



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE – IEDS
FACULDADE DE DIREITO - FADIR**

RAILSON DOS SANTOS CAMPOS

STF E A TEORIA DA KATCHANGA

**MARABÁ
2014**

RAILSON DOS SANTOS CAMPOS

STF E A TEORIA DA KATCHANGA

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, como requisito para obtenção do título de Bacharel. Orientador: Prof^o. Me. Marco Alexandre Rosário.

MARABÁ- PA

2014

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
(Biblioteca Josineide Tavares, Marabá-PA)

Campos, Railson dos Santos.
STF e a Teoria da Katchanga / Railson dos Santos Campos;
Orientador, Marco Alexandre da Costa Rosário. – 2014.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) Unifesspa,
Instituto de Estudo em Direito e Sociedade, 2014.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 2. Alex, Robert – Teoria dos
princípios. 3. Teoria de Katchanga. I. Título.

Doris: 341.4191

RAILSON DOS SANTOS CAMPOS

STF E A TEORIA DA KATCHANGA

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará como requisito para obtenção do título de Bacharel, tendo sido aprovado pela banca examinadora composta pelos professores abaixo.

Aprovado dia: / 12 /2014.

BANCA EXAMINADORA

Profº. Me. Marco Alexandre Rosário.
Orientador – Unifespa

Profª. Me. Olinda Magno Pinheiro
Examinadora – Unifespa

Bel. José da Trindade Borges.
Membro convidado

À Deus pelo amor incondicional, pela graça e misericórdia. Ao meu saudoso pai por ter me apoiado e acreditado nos meus sonhos e objetivos. A minha mãe pela presença e zelo.

AGRADECIMENTOS

Em Isaias, 64.4 está escrito: *“Porque desde a antiguidade não se ouviu, nem com os ouvidos se percebeu, nem com os olhos se viu um Deus além ti, que trabalhe para aquele que nele espera”*.

Não existe um Deus além de ti, só tenho a agradecer ao meu Senhor e Salvador por ter me dado essa oportunidade de estar concluindo mais uma etapa da dessa trajetória e por mais uma promessa estar se cumprindo na minha vida. Por mais que tente, essas poucas palavras não conseguem expressar o quão sou grato a Ti. Que toda honra, toda glória seja dada ao nome do Senhor para todo sempre. Amém.

Quero agradecer ao meu saudoso e amado pai, por ter dado tanto de si, por ter se empenhado tanto, hoje só queria abraçá-lo , agradecer por tudo e dizer que toda sua dedicação valeu apena. Sinto-me feliz por lhe ter dado orgulho ainda em vida. Obrigado Pai!

Não poderia deixar de agradecer a minha mãe, por seu esforço, dedicação, empenho, mesmo não sabendo ao certo os meus sonhos, acreditou e apoio de forma tão segura. Meus sinceros agradecimentos.

Por fim, a toda minha família e aos que me ajudaram de forma direta indireta até esse momento.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo realizar uma análise crítica da forma e critério usados pelo Supremo Tribunal Federal no choque de princípios, a falta de fundamentação clara, concisa e objetiva de alguns julgados, explicados através de uma anedota a qual foi intitulada como a Teoria da Katchanga. Falaremos da importância dessa Suprema Corte, bem como sua competência, e delimitação. Exporemos também uma parte da Teoria dos Princípios proposta por Robert Alexy, onde será tratado sobre sopesamento adequado dos princípios e no que consiste essa teoria, e por fim analisaremos alguns casos específicos de Katchanga feitas pela Suprema Corte.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Teoria da Katchanga.

ABSTRACT

This research aims to make a critical analysis of the way and criteria used by the Supreme Court in the clash of principles, the lack of clear, concise and objective reasoning of some judged, explained through an anecdote which was titled as the Theory of Katchanga. We talk about the importance of this Supreme Court, as well as its competence and delimitation. Also expose a part of the Principles theory proposed by Robert Alexy, which will be treated on appropriate sopesamento the principles and what is this theory, and finally examine some specific cases of Katchanga made by the Supreme Court.

Keywords: Federal Court of Justice - Theory of Kachatanga

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	10
2.1. BREVE RELATO HISTÓRICO	10
2.2 COMPETÊNCIA	12
2.3 NECESSIDADE DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES	15
3 TEORIA DA KATCHANGA.....	18
3.1 CONHECENDO A ANEDOTA	18
3.2 PRINCÍPIOS	20
3.3 DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE	23
4 CASOS ESPECÍFICOS DA KATCHANGA.....	26
4.1 STF, ADI 855-2/DF	26
4.2 ADI no. 4.227 e a ADPF n°. 132.....	29
4.3 SÚMULA VINCULANTE N° 11	33
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
6 REFERÊNCIAS.....	41

1. INTRODUÇÃO

O tema proposto é de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro, a relevância do tema se dá pela questão de casos reais julgados pelo Supremo Tribunal Federal, onde analisaremos de forma concisa alguns julgados (ADI 855-2 DF; ADI 4227-ADPF 132 e a Súmula Vinculante nº 11).

O objetivo da presente pesquisa é de demonstrar alguns erros nos julgamentos ora apontados, observando necessariamente os aspectos jurídicos, tivemos o cuidado de não adentrarmos na discussão do mérito dos julgamentos.

A metodologia utilizada na produção desta pesquisa inclui o estudo da doutrina, análise da jurisprudência e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, análise de diversos artigos.

Será exposta a Teoria da Katchanga, anedota proposta para explicar de forma inusitada o atual panorama dos julgamentos do STF.

Um ponto importante que merece destaque nessas linhas introdutória, é sabermos que toda decisão judicial tem que ser bem fundamentada, com argumentos jurídicos, diga-se de passagem.

Discorreremos sobre aspectos relevantes da Teoria dos Princípios de Robert Alexy, a qual é amplamente usada pela Suprema Corte, com um detalhe, de forma distorcida.

E por fim, serão analisados casos específicos de Katchanga, oriundos evidentemente dos julgamentos do STF.

2. DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1. BREVE RELATO HISTÓRICO

Cumprir saber que na Constituição Provisória publicada pelo Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, foi a primeira vez que tratou da denominação “Supremo Tribunal Federal”.

A Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891, que instituiu o controle da constitucionalidade das leis, dedicou ao Supremo Tribunal Federal os artigos 55 a 59.

Nessa Constituição, o Supremo Tribunal Federal era delineado por quinze Juízes, nomeados pelo Presidente da República com posterior aprovação do Senado. A instalação ocorreu em 28 de fevereiro de 1891, conforme estabelecido no Decreto n.º 1, de 26 do mesmo mês.

Posteriormente, com a Revolução de 1930, o então Governo Provisório decidiu reduzir o número de Ministros para onze, ato este posto pelo Decreto n.º 19.656, de 3 de fevereiro de 1931.

A designação de “Corte Suprema” foi obra da Constituição de 1934 a qual manteve o número de onze Ministros, dele tratando nos artigos 73 a 77.

A Carta de 10 de novembro de 1937 restaurou o título “Supremo Tribunal Federal”, destinando-lhe os artigos 97 a 102.

O Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, aumentou o número de Ministros para dezesseis, época do período do regime militar. Com base no Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, foram aposentados, em 16 de janeiro de 1969, três Ministros.

Durante o governo de Floriano Peixoto, o Brasil foi submetido a decretações de estado de sítio com prisões arbitrárias e penas de desterro e exílio para adversários políticos do presidente. Foi nessa época que surgiu a chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*, devido à extensão que foi sendo dada ao instituto enquanto defesa dos direitos inscritos na Constituição, por grande influência de Rui Barbosa, que chegou a impetrar o *writ* até a favor de seus adversários e para a proteção da liberdade de imprensa¹.

Segundo também a autora Emilia Viotti, no período Vargas, o Supremo Tribunal Federal viveu um dos períodos mais difíceis de sua história, com a remoção e aposentadoria compulsória de ministros, alteração de seu funcionamento e invasão de suas prerrogativas. Do conflito inicial entre o Supremo e o governo prevaleceu, entretanto, a submissão já que Getúlio Vargas acabou por conseguir manter no STF apenas aqueles que assim se posicionaram. A Carta de 1937 chegou a excluir da competência do STF as chamadas questões políticas, bem como a possibilidade de o Congresso reverter a declaração de inconstitucionalidade prolatada pela Corte, o que retirava da mesma a prerrogativa de dar a última palavra sobre a constitucionalidade de uma norma².

Dentre tantas lutas, o Supremo Tribunal Federal tem sido decisivo na história do Brasil. Não podendo encarar de outra maneira, como preleciona Emilia Viotti da Costa³:

"Num país onde as sublevações e os golpes de estado se repetem, as constituições se sucedem e o estado de direito tem sido várias vezes interrompido por períodos de exceção; num país em que o Executivo, de tempos em tempos, ignora dispositivos constitucionais, dissolve o Congresso, governa por decreto, cria atos institucionais que contrariam a Constituição, declara estado de sítio durante o qual ficam suspensas as garantias constitucionais, prende e desterra cidadãos sem qualquer processo; num país cujos governantes se recusam às vezes a obedecer às decisões emanadas da mais alta Corte de Justiça, interferindo diretamente nela, negando-se a preencher vagas ou alterando o número de ministros – é de se esperar que esta funcione como uma caixa de ressonância que registra os ritmos agitados da história nacional."

¹ COSTA, Emilia Viotti da. **O supremo tribunal federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Leje, 2001

² COSTA, Emilia Viotti da. *Op. cit.*, 2001.

³ COSTA, Emilia Viotti da. *Op. cit.*, 2001.

Finalmente, com o estabelecimento de democracia, a Constituição de 1988 realçou profundamente as competências da Suprema Corte, dedicando-lhe os artigos 101 a 103.

2.2 COMPETÊNCIA

Hodiernamente, o Supremo Tribunal Federal é órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, onde tem a função de ser o guardião da Constituição, com matérias adstritas em competência constitucional (CF, art. 102).

A competência atribuída ao STF foi distribuída em três níveis: *originária, recursal ordinária e recursal extraordinária*.

Por ter fundamento constitucional, esta competência está submetida a um regime de direito estrito, o que significa a impossibilidade de ser estendida, por norma infraconstitucional, a hipóteses que extravasem os limites constitucionais fixados no rol exaustivo estabelecido pela Constituição da República⁴.

Segundo José Afonso da Silva⁵:

“As matérias de competência do STF constam do art. 102, especificadas em três grupos: (a) as que a ele cabe processar e julgar originariamente, ou seja, como juízo único e definitivo, que são as questões relacionadas no inciso I; (b) as que lhe incumbe julgar em recurso ordinário, que são as indicadas no inciso II; (c) e, finalmente, as que lhe toca julgar em recurso extraordinário, que são as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida envolver uma das questões constitucionais referidas nas alíneas do inciso III.(...) Logo, a atuação do STF, aí, se destina a compor lide constitucional, mediante o exercício de jurisdição constitucional. Esta, de fato, comporta conteúdos e objetivos diversos, que autorizam distinguir três modalidades que podem ser observadas na competência daquele Pretório Excelso: Jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade – Pode ser por via de ação direta, interventiva ou genérica, e por via de exceção. Jurisdição constitucional da liberdade – Assim se chama o exercício da jurisdição provocado por

⁴ NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 8. ed. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2014. p. 897

⁵ SILVA, Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** - 36ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2013.

remédios constitucionais destinados à defesa dos direitos fundamentais, (habeas corpus, mandado de segurança, habeas data, extradição solicitada por Estado estrangeiro e mandado de injunção) e Jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade – Assim se entende “o exercício de atribuições judicantes, para compor litígio de natureza constitucional, mas diverso do que existe no controle de constitucionalidade das leis”. Incluem-se nesse caso a competência do STF para processar e julgar: os crimes de membros de outros Poderes, previstos no art. 102, I, “b” e “c”. (...) A justiça constitucional brasileira evoluiu, pois, para um sistema misto de método difuso e método concentrado, com clara tendência à ampliação deste último. (...) O método difuso tem seu fundamento o art. 102, III, da CF, segundo o qual compete ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou quando julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. Daí decorre que qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade. Não há mais, hoje, dúvida alguma sobre isso. O método concentrado resulta do disposto no art. 102, I, “a”, da CF, que dá competência ao STF para processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; e do art. 103, que enumera as pessoas, autoridades e instituições que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade, enquanto o § 2º desse mesmo artigo fundamenta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.”.

Como já ressaltado, cabe a Suprema Corte decidir acerca da constitucionalidade dos atos dos demais poderes, bem como julgar os conflitos que tem como parte a União e os Estados e acima de tudo, **defender em última instância os direitos fundamentais exposto no texto constitucional.**

Com a Constituição de 1988, ampliou-se de forma significativa as prerrogativas do STF, principalmente no que tange ao controle de constitucionalidade. Observa-se que ao STF foi dado mais “poder”, e com isso, essa casa nunca teve papel tão importante na história.

Nesse contexto, defende Luiz Roberto Barroso⁶:

Que o fortalecimento de uma corte constitucional, que tenha autoridade institucional e saiba utilizá-la na solução de conflitos entre os Poderes ou entre estes e a sociedade (com sensibilidade política, o que pode significar, conforme o caso, prudência ou ousadia), é a salvação da Constituição e o antídoto contra golpes de Estado”.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira.** 6ª ed. atual. São Paulo: Renovar, 2002. p. 304

Diante do já exposto, ao STF foi dada a guarda da Constituição, cabendo a busca da efetividade dos direitos fundamentais consagrados e impedir a violação dos preceitos constitucionais, seja por ação ou omissão.

O STF exerce a guarda da Constituição por meio do Controle de Constitucionalidade das leis e dos atos dos poderes públicos. Com a emenda Constitucional de 45/2004, o constituinte reformador, deu mais uma ferramenta para a Suprema Corte, a chamada Súmula Vinculante.

No art.103 da CF, diz:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

A súmula vinculante tem como objeto a eficácia, validade, interpretação de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Nota-se que a súmula vinculante tem requisitos/pressupostos objetivos para sua criação, requisitos esses expressamente previstos na Constituição da República.

