sólido sobre o tema.

Sendo assim, o presente trabalho tem como objetivo geral identificar e analisar o que se tem pesquisado mais recentemente na área de redes autônomicas e fazer um levantamento sobre suas características. Para isso, foram consultados artigos de importantes bases de dados da área de computação.

A escolha do tema justifica-se pelo aumento da complexidade no gerenciamento de redes e, conseqüentemente, a necessidade de se

conhecer a provável solução para este problema. Dessa forma, este estudo poderá contribuir com a academia e com os empreendedores, já que poderá ser utilizado como fonte de consulta para pesquisas ou implementações futuras sobre o tema.

Para se alcançar o objetivo no presente estudo, utilizou-se como metodologia a pesquisa exploratória através de um mapeamento sistemático da literatura (SLM, Systematic Literature Mapping). Para Petersen et al. (2008), um estudo de mapeamento sistemático fornece uma visão geral mais detalhada de trabalhos publicados em determinada área de pesquisa.

## 2 DESENVOLVIMENTO

Nesta seção será explicado o mapeamento sistemático realizado para mapear o estado da arte acerca das pesquisas em Redes Autônomicas.

Segundo Petersen et al. (2008), o método de mapeamento sistemático corresponde à elaboração das questões de pesquisas, que definirá o escopo da pesquisa; à realização da busca para estudos primários através da string de busca, que deve ser capaz de trazer todos os artigos dentro do escopo; à seleção dos estudos relevantes através de critérios de inclusão e exclusão dos artigos; à extração de dados e ao mapeamento dos resultados, os quais são expostos a seguir.

### 2.1 Questões de Pesquisa:

As seguintes questões de pesquisa foram elaboradas a fim de se atingir os objetivos propostos:

- Q1) Qual o ano de publicação de cada artigo?
- Q2) Quais são os algoritmos citados pelos autores?
- Q3) Qual o(s) objetivo(s) dos algoritmos citados (exemplo: autocura, autoproteção, auto-otimização, autoconfiguração ou outros)?

- Q4) Usou técnicas de Inteligência Artificial?
- Q5) Os autores fizeram experimentos?
- Q6) Quais as métricas utilizadas?
- Q7) A abordagem adotada é descentralizada, ou seja, existem entidades distribuídas que auxiliam no gerenciamento e no monitoramento autônomo?
- Q8) Cita a solução para redes móveis chamada SON (Redes Auto-organizáveis)?
- Q9) Cita a proposta da IBM para gerenciamento autônomo de recursos de TI, o MAPE?

## 2.2 Estratégias de Busca e Seleção:

Para a execução da busca foi selecionada a base de dados do *Google Scholar*, já que esta é uma plataforma de busca gratuita e reúne artigos das revistas mais importantes na área de computação, como IEEE, Springer, ACM, Elsevier, entre outras.

O *Google Scholar* disponibiliza um campo de filtro para busca na sua página web, o qual foi utilizado para inserir o termo de busca de interesse, evitando que artigos fora do contexto entrassem nos resultados dessa primeira etapa do mapeamento. A *string* de busca foi construída da seguinte forma: inicialmente a *string* de busca foi composta apenas pelas palavras “*Autonomic Network*”. Nessa busca foram retornados 739.000 *links* sendo que, nas análises iniciais, foi verificado que foram retornados *links* com temas da área da biologia. Para refinar mais a pesquisa, e ter um resultado mais centralizado na área da computação, a palavra de busca se transformou em “*Autonomic Network*” AND “*Algorithm*” AND (“*self-healing*” OR “*self-protection*”), retornando 553 *links*, mas contendo *links* mais antigos, como por exemplo, do ano de 2005. Para obter os artigos mais recentes foi aplicado o filtro *Desde 2014*. Com isso, o termo de busca ficou definido como: (“*Autonomic Network*”

AND “Algorithm” AND (“self-healing” OR “self-protection”)); e o filtro *Desde 2014* foi aplicado.

A pesquisa foi realizada em 29 de setembro de 2018 e a base de dados do *Google Scholar* retornou 151 *links*.

Com a finalização da busca, teve-se início o processo de filtragem dos artigos encontrados com base nos critérios de seleção.

