

NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO – O CONFLITO DE NORMAS

Bruna Marques Carmo¹
Walter Francisco Sampaio Filho²
Nínive Daniela Guimarães Pignatari³

RESUMO

A justiça e a razoabilidade das decisões somente são alcançadas quando os princípios constitucionais de direito prevalecem como vigas mestras, afinal, o apego à letra da lei, não raro se mostra ineficaz; daí o poder e dever do operador do direito se valer dos mecanismos que estão a sua disposição na busca da justiça e da segurança jurídica. O presente artigo pretende chamar a atenção para uma questão ainda pouco examinada, a *nulidade parcial sem redução de texto*. Para tanto é introduzido neste trabalho um caso concreto em que incide sua aplicabilidade e traz à discussão o instituto do arrependimento posterior frente aos princípios constitucionais de direito. Utilizando-se do método dialético aplicado a pesquisa bibliográfica, será possível vislumbrar que, de acordo com a situação fática e os princípios constitucionais, a aplicação da nulidade parcial sem redução de texto deve prevalecer, tanto como meio para o controle de constitucionalidade, como para atender ao anseio social de JUSTIÇA.

Palavras-chave: Nulidade parcial sem redução de texto. Princípios constitucionais. Controle de constitucionalidade. Arrependimento posterior.

¹ Discente do 8º Período do Curso de Direito da UNIFEV – Centro Universitário de Votuporanga.

² Docente do Curso de Direito da UNIFEV - Centro Universitário de Votuporanga.

³ Docente do Curso de Direito da UNIFEV – Centro Universitário de Votuporanga.

INTRODUÇÃO

Este artigo visa abordar a técnica da *nulidade parcial sem redução de texto*, dada sua eficácia no controle constitucional de normas incompatíveis. Não raro, o intérprete do direito se vale da pura e simples aplicação do texto legal, o que constantemente se demonstra ineficaz à justiça e à expectativa social.

Contudo, já triunfa a idéia de que para fazer justiça existe a necessidade da interpretação da norma como um todo, buscando os fins e especialmente os fundamentos da norma, com objetivo de proporcionar sua aplicação razoável. Isto quer dizer que o intérprete deve se valer simultaneamente da interpretação histórica, racional, sistemática e teleológica. Afinal, se fosse suficiente a aplicação literal do direito positivado, uma máquina poderia se enquadrar um fato à norma legal, e o conflito estaria resolvido.

Por essa razão deve ser lembrada a Constituição Federal e especialmente seus princípios, por meio dos quais se resolvem conflitos normativos e especialmente evita-se a aplicação de normas injustas.

Por fim, o objetivo deste estudo é refletir e analisar o mecanismo de controle constitucional de nulidade parcial sem redução de texto em conjunto com o instituto do arrependimento posterior, para demonstrar a disparidade entre dispositivos e propor a inovação entre os operadores do direito na aplicação da norma.

1. O CASO DO FURTO DO MEL

Lênio Luiz Streck, procurador de justiça, em parecer na Apelação de nº. 70.018.891.119 à 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, trouxe à discussão a incongruência legislativa relativa ao arrependimento posterior frente aos princípios constitucionais de direito, na análise da prática de furto qualificado imputada a três agentes, os quais confessaram e

ressarciram a vítima dos prejuízos. Neste sentido, expõe-se a ementa do parecer supramencionado:

FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES – ART. 155, §4, IV, DO CÓDIGO PENAL. Reparação do dano antes do recebimento da denúncia. Aplicação analógica das disposições da Lei n.º 9.249, Lei n.º 10.684 e Súmula 554 do Supremo Tribunal Federal. Nulidade Parcial sem redução de texto (Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung). Extinção da punibilidade. Prejudicada a análise dos pedidos defensivos.

Na íntegra do parecer em comento consta que no ano de 2007 três indivíduos em comunhão de esforços e acordo de vontades, subtraíram 15kg de mel de abelha, 2 caixas de abelha modelo simples e 1 caixa de sistema de caixilhos, avaliados em R\$290,00.

Os réus foram condenados a pena privativa de liberdade de 2 anos de reclusão e a pena pecuniária de 10 dias -multa, a qual foi convertida em pena restritiva de direitos, a prestação de serviços a comunidade. Inconformados com a decisão, dois dos réus apelaram, um deles pleiteou a absolvição e subsidiariamente a desclassificação delitiva e a consequente revisão da pena, o outro pleiteou apenas a absolvição.