A partir da leitura do artigo ora transcrito, verifica-se a exigência de duas circunstâncias antecedentes necessárias para a criação de um enunciado de súmula com efeito vinculante.

Uma dele diz respeito à existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

Portanto, para existir uma aprovação de súmula vinculante é pressuposto necessário que tenha sido anteriormente analisada por reiteradas vezes, não dando margem a interpretações extensivas quanto a sua aplicabilidade.

Outra exigência/requisito expresso na Constituição, diz respeito à existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas.

Essas breves comentários nos auxiliarão para que possamos compreender e explicar os casos específicos analisados à frente.

2.3 NECESSIDADE DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES

Sabemos que é um dever do julgador proceder com a fundamentação das decisões judiciais, haja vista porque está arrolada na Constituição Federal e tem-se dado tratamento de garantia fundamental concernente ao Estado Democrático de Direito, e falando nisso, os órgão de cunho jurisdicional Estatal têm o dever jurídico da fundamentação de seus pronunciamentos/decisões, colocando de lado as interferências estranhas ao sistema legal em vigor (pensamentos, ideias, ideologias; subjetividades do pensar dos juízes), permitindo assim, que todos possam exercer de forma eficaz o controle da função jurisdicional.

Segundo Nelson Jorge Junior,

Assim, percebe-se que a motivação dos atos jurisdicionais exigida pela Constituição acarreta a limitação dos poderes exercidos pelo magistrado, exigindo-se adequada aplicação do princípio da legalidade, demonstrando-se não ter aquele descumprido os direitos fundamentais, ou decidido contra a lei ou ter extrapolado de suas funções. Dessa forma tem o jurisdicionado assegurado a garantia de conhecer as razões que convenceram o juiz a julgar, cuja decisão, se correta, será aplicada em virtude da aplicação dos efeitos do

princípio da coisa julgada. A motivação das decisões judiciais espelha, repercute a vereda do pensamento empregado pelo juiz para alcançar a conclusão apresentada para a solução do caso conflituoso e caso contenha erro será este prontamente verificado pelo conteúdo da motivação, podendo ser impugnada⁷.

Segundo esse mesmo autor,

A Constituição Federal confia ao processo a garantia do cumprimento dos princípios e direitos nela firmados ao homem, sob pena de ofensa ao Estado de Direito e, com isso, anseia-se que o processo judicial tenha mecanismo eficiente e necessário para o encontro da adequada solução, a qual só é alcançada quando o juiz atua segundo a lei, não sendo admissível que pudesse ele criar ou modificar regras de procedimento, por exemplo, mesmo quando pense ser imperfeitas as existentes, pois não exerce ele essa função em seu próprio nome, e sim em respeito aos postulados inscritos na lei, motivo pelo qual, quando profere decisão deve justificá-la, asseverando de maneira racional como chegou àquela conclusão⁸.

Atualmente no Estado Democrático Constitucional, o aplicador do Direito tem que estar estritamente ligado aos preceitos constitucionais, seria como uma “servidão” deste à lei. A aplicação ideal da norma e sua fundamentação concisa e com base nos preceitos legais impostos, impõe um processo justo.

Nesse ínterim, vem a tona o princípio das motivações das decisões judiciais, com papel delimitador e informador do Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal, no artigo 93, inciso IX, dispõe que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...*” (grifamos)

Para a maioria da doutrina, esse princípio é dirigido ao juiz para garantir a boa efetividade de outros princípios. Sabe-se que o aplicador do Direito (juiz) tem certa discricionariedade para tomar sua decisão, discricionariedade essa dentre dos limites da lei, frisa-se!. Assim, se houver descompasso entre a decisão e a sua motivação, haverá afronta à própria Constituição.

⁷ JUNIOR, Nelson Jorge. **O princípio da Motivação das decisões judiciais**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP. Acessado em 11/11/2014.

⁸ JUNIOR, Nelson Jorge, *Op. cit.*

O processo justo somente será atendido quando as decisões judiciais considerarem todas as particularidades da causa, refletindo em sua fundamentação a observância de todas as garantias mínimas que o compõem.

Com efeito, as decisões judiciais têm que estar nitidamente bem fundamentadas (inciso IX do artigo 93 da CF) não permitindo que os aplicadores do direito, nesse caso os juízes, fundamentem de qualquer maneira, sem critérios, de forma descomprometida das discussões levantadas pelas partes processuais. Não interessa apenas que haja uma coesão abstrata entre a decisão e a fundamentação, como se o julgado (sentença) fosse algum texto independente. A fundamentação de que trata o comando do artigo 93, IX, da CF, tem que ser coerente entre o que se decide e todo arcabouço processual, com todas as peculiaridades.

A necessidade de fundamentar as decisões cabe a todos os juízes, inclusive aos ministros do Supremo Tribunal Federal. Essas breves considerações sobre a competência da Suprema Corte, as disposições concernentes à Súmula Vinculante e sobre a fundamentação das decisões será de suma importância nos capítulos à frente.

3 TEORIA DA KATCHANGA

3.1 CONHECENDO A ANEDOTA

A Teoria da Katchanga é uma anedota proposta pelo Juiz Federal e professor de Direito Constitucional George Marmelstein, este explica de forma bem clara, precisa e um tanto inusitada o que o frenesi Constitucional na pratica jurídica brasileira vem adotando a partir da introdução da Teoria dos Princípios de Robert Alexy, e explicitando especificamente a questão da falta de fundamentação sólida e objetiva, a falta de argumento jurídico no sopesamento ou ponderação da colisão dos princípios.

Essa anedota conta a história de um homem rico, que vai até um belo cassino e senta-se solitariamente numa das mesas.

Observando que tal homem estava sozinho, o dono do cassino viu ali uma bela oportunidade de ganhar um bom dinheiro, e imediatamente perguntou se ele queria jogar alguma coisa, apresentando-o vários jogos, mas o homem rico foi firme e disse que nenhum dos jogos é do seu interesse, que só joga a Katchanga.

Posteriormente, com intenção de ganhar muito dinheiro do homem rico, o dono do cassino procurou por todos os crupiês se conheciam a tal da Katchanga, mas nenhum conhecia, como era perspicaz, o dono do cassino ordenou que todos os crupiês jogassem a tal da Katchanga e aprendesse esse misterioso jogo para poder ganhar o dinheiro desse pote de ouro (homem rico).

Já no inicio do jogo, o homem rico gritou: Katchanga!. E levou todo o dinheiro da mesa, e isso se sucedeu por várias e várias rodadas. Os crupiês nada entenderam e não sabiam como era as regras desse jogo.

Depois de perder várias vezes, um deles pensou e gritou mais rápido que o homem rico, e imediatamente berrou em alta voz: Katchanga!!!. Quando o crupiê já estava recolhendo a bolada que supostamente teria ganhado, inusitadamente o

homem rico disse: Calma, espera um pouco, eu tenho a Katchanga Real, e assim levou todo o dinheiro.

