

DOCTRINA

AS ENTIDADES FAMILIARES ANALISADAS SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O NOVO CÓDIGO CIVIL – ASPECTOS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS

Ana Carla Tavares Oliveira
Luciana da Costa Cavalcanti
Advogadas

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Princípios constitucionais e o direito de família. 3. Entidades familiares reconhecidas na Constituição Federal de 1988 – ampliação da concepção jurídica de família. 4. Interpretação. 4.1. Formas de interpretação. 4.2. Interpretação das normas constitucionais. 4.3. Constituição Federal de 1988, o novo Código Civil e a interpretação. 5. Do novo Código Civil e das entidades familiares. 5.1. Casamento. 5.2. União Estável. 5.3. Família Monoparental. 5.4. As entidades familiares e o novo Código Civil: realidade ou utopia? 6. Grupos familiares anômalos. 7. Conclusão.

1. Introdução

A organização da sociedade tem como pedra fundamental, a instituição da família. Nos dicionários da língua portuguesa, família, significa o grupo formado entre o pai, a mãe e os filhos. Esta aceção de família encontra respaldo legal no Código Civil de 1916, ocasião em que o legislador formulou teoricamente a família ideal, que seria a patriarcal, formada pelo homem, a mulher e os filhos, baseada, sobretudo, na autoridade institucionalizada do homem sobre a mulher e a prole no âmbito familiar.

Porém, com o progresso inevitável da humanidade, principalmente no que tange às relações do homem em sociedade, assistiu-se nas últimas décadas a mudanças irreversíveis. Uma destas mudanças, qual seja, a conquista por parte das mulheres, de espaços importantes, principalmente no aspecto profissional, acarretou consequências nos relacionamentos afetivos, refletindo nas relações

familiares, até então aparentemente seguras, imutáveis e intangíveis. A busca das mulheres por mais espaço, por mais respeito, enfim, pela igualdade de direitos, teve como sua mola mestra não apenas a insatisfação com a situação a qual era alçada, vivendo sob a pecha de ser inferior, de capacidades limitadas, sexo frágil, apenas preparada para as tarefas domésticas.

A situação econômica de insegurança e instabilidade, tão comum em nosso país, fez nascer a necessidade da mulher lutar pelo sustento da família fora de casa, juntamente com o homem. Aquele paradigma humilhante, imposto às mulheres durante muito tempo, revelou-se enfim, totalmente ilusório e sem consistência, haja vista a atual situação em que ela se encontra, mostrando-se competente e muito capaz para conciliar o trabalho fora de casa, muitas vezes sendo chefe de família; com os afazeres domésticos.

Com esta nova condição conquistada pela mulher, quebra-se de forma abrupta a autoridade exercida, em algumas sociedades de forma plena, do homem sobre a mulher e os filhos. “A realidade social já demonstrava há algum tempo a necessidade da mudança da concepção jurídica da família patriarcal, normalmente numerosa, hierarquizada e assentada, exclusivamente no casamento sob a chefia do marido”.¹

Os relacionamentos afetivos se modificaram de maneira tal, que a partir de determinado momento as uniões convencionais, foram perdendo espaço para os relacionamentos mais flexíveis, com homens e mulheres protagonizando um novo tipo de relação: vivem sob o mesmo teto, porém sem ser casados. É a denominada união estável, tratada legalmente pela Carta Magna.

Ainda sobre o casamento; antes constituído com o interesse precípua de procriação e no sentido de dar seguimento à família, vê-se atualmente regido por outros interesses além do da procriação: “O casamento deixou de ser um instituto preordenado à reprodução, para se constituir essencialmente em espaço de companheirismo e de camaradagem”, como defende Edenilza Gobbo.²

¹ Albuquerque Filho, Carlos Cavalcanti de. Influência da Constituição Federal de 1988 nas posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca das Entidades Familiares.

² Gobbo, Edenilza. A tutela constitucional das entidades familiares não fundadas no matrimônio.<www.jusnavigandi.com.br>.

O legislador constitucional vai além, e considera também um outro arranjo familiar, não mais apenas aquele formado pelo homem, mulher e filhos, mas também o constituído por qualquer dos pais e seus descendentes, a denominada família monoparental; que analisada à luz da Constituição, não é considerada como família, na acepção pura da palavra, mas sim designada como entidade familiar.