### 2.3 Critérios de Seleção

Alguns critérios de inclusão e critérios de exclusão foram definidos a fim de filtrar os artigos relevantes desse mapeamento sistemático. Os critérios de inclusão foram: os artigos que possuíam as palavras *Network* e *Autonomic* no resumo ou no título foram incluídos; os artigos publicados em revistas científicas e com a possibilidade de acesso ao seu texto na íntegra foram incluídos.

Também foram adotados os seguintes critérios de exclusão: os artigos em que não foi possível obter acesso à íntegra foram excluídos; os artigos que falavam sobre sistemas autônômicos, mas não falavam sobre redes autônômicas, foram excluídos; Os trabalhos acadêmicos, slides e patentes foram excluídos.

Após a aplicação dos critérios de inclusão e exclusão, restaram 6 artigos para fazer parte dos estudos primários. A baixa quantidade de artigos em relação à quantidade de *links* obtidos se deu pelo fato do *Google Scholar* retornar vários trabalhos acadêmicos e slides, sendo excluídos por não terem passado por avaliações de qualidade como no caso de artigos científicos. As patentes também foram desconsideradas por terem um aspecto mais técnico do que de pesquisa, cabendo mais, neste caso, a escrita de um Artigo de Prospecção Tecnológica. E por fim, era preciso pagar para se ter acesso a uma parte considerável de artigos.

Após a seleção dos artigos, foi realizada uma análise aprofundada dos mesmos para responder às questões de pesquisa do item 2.1.

## 2.4 Análise dos Resultados

Nesta seção as questões de pesquisa delineadas no item 2.1 são respondidas. A primeira questão mostra um aspecto geral das pesquisas em Redes Autônomicas – como andam as publicações de artigos científicos nos últimos anos em termos quantitativos. As questões de 2 a 7 estão relacionadas com a implementação das Redes Autônomicas. Enquanto que as duas últimas perguntas são para saber quais temas os autores se baseiam para fazer suas pesquisas.

Q1) Qual o ano de publicação de cada artigo?

Foram publicados dois artigos nos anos de 2014 e 2017 e um artigo nos anos de 2015 e 2018. Não foi encontrado artigo no ano de 2016. Porém, vale frisar que esse quantitativo traz apenas artigos que passaram pelos filtros de inclusão e exclusão do mapeamento sistemático que foi descrito na seção 2.

Com essa questão pode-se ver que as pesquisas relacionadas às Redes Autônomicas têm ocorrido constantemente nos últimos anos.

Q2) Quais são os algoritmos citados pelos autores?

Ayoubi et al. (2018) citaram vários algoritmos de aprendizado de máquina com objetivos diferentes, por exemplo: NN, k-NN, k-Means, DT que podem ser usados para predição e localização de falha, BN e SVM para predição, localização e mitigação de falha, Q-learning e Deep para configuração, entre outros.

Assim como Ayoubi et al. (2018), Khan e Tembine (2017) também citaram vários algoritmos como aprendizado por reforço, aprendizado imitativo sem modelo, aprendizado de enxame (formigueiro), colônia de formigas, Boltzmann-Gibbs, aprendizado combinado, aprendizado CODIPAS (*Combined Fully Distributed Payoff And Strategy*) (aprendizado combinado de recompensa e estratégia totalmente distribuídos), aprendizado de coalizão, aprendizado empático, *try-again-till-you're-*



-*satisfied* (tentar de novo até sua satisfação), procura de equilíbrio baseado no *sine*, aprendizagem de campo médio, entre outras.

O Aprendizado por Reforço (RL) foi citado mais uma vez, agora no trabalho de Kukliński et al. (2014), onde é aplicado em Redes Auto-organizáveis (SON) para fazer a Configuração Automática dos Parâmetros de Transmissão de Rádio Inicial, mas não especificou algoritmos. Ele propôs que com RL é possível fazer o ligamento/desligamento automático de estações bases com pouco uso à noite, por exemplo. Porém falhas podem desativar uma rede que não era pra desativar, diminuindo o QoS para o usuário. Cita o uso de aprendizado não supervisionado para detectar anomalias de degradação de células.

Já Zhao et al. (2017) citaram que algoritmos genéticos em um ambiente de computação em nuvem preveem a carga futura de computação e encontram um equilíbrio apropriado entre o cumprimento dos acordos de nível de serviço e o consumo de energia.

Por fim, Zorzi et al. (2015) citaram, como uma possível solução para o conhecimento do comportamento espaço-temporal de longo prazo dos parâmetros de rede (como congestionamento ou características do canal), a Máquina de Boltzmann Restrita.