Com toda essa alegoria, tenta-se de forma bem simples e eficiente, explicar o quem está acontecendo com a implantação de forma distorcida da Teoria dos Princípios de Robert Alexy, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal. Onde ninguém sabe ao certo como são as regras dos jogos, e quem dita as regras é o homem rico (STF) que só sabe jogar a bendita Katchanga.

Em seu artigo intitulado Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga⁹, o Juiz Federal Geroge Marmelstein, sintetiza os pontos principais da teoria de Alexy:

“(a) em primeiro lugar, a ideia de que os direitos fundamentais possuem, em grande medida, a estrutura de princípios, sendo, portanto, mandamentos de otimização que devem ser efetivados ao máximo, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas que surjam concretamente;

(b) em segundo lugar, o reconhecimento de que, em um sistema comprometido com os valores constitucionais, é frequente a ocorrência de colisões entre os princípios que, invariavelmente, acarretará restrições recíprocas entre essas normas (daí a relativização dos direitos fundamentais);

(c) em terceiro lugar, a conclusão de que, para solucionar o problema das colisões de princípios, a ponderação ou sopesamento (ou ainda proporcionalidade em sentido estrito) é uma técnica indispensável;

(d) por fim, mas não menos importante, que o sopesamento deve ser bem fundamentado, calcado em uma sólida e objetiva argumentação jurídica, para não ser arbitrário e irracional”.

⁹ LIMA, George Marmelstein. Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3222, 27 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21646>>. Acesso em: 10 out.2014

Segundo o autor, os itens a, b e c já estão bem difundidos na praxe jurídica e aplicadas de forma correta segundo a teoria proposta por Alexy, o que se vem questionar é o que está baseado no item “d”.

Sem dúvida, a técnica de ponderação, sopesamento dos princípios que entram em colisão e a falta de argumentação jurídica, no que tange a escolha desse ou de outro princípio, é mais observável na Suprema Corte.

Como se percebe, a Corte Máxima tem amplas atribuições, abarcando quase que todos os assuntos disciplinados pelo Poder Judiciário, pois como a Constituição é do tipo analítica e trata de vários assuntos, assim também é essa Corte.

Diante disso, faremos análise dos princípios da proporcionalidade de razoabilidade.

3.2 PRINCÍPIOS

Antes de adentrarmos sobre a especificação dos princípios, faz necessário trazer seu conceito, portanto, princípio vem do latim *principium* e tem significação variada, podendo dar a ideia de começo, início, origem, ponto de partida, ou, ainda, a ideia de verdade primeira, que serve de fundamento, de base para algo.

Segundo Robert Alexy, os princípios seriam normas que prescrevem um *mandamento de otimização*, podendo o preceito ser cumprido em diversos graus de intensidade, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Como já ressaltado, princípio é norma, sendo considerado o elemento central da ordem jurídica, assim considerado por representar valores escolhidos pelo povo, tendo como característica marcante a normatividade e o poder de abranger um serie indefinida de situações.

Convém observar que os princípios não são usados automaticamente quando temos uma transgressão jurídica, pois estes têm alto grau de generalização,

diferentemente das regras, os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras.

Os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema de fontes, como é o caso dos princípios constitucionais.

Mônia Hennig Leal vem reforçar a ideia exposta:

“Ressalte-se que os princípios desempenham a importante função de conferir unidade normativa a todo o sistema jurídico, eis que se impõem como diretivas tanto para a interpretação de toda e qualquer norma legal quanto para a ação de todos os entes estatais, e por isso, a sua ação é de cunho positivo. Além disso, possuem uma função negativa, pois servem de limite ao não permitir que se criem limitações excessivas a determinados direitos fundamentais, nem como ao impedir que se criem normas contrárias ao conteúdo neles previsto”¹⁰.

Celso Antonio Bandeira de Melo, afirma que violar um princípio traz gravidade enorme comparado com a violação de uma norma, pois a quando se violar um princípio significa que está ofendendo não apenas um mandamento obrigatório, mas todo um sistema de comando.

É mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra¹¹.

Sabe-se que os princípios não têm desempenho apenas de informar dentre do arcabouço jurídico, pois também são normas como capacidade de tutelar pretensões por parte do titular da coisa pública (o povo), de modo que não é incabível a ideia de decisões conservadoras por parte dos tribunais que negam os princípios constitucionais o seu verdadeiro papel no ordenamento jurídico.

Os princípios têm função sistematizadora no ordenamento jurídico, sabe-se também que exercem primazia formal e material sobre as regras jurídicas, delimitando limites e impondo padrões à ordem jurídica vigente. Importa destacar

¹⁰ LEAL, Mônia Hennig. **A constituição como princípio – os limites da jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Manole, 2003.

¹¹ MELLO, Celso Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 307.

também a função de norte para a elaboração das regras jurídicas. De acordo com o Supremo Tribunal Federal,

a superação de antagonismo existente entre princípios e valores constitucionais há de resultar da utilização de critérios que permitam ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e Tribunais), ponderar e avaliar, “hic et nunc”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito concorrente, desde que, no entanto, (...) a utilização do método de ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente. (ADI 3540 MC/DF, rel. Celso de Mello, 1º.9.2005).

Para Humberto Ávila¹²,

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”

Ávila revela, por sua vez, ainda,

a *força normativa dos princípios*: a ideia de que princípios são normas com força *prima facie* que irradiam uma força provisória eventualmente dissipável em razão de princípios contrários não é, na visão dele, um elemento *constitutivo* dos princípios. A eficácia *prima facie* dos princípios não é uma propriedade necessariamente presente em todos os tipos de princípios, nem é definitiva deles. As teorias tradicionais (Alexy e Dworkin) sustentam que princípios são aplicados mediante ponderação, sendo esse modo de aplicação caracterizado num balanceamento entre princípios o critério que os distingue das regras (aplicadas por subsunção)¹³.

Ávila entende que isso não é característica *essencial* dos princípios,

a afastabilidade por razões contrárias é elemento apenas *contingente* deles. Primeiro porque, para ele, ponderação (no sentido de sopesamento de razões, que é o que ele adota) está presente na interpretação de qualquer tipo de norma. Além disso, a ponderação de princípios pressupõe concorrência horizontal entre eles e nem todos os princípios mantêm relações paralelas entre si. Aliás, nem todos os princípios exercem a mesma função (muitos princípios mantêm relação de complementariedade), se situam no mesmo nível (pode haver relação de subordinação entre princípios, com sobreprincípios e subprincípios) ou têm a mesma eficácia (princípios podem ter eficácia bloqueadora,

¹² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85

¹³ Ávila, Humberto. *Op. cit.*, 2012

integrativa, interpretativa ou rearticuladora). Tudo isso demonstra que o modo de aplicação dos princípios não é *necessariamente* a ponderação. Além disso, há princípios que são fundamentais ou estruturantes, que deverão ser sempre observados e não poderão ser afastados por razões contrárias. Princípios como o princípio federativo, o da separação de poderes, o do devido processo legal, o da igualdade, o da segurança jurídica não podem ter observância gradual; a incapacidade de afastamento deles se dá não em razão de uma “dimensão de peso”, mas por conta da própria natureza. São princípios melhor caracterizados como “condição estrutural” sem o qual não é possível afastá-los no caso concreto ou aplicá-los por um juízo de compatibilização gradual porque eles têm de necessariamente orientar a organização e a atuação estatal. Logo, *apoderabilidade*, no sentido de capacidade de afastamento, não é elemento essencial, mas apenas contingente dos princípios; há princípios carecedores de ponderação, como há princípios fechados a ele¹⁴.