Com a união estável e a comunidade monoparental, incluída entre os ditames da Constituição Federal de 1988, no que tange ao Direito de Família, o legislador já se mostra mais maleável, pois, apesar de não erigir ambas à condição de família, já as considera existentes no mundo jurídico, porém, como entidades familiares.

À união estável coube ainda a prerrogativa de ser convertida em casamento, meio pelo qual passaria a ter o *status* de família propriamente dita, ou seja, àquela decorrente do casamento. Reconhece assim, de forma magistral, como entidade familiar, arranjos familiares tão prosaicos em nossa sociedade contemporânea, quais sejam a união estável e o núcleo formado por qualquer dos pais e seus descendentes, oferecendo a estas o privilégio de existir no mundo dos fatos, amparada pelo jurídico.

Art. 226, Constituição Federal.

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

§ 1º. *Omissis.*

§ 2º. *Omissis.*

§ 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.

§ 4º. Entende-se também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, *in* Revista do Ministério Público – Alagoas, n.6, ensina que “A menção a *entidade familiar* é feita no sentido de *núcleo familiar, família no mais estrito sentido da palavra*, abrangendo os mais diversos arranjos familiares, dentro de uma perspectiva pluralista, de respeito à dignidade da pessoa humana, com o

significado, segundo o nosso entendimento, de unidade integrada pela possibilidade de manifestação de afeto, através da (con)vivência, publicidade e estabilidade”.³

Edenilza Gobbo *in* A tutela Constitucional das Entidades Familiares não Fundadas no Matrimônio afirma que: “O Código Civil Brasileiro, datado de 1916, somente admitia como entidade familiar àquela instituída pelo casamento, livre de impedimentos e cumpridas as formalidades legais”.⁴

As rápidas transformações sociológicas e culturais pelas quais tem passado o mundo moderno, principalmente no que diz respeito à nova posição da mulher em todos os âmbitos da sociedade, estabeleceram novas formas de relacionamento entre os indivíduos, quebrando tabus e instigando a sociedade a buscar o amparo jurídico necessário à promoção da estabilidade social.

Ao lado da religião, das regras morais e dos costumes, o direito desempenha papel preponderante na regulação da vida em sociedade, tendo por isto, o dever de congregar em seu ordenamento, o maior número de possibilidades condizentes, obviamente, com a realidade social em voga. É imperioso que as normas jurídicas acompanhem as evoluções sociais, respeitadas as demais regras balizadoras das relações humanas, sob pena de se tornarem letra morta.

Por estas razões, entre outras, das quais não trataremos em virtude da especificidade do tema, tornou-se de necessidade primeira, a atualização do Código Civil de 1916, não apenas no ensejo de superação dos alicerces de caráter individualista, orientadores da sua elaboração, mas, mais ainda, com o horizonte de instruí-lo com institutos novos, reclamados pela sociedade contemporânea, no âmbito do Direito de Família. Essencial neste labor legislativo foi a busca da conciliação dos valores tradicionais com os imperativos do progresso, situação não alcançada de forma plena, em virtude do moralismo exacerbado, beirando muitas vezes, a hipocrisia.

³ Albuquerque Filho, Carlos Cavalcanti de. Famílias Simultâneas e Concubinato Adulterino. *Revista do Ministério Público - Alagoas*, n. 6, p.52., jul./dez. 2001.

⁴ Gobbo, Edenilza, op. cit., <www.jusnavigandi.com.br>.

A necessidade de legalização das demais relações afetivas existentes (união homossexual, concubinato adulterino); sejam elas designadas por família ou entidade familiar, ou qualquer outra denominação que venham a ter, é de urgente necessidade, vez que não é pelo fato de não existirem no mundo jurídico que elas deixarão de prosperar no mundo dos fatos. Não se quer com esta afirmativa, instigar na consciência de quem a lê, a idéia de que terá que ser legalizado todo e qualquer tipo de relacionamento, sem dar a menor importância às regras morais, também balizadoras da sociedade; como, por exemplo, a união entre mãe e filho, ou entre irmãos; o que não se admite é que, os direitos decorrentes daquelas relações, sejam colocados em segundo plano, não imperando desta forma a justiça e a segurança no meio social, funções essenciais do Estado.

As questões envolvidas nestas batalhas não dizem respeito apenas a determinação de ativos e passivos patrimoniais, mas também, e muito mais, à dedicação e comprometimento afetivo, à luta por ideais, a existências vividas em comunhão, que não podem, pelo fato de não constarem do mundo das leis, ficarem a mercê de qualquer amparo e respeito, ainda que reste reverenciado o dispositivo do diploma constitucional que reza: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”.⁵

2. Princípios constitucionais e o direito de família

A descoberta da percepção dos princípios no que se diz respeito ao direito, com normatividade, é atribuída a Crisafulli.⁶ Bonavides traz o conceito de Princípio nos seguintes termos:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam (...) estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

⁵ Art. 5º, XXXV, Constituição Federal 1988.