Arapoglou et al. (2014) não citaram algoritmos.

Com isso, foi possível notar que provavelmente não existe um algoritmo principal para se aplicar nas Redes Autônomicas. Cada problema da rede se resolveria com um algoritmo diferente.

Q3) Qual o(s) objetivo(s) dos algoritmos citados (exemplo: autocura, autoproteção, auto-otimização, autoconfiguração ou outros)?

Os objetivos mais comuns verificados nos trabalhos foram autoconfiguração, auto-otimização e autocura.

Khan e Tembine (2017) citaram o *self-x*. Eles querem dizer com isso que o sistema é equipado com as seguintes características: autoplanejamento, que é obtido via autoconfiguração; Autoconfiguração,

que engloba as atividades de configuração automática de parâmetros iniciais de rádio/transporte, alinhamento automático de dados para nós vizinhos, estabelecimento de conectividade automática, autoteste, inventário automático e autenticação automática; auto-otimização, que tem como objetivo ajustar os parâmetros iniciais e recalcular dinamicamente esses parâmetros no caso de alterações de rede e tráfego; e por fim, a autocura. Seguindo a mesma linha de Khan e Tembine (2017), Kukliński et al. (2014) também citaram a autoconfiguração, auto-otimização e autocura aplicados às redes móveis. Somado a isso, na parte de redes dirigidas por software (SDN), Kukliński et al. (2014) citaram de forma indireta a autoproteção.

Ayoubi et al. (2018) mostraram as características do FCAPS (*fault-management configuration accounting performance and security*), que baseia o experimento deles chamado C-MAPE, e possui as seguintes características: Gerenciamento de falha, configuração, contabilidade, performance e segurança. Já o foco de Zhao et al. (2017), além da segurança, foi incluída também a parte da otimização da rede.

Zorzi et al. (2015) afirmam que o objetivo final da sua arquitetura teórica, a COBANETS, é o gerenciamento automático de sistemas complexos.

Arapoglou et al. (2014) não citaram algoritmos.

#### Q4) Usou técnicas de Inteligência Artificial?

Todos os autores usaram ou citaram técnicas de IA em seus trabalhos, principalmente o aprendizado de máquina, com exceção apenas de Arapoglou et al. (2014).

Khan e Tembine (2017) projetaram e desenvolveram agentes móveis inteligentes que implementa políticas e as mantêm em diferentes níveis hierárquicos. Além dos agentes, eles desenvolveram um framework de aprendizado *self-x*.

Zhao et al. (2017) citaram o aprendizado de máquina para auto-otimização. Em redes fixas citaram que pode ser usado aprendiza-

do por reforço. Já para redes móveis, além do aprendizado por reforço, citaram também o algoritmo supervisionado e não supervisionado. Os três tipos de aprendizado de máquina foram igualmente citados por Zorzi et al. (2015), onde este afirmou a necessidade deles para sua arquitetura COBANETS.

O aprendizado de máquina também apareceu no trabalho de Ayoubi et al. (2018), os quais expuseram como o ML pode ser usado para realizar a autonomicidade em cada uma das áreas de gerenciamento de falhas, configuração, contabilidade, performance e segurança (FCAPS). Além disso, mostraram como o ML pode ser aproveitado para realizar um *loop* de controle MAPE cognitivo para o gerenciamento de rede. Por fim, fizeram uma discussão sobre as oportunidades e desafios relativos ao uso de ML para o gerenciamento de redes autônomicas.

#### Q5) Os autores fizeram experimentos?

A maioria dos autores não fizeram experimentos.

Arapoglou et al. (2014) e Kukliński et al. (2014) não fizeram experimentos. Estes últimos apenas citaram que técnicas cognitivas já são aplicadas, mas não de forma comercial. Seguindo a mesma linha, Zorzi et al. (2015) afirmaram que “ainda há um longo caminho a percorrer para transformar essa visão ampla e muito geral em uma arquitetura de sistema prática e bem definida”. Já Ayoubi et al. (2018) apenas explicaram de forma teórica como sua arquitetura, chamada C-MAPE, funcionaria.

Zhao et al. (2017) apenas citaram experimentos de outros autores, como por exemplo, Kaup, et al. (2016) que realizaram uma medição abrangente de vários parâmetros de desempenho em redes celulares como rendimento, tempos de ida e volta, intensidade do sinal, etc.