Desta feita, princípios são normas com alto grau de indeterminação (como já ressaltado anteriormente), são mandamentos finalísticos com um alto grau de generalização material sem consequências específicas previamente determinadas.

3.3 DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

Se faz necessário apresentar um panorama histórico no que diz respeito a proporcionalidade e razoabilidade, sendo um fator de suma importância para o entendimento da utilização destes instrumentos interpretativos pela Suprema Corte.

Em 1950, a Corte Constitucional Alemã, desenvolveu a regra da proporcionalidade, esse método de interpretação foi criado para a aplicação dos direitos fundamentais, sendo aplicado pelos entes estatais, implicando dizer que a promoção e realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica necessariamente a restrição de outros interesses/direitos fundamentais.

De acordo com a doutrina alemã defendida por Robert Alexy, ela seria composta por três sub-regras, a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade* em sentido estrito. Adequada seria a medida capaz de fomentar, e não obrigatoriamente atingir determinado fim; necessária, aquela que, quando comparada a outras tão eficazes quanto, restringisse em menor escala o direito

¹⁴ Ávila, Humberto. *Op. cit.*, 2012

fundamental violado; e proporcional em sentido estrito a medida que promovesse a realização de um direito fundamental mais importante que o que com ele colide¹⁵.

No sistema jurídico brasileiro, podemos encontrar vários doutrinadores defendendo as mais variadas formas de interpretação no que diz respeito a proporcionalidade e razoabilidade.

Essa falta de consenso reflete diretamente na aplicação do direito em casos específicos pelo Poder Judiciário, notadamente na Suprema Corte. A respeito desse tema, o presente trabalho não tem o condão de criticar as decisões em si dessa Corte, mas tão somente a falta de fundamentação ou parâmetro de escolha deste ou de outro princípio. Não se tem uma linha de escolha no sopesamento dos princípios, não há fundamentação adequada neste confronto de princípios.

O grande problema enfrentado é na necessidade de fundamentar e argumentar objetivamente e decidir com nítida transparência, esse é um dos pontos bastante negligenciados pelos aplicadores do direito (leia-se STF).

O problema todo é que não se costuma enfatizar adequadamente o sopesamento, onde este deve ser bem fundamentado, calcado em uma sólida e objetiva argumentação jurídica, para não ser arbitrário e irracional. Lembrando que esse é um dos itens proposto por Robert Alexy.

Como diz o Juiz Federal Geroge Marmelstein, costuma-se gastar muita tinta e papel para justificar a existência da colisão de direitos fundamentais e a sua consequente relativização, mas, na hora do pega pra capar, esquece-se de fundamentar consistentemente a escolha. Por isso, todas as críticas que geralmente são feitas à técnica da ponderação – por ser irracional, pouco transparente,

¹⁵ “Segundo a definição básica da teoria dos princípios, princípios são normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica, quanto fática. Princípios são nesses termos mandatos de otimização (Optimierungsgebote). Assim eles podem ser satisfeitos em diferentes graus. (...) As colisões de direitos fundamentais devem ser consideradas segundo a teoria dos princípios, como uma colisão de princípios”. Alexy, Robert. Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, traduzida por Gilmar Ferreira Mendes, em 10.12.98. p.11.

arbitrária, subjetiva, antidemocrática, imprevisível, insegura e por aí vai – são, em grande medida, procedentes diante da realidade brasileira¹⁶.

Estamos vivendo a era da Teoria da Katchanga, pois aqui ninguém sabe ao certo quais são as regras do jogo. Onde quem dá as cartas é quem define quem vai ganhar, sem precisar explicar os motivos, sem fundamentar adequadamente suas decisões.

Daniel Sarmiento¹⁷, afirma que:

“muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloqüentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser”.

Não estamos aqui para criticar o sopesamento dos princípios em si, pelo contrário, a crítica reside na falta de critérios de escolha de alguns princípios em detrimento de outros e pela falta de fundamentação desta escolha.

¹⁶ LIMA, George Marmelstein. Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga. **Jus Navigandi**, Teresina

¹⁷ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lúmen Juris, 2006, p. 200

4 CASOS ESPECÍFICOS DE KATCHANGA

O autor Virgílio Afonso da Silva em seu texto intitulado “O Proporcional e o Razoável”, traz a baila alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal que utilizando-se do argumento que os direitos fundamentais podem de certa forma serem relativizados, isso com fundamento no princípio da proporcionalidade, invariavelmente desclassificou/invalidou o ato questionado sem clarear de forma objetiva porque tal ato seria desproporcional.

4.1 STF, ADI 855-2/DF

Essa Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta pela Confederação nacional do Comércio, contra a Lei 10.248, do Estado do Paraná e julgada em julho de 1993. O preceito legal em discussão obrigava que todos os comerciantes que vendiam botijão de gás, teria que fazer a pesagem na frente do consumidor, sendo que, caso a quantidade de gás fosse inferior à estipulada, o consumidor teria direito de receber o preço proporcionalmente abatido ou poderia ser ressarcido com a diferença do preço do produto novo.

Assim dispunha a Lei 10.248:

“Art.1º. É obrigatória a pesagem, pelos estabelecimentos que comercializam – GLP – Gás Liquefeito de Petróleo, à vista do consumidor, por ocasião da venda de cada botijão ou cilindro entregue e também do recolhido, quando procedida a substituição.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no “caput” deste artigo, os Postos revendedores de GLP, bem como os veículos que procedam à distribuição a domicílio, deverão portar balança apropriada para esta finalidade.

Percebe-se que a referida norma está de acordo com o princípio da defesa do consumidor, previsto no texto Constitucional. Nas palavras de George Marmelstein:

“certamente não deve ter sido fácil aprová-la (lei em comento), em razão do lobby contrário dos revendedores de gás. Mesmo assim, a defesa do consumidor falou mais alto, e a lei foi aprovada pela Assembléia Legislativa, obedecendo formalmente a todas as regras do procedimento legislativo”.¹⁸

¹⁸ LIMA, George Marmelstein. *Op. cit.*

Virgílio Afonso da Silva, em seu artigo O Proporcional e o Razoável¹⁹, afirma:

“No exame da adequação deve-se indagar simplesmente se a medida empregada promoveria a defesa do consumidor. Com base em parecer do INMETRO, afirmou-se que não. Em primeiro lugar, porque o tipo de balança necessária para a pesagem seria extremamente sensível, desgastando-se facilmente, o que poderia acarretar desregulagem. Em segundo lugar, porque a pesagem impediria que o consumidor adquirisse o botijão em local distante do veículo, como é feito freqüentemente. Nenhum dos argumentos é, contudo, suficiente para decretar a inadequação da pesagem para a proteção do consumidor. Se a balança desregula-se facilmente, basta que haja controle por parte do poder público. E o fato de o consumidor ter que andar até o veículo para acompanhar a pesagem pode até ser considerado incômodo, mas não altera em nada a efetividade da medida. A medida pode, portanto, ser considerada adequada para promover a defesa do consumidor, porque fomenta a realização dos fins visados”.