⁶ Bonavides, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.230.

A Constituição de 1988 produziu, no que diz respeito ao Direito de Família, uma notável mudança histórico-legislativa em suas bases de sustentação, isto porque afastou definitivamente os princípios da segurança e do individualismo, consagrados pelo Código Civil de 1916. Através dessa revolução fixou-se como princípios basilares o princípio da igualdade e da liberdade, como também os princípios específicos do Direito de Família, o do pluralismo das entidades familiares e da afetividade. Vale ressaltar que, os princípios supracitados são dispostos e informados pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana, sendo este incondicionalmente fundamental de acordo com a legislação pátria.

Anteriormente, o Estado valia-se da proibição e vedação para garantir o matrimônio, onde o mesmo era indissolúvel. O Estado impunha a necessidade da manutenção da família, que era tida como instituição de valor, não interessando ou importando os interesses particulares dos cônjuges. A mulher fora reduzida pelo legislador à vontade do marido, que chefiava o casal, inclusive no que diz respeito aos filhos.

Outra mudança significativa revelou-se também na forma de condução da educação daqueles, antes exercida sob a denominação de pátrio poder, e de maneira quase que exclusiva pelo homem, disposição esta, revogada com a promulgação da Carta Magna, que igualou o homem e a mulher em direitos e obrigações, de acordo com seu art.5º, I. Esta nova situação jurídica foi corroborada de forma veemente no art. 1.631 do Novo Código Civil, que entrará em vigor em janeiro de 2003, passando o pátrio poder, agora sob nova designação, o de poder familiar; a ser exercido em condição de equidade, pelo homem e pela mulher, consagrando desta forma a disposição constitucional a seguir transcrita.

Art.5º - Omissis

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Art.1.631, Novo Código Civil - Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Sob a proteção da Constituição, o princípio da liberdade, no âmbito do Direito de Família, apresenta-se atualmente consagrado na constituição da família, na manutenção do vínculo, e, mais veementemente na conquista da separação e do divórcio.

O Princípio da Igualdade somente veio ter valor após a entrada em vigor do Código Civil de 1916, onde houve, ao menos no aspecto formal, a equiparação entre os cônjuges, com o marco do Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121/62). Com a Constituição de 1988 partiu-se para uma liberdade formal ampliada, constatada no supracitado artigo 5º, inciso I, do diploma supremo.

É de se ressaltar o tratamento igualitário dado aos filhos havidos ou não na constância do casamento, como também aos filhos adotivos (art.227, §6º, CF), tratados obrigatoriamente como sujeitos passíveis de direitos a alimentação, educação, saúde, guarda, visita, entre outros. Tais mudanças ocorreram para atender às exigências de um processo evolutivo social, histórico, econômico e político. Em consequência desta evolução, verificou-se uma maior interação entre os cônjuges, destes com os filhos, do Estado com a entidade familiar e, conseqüentemente, desta com a sociedade.

A Carta Magna, ao consagrar o princípio do pluralismo das entidades familiares, onde são reconhecidas outras formas de constituição da família, rompeu com o dogma que durante anos perdurou, onde apenas o casamento era considerado como unidade familiar apta a receber o reconhecimento expresso e a proteção estatal. Este reconhecimento singular do casamento, imperou desde as nossas Ordenações do Reino até as Constituições do Império e as Republicanas, não vingando na Constituição atualmente vigente. Com o reconhecimento da união estável (art.226, §3º, CF) e da família monoparental (art.226, §4º, CF) se desfez de vez o aprisionamento da família à entidade do casamento. Apesar da Constituição trazer outras formas de entidade familiar, é nitidamente constatado que, o casamento continua a ser o referencial básico de constituição da família. Paulo Luiz Netto Lôbo relata ser a família legítima, o modelo preferencial na Constituição, não sendo sua adoção cogente, e sim induzida.⁷

No que se diz respeito à afetividade, esta traduz-se na forma de ser compreendido, assistido e ajudado financeiramente.

⁷ Lobo, Paulo Luiz Neto. **A repersonalização das relações de família.**
<www.teiajuridica.com.br>.