Khan e Tembine (2017), apesar de não realizarem experimentos em ambiente real, chegaram a modelar o problema das redes autônomicas usando jogos dinâmicos multicamadas. Em cada camada,

um procedimento de autoaprendizagem foi proposto para aprender e adaptar as políticas reversas do jogo *Stackelberg*. Para validar a estrutura proposta, desenvolveram um demonstrador em escala real compreendendo redes de acesso sem fio de núcleo plano e heterogêneo. Também desenvolveram várias ferramentas e agentes de software para implementar a visão de gerenciamento *self-x*.

Nota-se neste ponto uma certa falta de aplicação prática dos algoritmos que foram vistos nas questões 2 e 4. Através da leitura dos artigos, foi observado que o grau de confiança se a IA vai funcionar ou não (podendo tomar decisões erradas) pode ser o grande empecilho para aplicação prática.

Q6) Quais as métricas utilizadas?

Por não terem feito experimentos, a maioria dos autores não fizeram medições.

No trabalho de Khan e Tembine (2017) não foi possível detectar as métricas utilizadas nas ferramentas desenvolvidas. Ayoubi et al. (2018) não utilizaram métricas, apenas explicaram, através de um caso de uso, como o sistema C-MAPE funciona. Por fim, Zhao et al. (2017) não fizeram medições, apenas citaram que Kaup, et al. (2016) verificaram correlação entre *throughput* e RTT/Força do sinal.

Q7) A abordagem adotada é descentralizada, ou seja, existem entidades distribuídas que auxiliam no gerenciamento e no monitoramento autônomo?

Todos os autores citaram ou propuseram uma estrutura distribuída, descentralizada. Todavia, Ayoubi et al. (2018) afirmam que é justamente o fato de ser distribuída que torna a implantação das redes autônomas um pouco mais difícil.

Q8) Cita a solução para redes móveis chamada SON (Redes Auto Organizadas)?

Segundo Kukliński et al. (2014), na última geração de sistemas móveis, foi proposto o conceito de Redes Auto-Organizáveis (SON). O SON faz a automatização de algumas das operações de gerenciamento relacionadas à Rede de Acesso via Rádio (RAN). De acordo com Khan e Tembine (2017) esse gerenciamento acontece através das funções SON, as quais implementam um algoritmo que, ao receber uma *trigger*, ajusta um conjunto de parâmetros de rede para otimizar uma métrica específica. Em outras palavras, cada estado do sistema possui regras específicas definidas pelas funções SON, essas regras reagem às mudanças do estado e otimiza uma determinada métrica (KHAN; TEMBINE, 2017).

Kukliński et al. (2014) diz que “todas as funções do SON podem ser divididas em três grupos: funções de autoconfiguração, funções de auto-otimização e funções de autocorreção”.

O principal objetivo das funções de autoconfiguração, segundo Kukliński et al. (2014), é “obter a implantação da estação base Plug-and-Play. São eles: Configuração dos Parâmetros de Transmissão de Rádio Inicial, Gerenciamento de Relação de Vizinho, Gerenciamento Automático de Conectividade, Auto Teste e Inventário Automático”.

As funções SON de auto-otimização são: Otimização de Robustez de Mobilidade, Balanceamento de Carga de Mobilidade e Direção de Tráfego, Economia de Energia, Otimização de Capacidade e Cobertura e Otimização de Canal de Acesso Aleatório (KUKLIŃSKI; et al, 2014).

Por fim, “as funções SON de Auto Correção são: Monitoramento e Gerenciamento de Degradação de Células e Compensação de Falta de Células” (KUKLIŃSKI; et al, 2014).

Zhao et al. (2017), Zorzi et al. (2015) e Arapoglou et al. (2014) também citaram o SON e apenas Ayoubi et al. (2018) não citaram.

Com isso, é possível ver que mais de 80% dos artigos consultados

citaram a solução SON em seus trabalhos. Isso pode ser explicado pelo fato das redes via radio terem um dinamismo maior em relação às redes cabeadas, o que torna ainda mais complexo o gerenciamento através do ser humano, e conseqüentemente as pesquisas com redes autônomicas aplicadas a redes móveis têm uma ligação forte.