Faremos uma pequena análise e bem sucinta dos argumentos defendidos pelos Ministros do STF para dizer que a lei do Estado do Paraná era inconstitucional.

O Ministro Sepúlveda Pertence, considerou que o Estado do Paraná não tinha competência para legislar sobre o assunto, assim aduziu:

“De sua vez, os esclarecimentos de fato – particularmente a manifestação do INMETRO, do Ministério DAC Justiça, são de múltipla relevância para este julgamento liminar. Eles servem, de um lado - como proficientemente explorados na petição – não só para lastrear o questionamento da **proporcionalidade ou da razoabilidade** da disciplina legal impugnada, mas também para indicar a conveniência de sustar - ao menos, provisoriamente - as inovações por ela impostas, as quais, onerosas e de duvidosos efeitos úteis – acarretariam danos de incerta reparação para a economia do setor, na hipótese – que não é de afastar – de que se venha ao final a declarar a inconstitucionalidade da lei”.(destaquei)

Percebe-se claramente que o ministro em seu voto usa o argumento da proporcionalidade e razoabilidade, porém não a explica, deixando de lado a argumentação concisa e coerente do que tanto falamos em capítulos anteriores. Aqui há nítida violação ao princípio da fundamentação das decisões, não há argumento claro e preciso do que seria essa “proporcionalidade e razoabilidade”.

¹⁹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais 798, 2002

Até aqui enfrentamos diversos temas para podermos entender tais julgados, analisando de forma criteriosa o julgamento da ADI 855-2 DF, cristalina é o choque de princípios em questão. De um lado o princípios que diz respeito à defesa do consumidor, do outro, o princípio da medida ser desarrazoada aplicada pelo Estado.

Conforme já delineado, para poder enfrentar tal choque de princípios, usa-se o critério de sopesamento, conforme ensinamentos de Robert Alexy. Como já exposto em capítulos anteriores, não custa nada lembrar no que consiste a Teoria dos Princípios do autor, de forma sucinta temos as seguintes premissas:

a) os direitos fundamentais possuem, em grande medida, a estrutura de princípios, sendo, portanto, mandamentos de otimização que devem ser efetivados ao máximo, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas que surjam concretamente;

(b) o reconhecimento de que, em um sistema comprometido com os valores constitucionais, é frequente a ocorrência de colisões entre os princípios que, invariavelmente, acarretará restrições recíprocas entre essas normas (daí a relativização dos direitos fundamentais);

(c) para solucionar o problema das colisões de princípios, a ponderação ou sopesamento (ou ainda proporcionalidade em sentido estrito) é uma técnica indispensável;

(d) o sopesamento deve ser bem fundamentado, calcado em uma sólida e objetiva argumentação jurídica, para não ser arbitrário e irracional.

Vislumbramos que esse último ponto não foi observado no julgamento da ADI, portanto, no sopesamento desses princípios, não houve uma criteriosa argumentação jurídica, em outros termos, o julgamento seria assim: a proporcionalidade está consagrada na constituição; a ADI em comento não está dentro dessa exigência; o ato questionado é inconstitucional e ponto final.

Vê-se aqui, que houve uma Katchanga! O Supremo Tribunal Federal reputou a lei inconstitucional por ser irrazoável e não proporcional. Pergunta-se: Quais os

critérios de proporcionalidade foram violados? Nunca saberemos, pois o STF não disse e não tem julgado nesse sentido.

4.2 ADI no. 4.227 e a ADPF n°. 132

Trata-se da Ação Direta de Constitucionalidade que diz respeito ao reconhecimento da União Homoafetiva como União Estável. As ações foram ajuizadas na Corte Maior pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

A (ADI) 4.277 buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro²⁰.

Antes de adentrarmos na análise desse julgado, cumpre lembrar que a presente crítica não tem o condão de discutir o mérito da matéria tratada, haja vista que este simples trabalho acadêmico não possui a profundidade exigida para tal discussão. Para deixar mais claro ainda, o presente não tem o objetivo de dizer se aquele ou esse grupo teria direito ou não, apenas analisaremos a decisão no que tange a parte jurídica.

Nos últimos anos, vem predominando no nosso ordenamento jurídico, um ativismo bem acentuado por parte do Supremo Tribunal Federal, onde muitas

²⁰ No site do STF poderá encontrar a decisão na íntegra. www.stf.jus.br

demandas são tratadas, demandas por maioria das vezes difíceis de resolver, que são intituladas de “*hard cases*”.

Não obstante a receptividade por parte da mídia da decisão do Supremo Tribunal Federal, e também de uma parcela da opinião pública brasileira, iremos ousar em fazer de forma muito breve e concisa algumas críticas a essa decisão.

O STF deu ampla interpretação ao artigo 226, § 3º da Constituição Federal, preceitua que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

No julgamento, a Suprema Corte com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, deu **interpretação conforme a Constituição** para admitir outras formas de entidade familiar, sendo que na redação do dispositivo não está expresso que a **união estável é apenas** formada por homem e mulher. (Esses foram um dos argumentos dados pelos ministros)

Se analisarmos o preceito Constitucional através de uma interpretação literal, lógica, sistemática, teleológica e histórica, perceberemos que legislador constituinte **apenas** deixou claro que a união estável é àquela formada entre homem e mulher, aceitando ainda como entidade familiar àquela formada por um pai e seu filho, ou pela mãe e seu filho, mais em momento algum, a CF/88 mencionou a união entre pessoas do mesmo sexo.

Por dedução lógica, o constituinte originário não teve a intenção de reconhecer a união estável de pessoas do mesmo sexo.

A título de exemplo, apenas para argumentar, o citado artigo 226 § 3º, poderia ter sido alterado por Emenda Constitucional, a fim de reconhecer também a união estável entre pessoas do mesmo sexo, o que, contudo, não ocorreu.

Da análise do julgamento da ADI e com referencia no artigo Constitucional, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre os homossexuais ignorando um artigo da Constituição.

Há aqui uma nítida estrapolação de poder por parte da Suprema Corte. Segue entendimento de alguns autores:

“seria necessária uma revisão constitucional para reconhecer a validade jurídica das uniões homoafetivas ou, pelo menos, uma alteração legislativa, de modo que, de uma forma ou de outra, caberia ao parlamento e não ao judiciário decidir a matéria. Nesse sentido, qualquer equiparação judicial das relações homoafetivas às uniões estáveis entre homem e mulher fragilizaria o princípio democrático que exige que tais decisões sejam deliberadas na instância popular, de modo que o reconhecimento das uniões homoafetivas na esfera judicial provocaria “uma instabilidade institucional pela fissura provocada no texto da Constituição através de um protagonismo da Corte Constitucional”, gerando “um tipo de mal-estar institucional gravíssimo” (STRECK, OLIVEIRA & BARRETO, 2011)

Como bem já sabemos, cabe aos representantes do povo (Congresso Nacional) alterar o texto constitucional através de Emenda a Constituição, sendo que o STF está fazendo da Constituição Federal a sua imagem e semelhança, não fazendo a vontade povo, pois como dissemos acima, cabe apenas ao Congresso a mudança na Carta Maior.