A afetividade, enquanto auto-ajuda, não se reporta como antes apenas ao aspecto econômico, mas também ao aspecto marital, de convivência, espiritual, de união e de assistência moral, destacando-se o caráter da reciprocidade. Segundo Paulo Lôbo:

A família convertendo-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômico-procracional para essa nova função. Esse fenômeno jurídico-social pode ser denominado tendência à repersonalização, valorizando-se os interesses da pessoa humana mais do que o patrimônio que detenham, nas relações de família.⁸

3. Entidades familiares reconhecidas na constituição federal de 1988 – ampliação da concepção jurídica de família

A partir da entrada em vigor da atual Constituição Federal (1998), notou-se uma mudança revolucionária, principalmente no que diz respeito à ampliação da concepção jurídica de família, antes restrita ao casamento. A referida Constituição, em seu art. 226, §§ 3º e 4º, traz expressamente o reconhecimento de entidades familiares não instituídas pelo matrimônio. Além da família decorrente do casamento, passou-se a admitir a união estável e a família monoparental ou unilinear como entidade familiar, legando igualmente proteção a estas, com isso abriu a perspectiva para a compreensão de outras entidades familiares implicitamente constitucionalizadas. É de se ressaltar que isto representou uma revolução, visto que, o reconhecimento da família sem casamento significou um rompimento do formalismo, característica esta intrínseca do direito privado clássico.

A legislação existente anteriormente a Constituição Federal de 1988 era insistente no casamento, na qual este era a única forma legalmente reconhecida de constituição de família. O Direito de Família incluía em seu texto apenas o estudo do casamento em seus diversos aspectos jurídicos, sem se preocupar com outras possíveis formas de constituição de família, em consequência desse conteúdo uno o Direito de Família era também denominado de Direito Matrimonial.

⁸ Lobo, Paulo Luiz Neto, *op. cit.*, <www.teiajuridica.com.br>.

As alterações trazidas pela Constituição Federal de 1988 não foram feitas por acaso, mas sim em consequência das modificações e desequilíbrio da realidade social regente, principalmente, a partir dos anos sessenta, onde aconteceram grande parte de movimentos feministas e libertários dos jovens, como também a revolução sexual. Em consequência desses movimentos houve uma importante atualização social do conceito de família no mundo ocidental, atingindo com isso a legislação posta.

A legislação pátria, até o momento em tese, era resistente às alterações no que se diz respeito às relações familiares, porém em razão da realidade existente na sociedade brasileira, os legisladores, aos poucos, foram se rendendo às mudanças.

Atualmente, nota-se a predominância de uma visão pluralista da família, abandonando o panorama limitativo. Independentemente do modo de sua constituição, a família descrita na Constituição de 1988 tem como objetivo primordial a satisfação pessoal dos partícipes numa comunhão de afeto, diferentemente do pensamento legislativo anterior, através do qual, os aspectos patrimonial, procracional e religioso eram dominantes. Segundo Maria Celina B. M. Tepedino:

A Constituição vigente concretizou a substituição da 'família instituição', tutelada em si mesma, cujos interesses pairavam acima ou contra os dos próprios partícipes, dentro do contexto da manutenção da unidade formal da família, para a 'família instrumento', voltada para o desenvolvimento da personalidade de seus membros.⁹

Com a modificação nas formas de constituição de família protegidas pelo Estado, no âmbito constitucional, refletiu nos posicionamentos jurisprudenciais, examinados principalmente a partir das decisões do Superior Tribunal de Justiça. O Judiciário não ficou alheio às modificações introduzidas pela Constituição, passando a tratar as outras formas de família em igualdade de condições com o casamento, no âmbito da proteção estatal. Com isso, a competência para esclarecimento dessas questões foi atribuída às varas especializadas de família.

⁹ Tepedino, Maria Celina B. M. <www.jusnavigandi.com.br>.

Dentre as constituições brasileiras, a que contém o maior e mais notável texto referente à família até os dias atuais é a Constituição Federal de 1988, onde esta consagra a valorização da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial, incluindo a mulher e os filhos como pessoas dotadas de liberdade. As constituições anteriores diferentemente defendiam uma família hierarquizada, onde esta era chefiada pelo homem, com a participação mínima da esposa e dos filhos existentes da relação.

Através da constituição em tese, a união estável passou a ter o privilégio de ter sua conversão em casamento facilitada, ou seja, a partir da Constituição de 1988, além da evolução legislativa e jurisprudencial, a união estável, desde que não concorra com o casamento, passou a ser reconhecida como relação válida, produzindo efeitos jurídicos, independentemente do direito obrigacional.