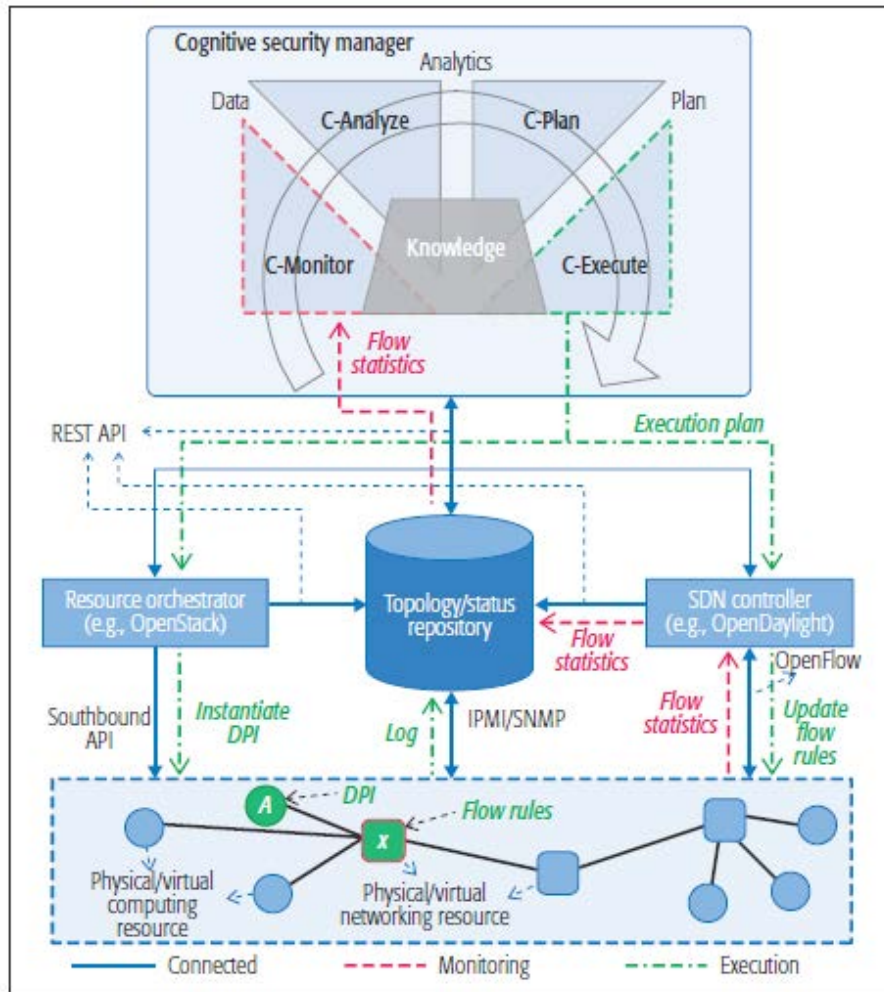
Q9) Cita a proposta da IBM para gerenciamento autônomo de recursos de TI, o MAPE?

Foi verificado durante as leituras dos artigos que boa parte dos autores baseavam seus trabalhos em um conceito de *feedback* contínuo da rede após as tomadas de decisões de gerenciamento. Segundo Kukliński et al. (2014), o conceito foi originalmente proposto pela IBM para gerenciamento autônomo de recursos de TI e descrito como *Monitor-Analyze-Plan-Execute* (MAPE). Usando o MAPE, várias arquiteturas foram propostas para gerenciamento de rede e rotuladas como Gerenciamento Autônomo de Redes (ANM). O ANM inclui tratamento de falhas, otimização de desempenho (que inclui abordagens de economia de energia, configuração ou reconfiguração dinâmica de dispositivos) e gerenciamento de segurança. Em geral, as operações da ANM devem se referir a todas as camadas ISO.

Além de Kukliński et al. (2014), Arapoglou et al. (2014) e Ayoubi et al. (2018) também citaram o MAPE em seus trabalhos, este último, inclusive, implementando uma variação do mesmo chamada C-MAPE.

Ayoubi et al. (2018) mostraram em seu trabalho como o C-MAPE pode ser usado para detecção e mitigação de anomalias de segurança. Apresentaram um caso de uso em uma infraestrutura definida por software (SDI) que pode ser realizada em produção. A Figura 1 ilustra o orquestrador de recursos. O orquestrador de recursos é responsável por controlar os recursos físicos e virtuais, enquanto o controlador SDN (*Software-Drive Network*) facilita a configuração automatizada e flexível dos recursos da rede.