Nesse julgamento emblemático, os ministros do STF usaram diversos argumentos para fundamentar essa Katchanga jurídica, dentre os quais, foi suscitado que o não reconhecimento daquela ADI seria uma forma de discriminação, ora, não cabe ao STF dizer se a procedência da ação é forma de discriminação ou não, cabe a essa Corte valer a Constituição. Só!

Aqui, esta Corte Maior foi extremamente ativista, onde substituiu o legislador nos juízos “político-morais”, não cabendo preencher possíveis lacunas na constituição, se admitirmos esse possível preenchimento, estaremos dando super-poderes a essa Corte, poderes ilimitados pra fazer o que bem entender. Katchanga!

Mais uma vez lembramos que a causa é justa e nobre, mas todos têm que seguir o império da lei, inclusive o próprio STF, portanto, essa causa tem que passar pelos canais democráticos, ter seu tramite natural no Congresso Nacional, e que a ele sim cabe emendar a Constituição.

Como diz Lênio Luiz Streck²¹, “o STF existe para interpretar a Constituição, não para reescrevê-la. Onze pessoas, mesmo as mais sábias, não têm legitimidade para decidir em lugar dos representantes de 195 milhões de brasileiros”.

Se não bastasse, o STF não se limitou tão somente a garantir a extensão de direitos, mas quis “emendar” a Constituição e substituir conceitos, invadindo atribuições do Poder Legislativo. Percebe-se que mudar conceito de termos já consolidados e inserir palavras na Constituição é algo extremamente grave e sério em face à segurança jurídica, autonomia do Legislativo e no próprio respeito à Carta Magna.

Entendemos que tem sim que enfrentar as discriminações, mas não deve por conta disse “passar por cima” de conceitos tradicionais, ir contra o Congresso Nacional e a maioria da população. Entendemos que o que já está consolidado não pode ser mudado por voto de um minúsculo grupo, mas através da consulta popular (Plebiscito e Referendo) ou de seus representantes (Deputados e Senadores).

O STF não pode ir além da Constituição, sendo que não tem legitimidade para falar o que a maior pensa ou quer. Pode-se com tais decisões trazer grandes prejuízos para todos. Uma coisa é certa, nesse caso, os fins NÃO justificam os meios.

²¹ STRECK, OLIVEIRA & BARRETO, 2011

4.3 SÚMULA VINCULANTE Nº 11

Trataremos nesse ponto de mais um caso de Katchanga oriunda do Supremo Tribunal Federal, analisaremos de forma detida os requisitos já tratados anteriormente para o “nascimento” de uma Súmula Vinculante, e a forma com a Súmula Vinculante nº11 adveio.

Primeiramente vale relembrar alguns detalhes já tratados anteriormente nesse trabalho. A Constituição Federal em seu art. 103-A, diz:

“O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após **reiteradas decisões sobre matéria constitucional**, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Parágrafo 1º. A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, **acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.**
(destaquei)

Algo interessante que precisamos saber, a súmula vinculante nº 11 advém **apenas de dois casos**, dos *Hábeas Corpus* nº. 84.429 e 91.952. Onde o primeiro trata de prisão em flagrante efetuada pela Polícia Federal, fato que os ministros decidiram que a imagem do acusado foi exposta sem necessidade, o segundo, trata da anulação do Tribunal do Júri realizado na cidade de Laranjal Paulista, interior do Estado de São Paulo, em que o réu ficou todo o julgamento algemado e, ao final, foi condenado por homicídio qualificado.

Dispõe a Súmula Vinculante nº 11, que

“só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do

agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

A súmula vinculante acima transcrita tutela os princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção da inocência, dentre outros direitos e garantias fundamentais, onde no choque desses princípios com o princípio da segurança jurídica, e como critério de sopesamento desses valores, deveria resguardar a dignidade do preso.

Nestor Tavora²² faz duas críticas a essa súmula:

“A primeira é relativa a um indicativo de crise na aplicação do direito, haja vista que já existiam enunciados normativos no ordenamento jurídico brasileiro que disciplinavam o uso de algemas e que não eram respeitados como deveriam. É que na prática, que uma súmula é reputada de obrigatoriedade superior à dos enunciados legislativos e constitucionais. Em outras palavras, para se cumprir o direito posto no Brasil, não seria necessária edição de súmula vinculante, se fosse bem compreendido o seu contexto jurídico.

A segunda observação é a de não serem atendidos os requisitos para a edição da própria súmula vinculante, isto é, **para que se justificasse a emissão da súmula vinculante sobre o uso de algemas, seria preciso que existisse reiteradas decisões sobre matéria constitucional, versando sobre a validade, a interpretação e eficácia de normas determinadas, acerca das quais houvesse controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarretasse grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica**, nos termos do art. 103-A., §1º, da Constituição do Brasil. (Destaquei)

Fazendo uma análise quando às questões objetivas de criação de súmula vinculante, vimos que esta depende de uma uniformidade nos julgamentos acerca de determinada matéria, capaz de sedimentar certa orientação jurisprudencial.

Em outras palavras, é preciso que exista um número significativo de demandas sobre a mesma questão jurídica, de modo a ensejar uma discussão dentro do próprio tribunal e posteriormente a um consenso, tornando-se pacífica.

²² TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. Salvador: JusPODIVM, 2013. p.557

Sob esse aspecto, a função da súmula tem como objetivo servir de orientação para futuras decisões, facilitando com isso a compreensão do direito e dando maior segurança e estabilidade ao sistema.

A questão do uso indiscriminado das algemas não era matéria recorrente no Supremo Tribunal Federal, mas em face da decisão proferida no HC 91.952-SP o STF impôs a proibição do uso das algemas no plenário do Júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à integridade física do réu e dos presentes, pois o uso das algemas é um simbolismo muito forte da culpa e do perigo da pessoa que está algemada.

Mesmo assim, esse (HC 91.952-SP) é um precedente e não configurou reiteradas decisões sobre questão idêntica, o que transgrediu um preceito objeto Constitucional.

No ano de 2008, a prisão do banqueiro Daniel Dantas, desencadeou uma acalorada discussão sobre o uso das algemas. Em sede de Habeas Corpus, os advogados do banqueiro, alegaram constrangimento ilegal que seu cliente havia se submetido.

Prisão de Celso Pitta, Daniel Dantas e Naji Nahas:



Prisão de Jader Barbalho:



Curioso é que logo após esses acontecimentos, o STF editou a súmula em questão.

Pois bem, o art. 103-A da CF, diz claramente que para uma súmula ser editada, **precisa haver reiteradas decisões** sobre matéria constitucional e que haja controvérsia judicial que gere insegurança jurídica.

Não há qualquer dúvida que apenas dois julgados se enquadraria em “reiteradas decisões” (pressuposto objetivo para criação da súmula) sobre matéria constitucional, não vislumbramos a necessidade dessa criação, vislumbramos sim, mais uma Katchanga da Suprema Corte.