Na realidade, esta situação fática sempre existiu dentro da sociedade brasileira, necessitando pois, o legislador voltar-se mais atentamente aos reclamos que os casos concretos protestavam. Situações que se encontram fora das amarras legais do matrimônio, que resultam mesmo assim, na constituição da família, e por isso mesmo, requerem e merecem a devida preservação e amparo estatal. Sendo esta a preocupação do legislador constituinte ao tentar equipará-la ao casamento. De acordo com esta concepção está Carmem Lúcia Silveira Ramos quando diz que:

O casamento sempre conviveu, no Brasil, com outras situações de fato: a união não matrimonializada entre casais, freqüente desde o período colonial, e a família monoparental socialmente caracterizada pela figura da mãe solteira e da mulher que foi abandonada pelo companheiro.¹⁰

4. Interpretação

Os preceitos normativos são sempre abstrações da realidade, por isto, dificilmente abrangerão a interminável gama de situações que se lhes apresentam a amparar. Nasce assim, a arte da

¹⁰ Ramos, Carmem Lúcia Silveira. **Família Constitucionalizada e Pluralismo Jurídico**. <www.google.com.br>.

interpretação das leis, pela qual, se saberá se aquela situação em tela é pela lei, ora interpretada, acudida.

A hermenêutica ou exegese jurídica visa a interpretação da lei com o precípua objetivo de determinar seu verdadeiro alcance e sentido. Desta afirmativa infere-se que, no dizer de A. Machado Paupério: "O objeto por excelência da interpretação é desvendar o espírito da lei, a chamada *mens legis*".¹¹ Carlo Maximiliano ensina:

Interpretar uma expressão de direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta.¹²

Qualquer lei, por maior posição que alcance na escala hierárquica, está passível de interpretação. No dizer de Celso Ribeiro Bastos; "a interpretação é sempre indispensável, quer no texto constitucional quer nas leis em geral".¹³

De importância capital é compreender que o momento histórico (aspectos social, cultural e econômico) que emoldurava a época em que a lei foi elaborada, pode divergir do momento no qual ela está sendo aplicada. Essa diferença de realidades que impossibilita a consecução dos objetivos que se pretende quando da aplicação desta lei remota, é superada ou minimizada via interpretativa, evitando possíveis injustiças; ou seja, leis que envelheceram, guardadas as devidas proporções, não devem necessariamente ser substituídas, mas sim interpretadas de forma coerente e atual, esvaindo-se então a possibilidade de aplicação de uma lei embasada por motivos já não mais subsistentes na contemporaneidade.

4.1. Formas de interpretação

Há três espécies de interpretação, quanto à origem, quais sejam; a legislativa ou autêntica, a doutrinária e a judicial.

¹¹ Paupério, A. Machado. **Introdução ao Estudo do Direito** 3. ed. São Paulo, Forense, 1995, p.300.

¹² Maximiliano, Carlo. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9. ed. São Paulo: Forense, 1979, p.10.

¹³ Bastos, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**, Ives Gandra Martins. São Paulo: Saraiva, 1988, p.345.

A legislativa ou autêntica é fruto do próprio legislador, manadeiro complementar do direito e ato legislativo novo, através do qual se fixa o sentido e o alcance de um texto precedente.

A doutrinária advém do labor científico dos professores e jurisconsultos, e fornecem subsídios preciosos à construção exegética. No que tange à interpretação judiciária, esta é obra dos tribunais e sua importância é diretamente proporcional ao grau do pretório do qual emana. É desta que se origina a jurisprudência, auxílio de acuidade preponderante na concretização da justiça. Anna Cândida da Cunha Ferraz defende que:

(...) prevalece o entendimento de que a interpretação constitucional é espécie do gênero interpretação jurídica, porém revestida de características e critérios peculiares, derivados, especialmente, da natureza e das notas distintivas das disposições constitucionais: supremacia e rigidez constitucional, diferentes conteúdos das normas constitucionais, caráter sintético, esquemático e genérico da Constituição etc.¹⁴

São três os métodos utilizados na interpretação: o literal, também conhecido por gramatical ou filológico, o lógico ou racional, o sistemático ou orgânico e o histórico. Arrazoaremos acerca deles em seguida. No literal, o ponto cerne é o significado léxico ou sintático dos termos.