O procurador em seu parecer invocou o princípio da insignificância, pela ausência de violência na conduta dos agentes e, com isso, opinou pela absolvição. Demonstrou a total desproporcionalidade na condenação pela prática do crime de furto qualificado mediante o concurso de agentes, com o fundamento já mencionado, de que os réus, em fase extrajudicial, confessaram a conduta e ressarciram a vítima dos prejuízos.

Em exame, o procurador salientou que restou demonstrada a incongruência na aplicação do arrependimento posterior, em comparação a infrações de natureza mais grave, tal como na sonegação fiscal, a qual prevê a extinção da punibilidade se houver pagamento do valor sonegado antes do recebimento da denúncia. Em seus argumentos, o ilustre procurador demonstrou ser evidente a violação ao princípio constitucional da igualdade, sugeriu a aplicação da nulidade parcial sem redução de texto, para ser extinta

NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO – O CONFLITO DE NORMAS

a punibilidade, bem como a aplicação por analogia do artigo 34 da Lei 9.249/95, artigo 9º, §2º da Lei 10.684/03 e da Súmula 554 do STF.

Da prestação jurisdicional não era esperada outra resposta, senão absolvição dos réus, assim segue a ementa:

APELAÇÃO CRIME. FURTO. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. Afastada a tipicidade. Absolvição com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Artigo 580 do Código de Processo Penal. Réu não-apelante absolvido. Estendido ao réu não-apelante. **APELOS PROVIDOS.** (TJRS 5ªCCr Ap. 70.018.891.119 - Des. Genacéia da Silva Alberton. Julgado em 09/05/2007).

Do caso exposto, notória é a necessidade de inovação do Poder Judiciário ao se deparar com normas conflitantes e contrárias aos fins da Lei Maior. Isto porque, a ele incumbe estabelecer a segurança jurídica e razoabilidade nas decisões. Além do mais, torna-se evidente a problemática da inconstitucionalidade de leis.

2. A NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO

A nulidade parcial sem redução de texto é uma técnica de decisão interpretativa aplicável a determinado fato que não pode ser interpretado à luz da norma que em princípio o regulamentaria, pois tal interpretação afronta princípios constitucionais.

Para argumentar, destaca-se o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes (1999, p.286 apud, MEZZOMO, 2011, p.4):

[...] 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 estas 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).

Neste caso, firma-se a nulidade parcial do dispositivo em questão. No caso particular ele não será aplicado, mas o texto não será reduzido do

ordenamento jurídico. Pedro Lenza (2009, p.238) ao abordar o assunto, esclarece que “[...] a mácula da inconstitucionalidade reside em uma determinada aplicação da lei, ou em um dado sentido interpretativo”. Com isso, se impõe a necessidade de adoção deste mecanismo em determinados casos, como no furto do mel, já que a interpretação literal do texto legal, sem observância as particularidades do fato, se mostra totalmente desproporcional, além de inconstitucional.

No furto do mel, vislumbra-se a aplicação da nulidade parcial sem redução de texto, o que abrange inegavelmente diferentes aspectos, quais sejam, a justiça e razoabilidade da decisão, a busca da segurança jurídica, o controle de constitucionalidade e em especial a observância aos princípios basilares do direito. Além disso, restou evidente a desproporcionalidade legislativa em relação ao instituto do arrependimento posterior, o que ensejou a aplicação da técnica ora em estudo e especialmente a aplicação da analogia in bonam partem. Esta é, pois, a problemática a ser discutida, a fim de que o aplicador do direito inove em suas decisões enquanto o legislador positivo não tomar suas providências.

3. O CONFLITO DE NORMAS

O arrependimento posterior previsto no artigo 16 do Código Penal se caracteriza como causa geral de diminuição da pena. Seu principal objetivo é estimular o ressarcimento dos danos nos crimes que não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça a vítima, até o recebimento da denúncia. É inclusive o que consta no item 15 da exposição de motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, Lei 7.209/84:

O Projeto mantém a obrigatoriedade de redução de pena, na tentativa (art. 14, parágrafo único), e cria a figura do arrependimento posterior à consumação do crime como causa igualmente obrigatória de redução de pena. Essa inovação constitui providência de Política Criminal e é instituída menos em favor do agente do crime do que da vítima. Objetiva-se, com ela, instituir

NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO – O CONFLITO DE NORMAS

um estímulo à reparação do dano, nos crimes cometidos “sem violência ou grave ameaça à pessoa”. (grifo nosso)

Tal benesse aplica-se aos crimes que não tenham sido praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, no entanto, revela total incongruência a outros dispositivos legais que tem o mesmo fim, a reparação do dano. Se não vejamos.