Interessante trazer parte dos debates realizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal na Sessão realizada em 13/08/2008, a qual aprovou a edição da Súmula Vinculante nº 11 que teve como base os acórdãos supra referido, em especial o Habeas Corpus nº 91.952/SP, qual seja:

DEBATES E APROVAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ministro Marco Aurélio, ficamos, a partir da sessão passada, de discutir o tema do novo verbete vinculante sobre o uso de algemas.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhor Presidente, os Colegas estão lembrados que julgamos, na última assentada, o Habeas Corpus nº 91.952, e o Plenário, sem divergência, teve a oportunidade de assentar, naquele julgamento, na análise da matéria, que a utilização de algemas é sempre excepcional, sendo o último recurso diante da possibilidade real de fuga e da periculosidade do agente.

No habeas a que me referi, o pronunciamento do Tribunal foi adiante, alcançando o afastamento do cenário jurídico de um decreto condenatório, de uma decisão do Tribunal do Júri que implicara a condenação do acusado.

Encaminhei a Vossa Excelência um simples esboço de verbete vinculante para constar da súmula da jurisprudência predominante do Supremo. Evidentemente, esse esboço há de contar com a colaboração dos Colegas no sentido de aperfeiçoá-lo, de tornar realmente extremo de dúvidas que a utilização de algemas é exceção. A regra é ter-se, com as cautelas próprias, a condução do cidadão, respeitando-se, como requer a Constituição Federal, a respectiva integridade física e moral. Mencionei, Presidente, como referências, em primeiro lugar, o diploma primário, o diploma básico - a Constituição Federal -, aludindo ao artigo 1º, que versa os fundamentos da República e revela, entre esses, o respeito à dignidade humana. Também fiz alusão, sob o ângulo constitucional, a outra garantia: a garantia dos cidadãos em geral, dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no Brasil com respeito à integridade física e moral.

...omissis...

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - É importante ressaltar - a questão não está em jogo, mas tenho a oportunidade de dizer - que, quando nós discutimos esse tema da algema, na verdade, estamos apenas a focar um dos aspectos dos abusos.

O Ministro Celso de Mello acaba de mencionar decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a exposição de presos, que é um caso clássico da jurisprudência constitucional mundial. **Na verdade, quando estamos a falar hoje desta questão da algema, na prática brasileira, estamos a falar da aposição da algema para os fins de exposição pública**, que foi objeto inclusive de considerações específicas no voto do Ministro Marco Aurélio. De modo que é preciso que estejamos atentos. Certamente temos encontro marcado também com esse tema. A Corte jamais validou esse tipo de prática, esse tipo de exposição que é uma forma de atentado também à dignidade da pessoa humana. A exposição de presos viola a idéia de presunção de inocência, viola a idéia de dignidade da pessoa humana, mas vamos ter oportunidade,

certamente, de falar sobre isto. Neste caso específico, a aplicação da algema já é feita com o objetivo de violar claramente esses princípios. **Em geral, já tive a oportunidade de dizer, algemar significa expor alguém na televisão nesta condição, ou prender significa hoje algemar e colocar alguém na televisão.** De modo que é esta a questão que precisa ser de fato enfatizada, e ao Ministério Público incumbe a missão também de zelar pelos direitos humanos. É fundamental que ele coacte essas ações, inclusive propondo os inquéritos devidos, as ações penais de responsabilidade, se for o caso.

...omissis...

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Então é este o texto:

“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Analisando os debates supra destacados, não restam dúvidas de que alguns acórdãos não são reiteradas decisões sobre matéria constitucional e que a súmula vinculante nº 11 foi editada porque homens de “Poder” foram presos.

Assim, a Súmula Vinculante nº 11 foi editada pelo Supremo Tribunal Federal - STF no ano de 2008 como uma resposta a exposição na mídia de pessoas famosas, cuja exposição afronta a dignidade da pessoa humana dos presos famosos, mas também atinge a dignidade dos demais presos e cabe ao Poder Judiciário (próprio STF e os demais órgãos desse Poder) aplicar corretamente o texto da súmula do uso das algemas e estender o tratamento digno para todos os presos brasileiros.

Para a criação dessa súmula, não houve controvérsia entre órgão do poder judiciário que acarretasse grave insegurança jurídica, tampouco houve multiplicação relevante de processos sobre questões idênticas, e muito menos afronta à Constituição no que se refere a validade, interpretação e eficácia.

Essas são as críticas ao Supremo Tribunal Federal, não há nenhuma dúvida que essa Corte é de extrema importância para todo o sistema, não há dúvida também que qualquer julgamento “errado” poderá trazer inúmeros transtornos para todos. Com os casos analisado vemos o STF passou por cima da Constituição,

fazendo uma verdadeira Katchanga. É como a anedota apresentada no início do presente trabalho, ninguém sabe ao certo as regras do jogo, quem define as regras é o que ganha, sempre. Abaixo a Katchanga!!

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos o quanto é importante a atuação do Supremo Tribunal Federal para a sociedade, e por essa importância é que se deve analisar os critérios imposto pela Constituição. É inegável que a Suprema Corte mais acertou que errou, porém, como analisado, esses erros vêm comprometer a estrutura e segurança do ordenamento jurídico.

Não se pode fechar os olhos para tais “aberrações” jurídicas, mas pelo contrário, tem-se que discutir cada vez mais os limites de atuação da Corte Maior, a necessidade desta de seguir o império da lei, como sabemos, a lei é para todos.

Oportuno destacar que existem muitos outros casos de Katchanga, porém pela limitação da presente pesquisa, nos centramos apenas nas expostas. Esperamos que o STF decida seus julgados de forma bem fundamentada, não bastando dizer, por exemplo, que “x” é “x” e ponto final. Queremos saber os fundamentos que levaram essa ilustre Casa a pensar e decidir dessa maneira, também queremos saber a regra do jogo, pois o que está em jogo não é a tese mais bonita ou a diversão do homem rico, o que está em jogo é toda uma sociedade, pois é a nós a finalidade de tudo.

Portanto, que esse homem rico divida as regras da Katchanga para todos, não vale apenas um ditar as regras, ele precisa também ser orientado pelas regras. Assim com as críticas expostas, tentamos fazer nossa parte. Abaixo a Katchanga!

6 REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais 798, 2002

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 6ª ed. atual. São Paulo: Renovar, 2002.

COSTA, Emilia Viotti da. **O supremo tribunal federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Ijupe, 2001.

JUNIOR, Nelson Jorge. **O princípio da Motivação das decisões judiciais**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP.

LEAL, Mônia Hennig. **A constituição como princípio – os limites da jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Manole, 2003.

LIMA, George Marmelstein. **Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Jus Navigandi, Teresina.

MELLO, Celso Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Metedo, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

SILVA, Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** - 36ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2013.

STRECK, Lênio; OLIVEIRA, Rafael Tomas de; BARRETO, Vicente de Paulo. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da**

instauração de um “terceiro turno da constituinte” In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: JusPODIVM, 2013.