Figura 1: Gestor de segurança cognitiva para inferência e mitigação de anomalia sobre uma infraestrutura definida por software



Fonte: Ayoubi et al. 2018.

Ayoubi et al. 2018 assumiram que todas as informações referentes aos recursos físicos e virtuais (por exemplo, alterações de topologia) e dados (por exemplo, estatísticas de fluxo, estados dos links) são armazenadas periodicamente em um repositório central, pelo orquestrador

de recursos e pelo controlador SDN, respectivamente. A fonte de conhecimento é complementada por este repositório. O gerenciador de segurança cognitiva (CSM) da Figura 1 descreve o circuito de controle cognitivo das funções do C-MAPE no gerenciamento de segurança. Ele se comunica com o orquestrador de recursos, o controlador SDN e o repositório por meio de interfaces de programação de aplicativos (APIs) REST para executar funções de controle e gerenciamento.

Como ilustrado na Figura 1, a função C-Monitor obtém informações de nível de fluxo e estatísticas de nível de pacote para tráfego de entrada via o controlador SDN. As informações de nível de fluxo incluem IP de origem, IP de destino, porta de origem, porta de destino e protocolo. Já as estatísticas de nível de pacote incluem o tempo de chegada entre pacotes, o tamanho médio do pacote e os bytes por pacote. O controlador aumenta o repositório central com essas informações e estatísticas (AYOUBI; et al, 2018).

Khan e Tembine (2017), Zhao et al. (2017) e Zorzi et al. (2015) não chegaram a citar o conceito MAPE em seus trabalhos.

### 3 CONCLUSÃO

Este trabalho apresentou uma visão geral das recentes publicações de pesquisas científicas na área de redes autonômicas, sendo levantadas questões relevantes sobre o tema e dando respostas a partir dos artigos de renomadas revistas da área da computação, gerando uma caracterização sobre o tema.

O objetivo geral do trabalho foi analisar como andam as pesquisas na área de redes autonômicas. A análise se deu através do processo de mapeamento sistemático, o qual foi conduzido por meio de um protocolo de busca e seleção de artigos que especificou o método utilizado nesse trabalho. Com os termos de busca definidos, foram realizadas as buscas em inglês na base de dados do *Google Scholar*. Foram encontrados 151 *links* ao final das buscas. Foi realizada uma



filtragem em cima desses 151 *links* através dos critérios de seleção que foram definidos no mapeamento, e ao final restaram 6 artigos para compor os estudos primários e serem analisados.

A partir dos estudos primários, foi possível responder às questões de pesquisa levantadas, e assim, pode-se confirmar que apesar de existir uma grande necessidade da existência do gerenciamento autônomico de redes devido ao aumento da complexidade no gerenciamento humano, as pesquisas ainda estão em níveis laboratoriais, não estão em produção. Apesar disso, notou-se uma forte tendência da aplicação do gerenciamento autônomico nas chamadas Redes Dirigidas por Software (SDN), que são bastante utilizadas em *Cloud Computing*. Acredita-se que isso ocorre devido à integração com software seja mais fácil e livre de padrões de fabricantes, como ocorre muitas vezes em nível de hardware. Além das SDNs, as redes via rádio também são bastante contempladas no tema devido ao maior dinamismo em relação às redes fixas.

Como sugestão de trabalhos futuros, pode-se tornar o termo de busca mais geral adicionando a palavra *self-x*, já que foi descoberto durante as pesquisas que os autores costumam utilizá-la para abranger todas as tarefas autônomicas da rede. Pode-se também fazer uma pesquisa de prospecção tecnológica sobre o tema visto que há várias patentes para serem analisadas.

## REFERÊNCIAS

ARAPOGLOU, R., RODIS, I., MAGDALINOS, P., ALONISTIOTI, N. Adapting Policy-based Management of Future Networks using Collaborative Filtering Techniques. **2014 IEEE 19th International Workshop on Computer Aided Modeling and Design of Communication Links and Networks (CAMAD)**, dez. 2014. Disponível em: <<https://195.134.65.236/CAMAD2014/papers/a46-arapoglou.pdf>>. Acesso em: 09/10/2018.