Disciplina a Lei 9.249/95 em seu artigo 34 que se extingue a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia. Trata-se, pois, dos crimes contra o a ordem tributária, e o objetivo da norma legal é evitar o dano ao patrimônio público, buscando a satisfação do débito tributário.

Atentando para este fato, é válido questionar se prevalece o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, ou seja, se a imposição da pena está realmente sendo usada como “*ultima ratio*”, afinal o Direito Penal deve atuar de forma subsidiária frente à ineficácia dos demais ramos do direito.

Ora, a finalidade do legislador em determinar sanção para a sonegação fiscal é a de corroborar a idéia de obrigatoriedade da contribuição fiscal, pelo dispositivo em questão, nota-se que o fim maior é o adimplemento da contribuição sonegada, já que, uma vez realizada, não mais persiste o motivo para o *jus puniend* do Estado.

O inconformismo prevalece pois normas com o mesmo fim atribuem soluções demasiadamente diferentes. As infrações penais que não tenham sido praticadas com violência ou grave ameaça à pessoa são passíveis de redução de pena, caso haja arrependimento posterior, enquanto na sonegação fiscal há extinção da punibilidade para aquele venha adimplir o valor sonegado antes do recebimento da denuncia.

Não há razão para prevalecer tratamento tão desigual entre o patrimônio particular e o patrimônio público. Aliás, a retribuição à conduta que afronta ao patrimônio público deveria ser mais rigorosa, por estar presente o interesse público.

É conclusiva a violação aos princípios constitucionais da igualdade e proporcionalidade. Neste sentido, leciona Pedro Lenza (2009, p.97):

[...] o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

A violação a estes preceitos basilares se mostra clara, o privilégio da extinção da punibilidade é concedido a crimes de maior relevância social, enquanto às infrações penais menos gravosas aplica-se o instituto do arrependimento posterior, que acarreta tão somente na diminuição da pena, quando o bem jurídico tutelado é o patrimônio particular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o conflito entre normas em relação à diminuição da pena e à extinção da punibilidade, resta ao operador do direito se valer dos métodos hermenêuticos que atendam aos preceitos constitucionais e proporcionem a justiça e razoabilidade das decisões. Evidente não bastará a simples aplicação da lei, será necessário buscar os fins sociais para aplicar ao caso concreto a solução adequada.

O meio para atingir tal finalidade é o que se propõe aqui, a nulidade parcial sem redução de texto, que vem abrir novos horizontes para vedar interpretações inconstitucionais e direcionar o juiz para uma solução que atenda as exigências do caso concreto e especialmente da Constituição Federal. No caso exposto, além da aplicação do mecanismo proposto, é também aplicada *analogia in bonam partem*, essencial para não acarretar uma resposta do Estado-Juiz absurda e desproporcional.

REFERÊNCIAS

ABI-ACKEL, Ibraim. **Exposição de motivos da nova parte geral do código penal**: Lei 7.209 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.ombadvocacia.com.br/acervo/LEIS/L7209_84.PDF>. Acesso em: 23 de maio de 2011.

BASTOS, Marcelo Lessa. Arrependimento Posterior e “extinção da punibilidade”. **Revista da Faculdade de Direito de Campus**. Ano II, n. 2, ano III, n.3. 2001-2002. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25383/arrependimento_posterior_extincao_punibilidade.pdf?sequence=1>. Acesso em 03 de maio de 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **Introdução ao controle de constitucionalidade, difuso e concentrado**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1005, 2 abr. 2006. Disponível em < <http://jus.com.br/revista/texto/8186>>. Acesso em: 17 de maio de 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº. 70018891119. Apelantes Ronei Nunes do Val e outro. Apelado Ministério Público. Relatora: Genacéia da Silva Alberton. Porto Alegre, 09 de maio de 2007. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70018891119&num_processo=70018891119&codEmenta=1886449&temIntTeor=true>. Acesso em: 23 de maio de 2011.

SOARES JUNIOR, Antonio Coelho. Reflexões sobre a extinção da punibilidade pelo parcelamento da dívida nos delitos fiscais. **Jus Navegandi**. Teresina, ano 14. n. 2102. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/12563>>. Acesso em 03 de maio de 2011.