AYOUBI, S., LIMAM, N., SALAHUDDIN, M. A., SHAHRIAR, N., BOUTABA, R., ESTRADA-SOLANO, F., CAICEDO, O. M. Machine Learning for Cognitive Network Management. **IEEE Communications Magazine**, v. 56, n. 1,

p. 158-165, jan. 2018. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/320540444\\_Machine\\_Learning\\_for\\_Cognitive\\_Network\\_Management](https://www.researchgate.net/publication/320540444_Machine_Learning_for_Cognitive_Network_Management)>. Acesso em: 28/10/2018.

KAUP, F., MICHELINAKIS, F., BUI, N., WIDMER, J., WAC, K., HAUSHEER, D. Assessing the implications of cellular network performance on mobile content access, **IEEE Trans. Netw. Service Manage.**, vol. 13, no. 2, pp. 168–180, Jun. 2016.

KHAN, M. A., TEMBINE, H. Meta-Learning for Realizing Self-x Management of Future Networks. **IEEE Access**, p. 19072 - 19083, v. 5, ago. 2017. Disponível em: <<https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?arnumber=8017381>>. Acesso em: 29/09/2018.

KUKLIŃSKI, S., WYTRBOWICZ, J., DINH, K. T., TANTAR, E. Application of Cognitive Techniques to Network Management and Control. **Springer EVOLVE - A Bridge between Probability, Set Oriented Numerics, and Evolutionary Computation V**, v. 288, p. 79-93, jan. 2014. Disponível em:

<[https://www.researchgate.net/publication/264002043\\_Application\\_of\\_Cognitive\\_Techniques\\_to\\_Network\\_Management\\_and\\_Control](https://www.researchgate.net/publication/264002043_Application_of_Cognitive_Techniques_to_Network_Management_and_Control)>. Acesso em: 03/11/2018.

PETERSEN, K., FELDT, R., MUJTABA, S. AND MATTSSON, M., 2008. Systematic mapping studies in software engineering. **Proceedings of the 12th International Conference on Evaluation and Assessment in Software Engineering**, p. 68-77, Jun. 2018. Disponível em:

<[http://www.robertfeldt.net/publications/petersen\\_ease08\\_sysmap\\_studies\\_in\\_se.pdf](http://www.robertfeldt.net/publications/petersen_ease08_sysmap_studies_in_se.pdf)>. Acesso em: 04/12/2018.

ZHAO, Z., SCHILLER, E., KALOGEITON, E., BRAUN, T., STILLER, B., GARIP, M., JOY, J., GERLA, M., AKHTAR, N., MATTA, I. Autonomic Communications in Software-Driven Networks. **IEEE Journal on Selected Areas in Communications**, p. 2431 – 2445, v. 35, n. 11, nov. 2017. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/320292994\\_Autonomic\\_Communications\\_in\\_Software-Driven\\_Networks](https://www.researchgate.net/publication/320292994_Autonomic_Communications_in_Software-Driven_Networks)>. Acesso em: 13/11/2018.

ZORZI, M., ZANELLA, A., TESTOLIN, A., GRAZIA, M. F., ZORZI, M.. Cognition-Based Networks: A New Perspective on Network Optimization Using Learning and Distributed Intelligence. **IEEE Access**, p. 1512 - 1530, v. 3, ago. 2015. Disponível em:

<[https://www.researchgate.net/publication/281768893\\_Cognition-Based\\_Networks\\_A\\_New\\_Perspective\\_on\\_Network\\_Optimization\\_Using\\_Learning\\_and\\_Distributed\\_Intelligence](https://www.researchgate.net/publication/281768893_Cognition-Based_Networks_A_New_Perspective_on_Network_Optimization_Using_Learning_and_Distributed_Intelligence)>. Acesso em: 01/12/2018.

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E POLÍTICAS DE AÇÃO  
AFIRMATIVA: O DESAFIO DA PROTEÇÃO ÀS MINORIAS

**Ana Maria de Menezes**

NOVAS TÉCNICAS DECISÓRIAS NO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE

**Fellipe Barros Cavalcante**

DECRETO DE INDULTO N. 9.246/2017 E O VOTO DO MINISTRO-  
RELATOR: UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA  
PROPORCIONALIDADE E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

**Táisa Torres Aragão**

A UTILIZAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO COMO BASE PARA  
FUNDAMENTAR DECISÕES DO STF: REFLEXÕES SOBRE A  
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.

**Niully Nayara Santana Campos**

UM MAPEAMENTO SISTEMÁTICO DA LITERATURA SOBRE AS  
REDES AUTONÔMICAS

**José Bonifácio da Silva Júnior**