O lógico ou racional baseia-se na *ratio legis*, acudindo-se dos princípios da lógica e da razão, para, assim atingir o sentido e o alcance da lei, dentro do princípio *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*.

Por sua obra, o método sistemático analisa a lei como sendo um todo, em que as várias partes que formam sua estrutura guardem sempre uma conexão entre si. Nenhum dispositivo de lei, pois, é interpretado isoladamente, mas sempre conexo com os demais dispositivos do mesmo diploma legal.

A *ocasio legis* é o trilho sobre o qual se movimenta o método histórico, ou seja, a época de promulgação da lei é que fornece as

¹⁴ Anna Cândida da Cunha Ferraz *apud* Celso Ribeiro Bastos. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p.347.

diretrizes nesta sorte de interpretação. Para que aludido método tenha presteza na atualidade, necessário se faz que seja adotado com um ponto de vista mais diligente, posicionamento que lhe confere um novo apelido, o de método histórico-evolutivo.

Além das espécies e dos métodos empregados por estas no desvendar do sentido e alcance das leis, há também os meios de que pode lançar mão o intérprete. Trata-se da interpretação extensiva e da interpretação restritiva.

Pela extensiva, amplia-se o sentido e alcance da norma. Aqui, o legislador disse menos do que quis (*minus dixit quam voluit*). A ampliação é buscada pelo intérprete, pelo hermeneuta, para que não se processe a perda da finalidade da norma em análise.

Ao contrário, quando se constata que o legislador foi além do que deveria ter dito (*potius dixit quam voluit*), é imperativo que se restrinja o alcance da norma através da interpretação restritiva, com o similar objetivo de alcance da finalidade da norma.

Ao procedimento de interpretação das normas não se infere o caráter de exclusão quando da escolha da espécie, método ou meio que se empregará, isto é, a opção por um deles, não exclui a cooperação dos demais. Por exemplo, o intérprete poderá congrega a espécie jurídica, com o método sistemático e o meio restritivo. As opções possíveis devem ser analisadas de modo que a escolha recaia sobre a(s) que alcance(m) de maneira mais larga aos anseios da vida social e aos ideais éticos da justiça.

No dizer de A. Machado Paupério:

De qualquer maneira, porém, na interpretação de um texto legal, há de se evitar sempre a unilateralidade da aplicação de um único método, para se chegar ao alcance da lei. Ao contrário, há de jogar-se com os vários métodos, para servir um, muitas vezes, de contraprova para o outro. Só assim se chegará com segurança à *ratio legis*. Como, porém, esta pode mudar com o tempo, como força móvel que é, há de não raro apresentar a interpretação um caráter eminentemente evolutivo.¹⁵

¹⁵ Paupério, A. Machado. **Introdução ao Estudo do Direito**, 3. ed. São Paulo, Forense, 1995, p.304.

4.2. Interpretação das normas constitucionais

Coube a nossa Constituição Federal, enquanto lei maior nosso país, enquanto Constituição-dirigente, definir o tom da legislação infraconstitucional. No que tange ao Direito de Família, a norma constitucional, “por qualquer prisma exegético que se queira ver, traduziu tão-somente a boa intenção do legislador que quis imprimir dignidade às famílias constituídas à margem da lei”, segundo Jarbas Castelo Branco¹⁶. Oportuno frisar que na interpretação constitucional, alguns princípios têm de ser obrigatoriamente observados, como por exemplo, o da unidade da Constituição, que, pode ser extraído das palavras de Celso Ribeiro Bastos:

Disto resulta uma interferência recíproca entre normas e princípios, que faz com que a vontade constitucional só seja extraível a partir de uma interpretação sistemática, o que por si só já exclui qualquer possibilidade de que a mera leitura de um artigo isolado esteja em condições de propiciar o desejado desvendar daquela vontade¹⁷.

Um outro princípio a ser observado é o de que “na Constituição não deve haver normas tomadas por não jurídicas. Todas têm de produzir algum efeito”.¹⁸ O sentido que deve ser atribuído a uma norma constitucional é aquele que mais eficácia lhe proporcione. Figura igualmente, o princípio segundo o qual os ditames constitucionais serão interpretados não apenas com vistas ao que menciona de forma explícita, mas, igualmente de ajuste com que implicitamente guarda.

Os conceitos emanados de outros ramos do direito ou até de âmbitos não jurídicos, desde que inclusos em disposições constitucionais, serão interpretados “no sentido que adquirem por força desta nova inserção sistemática”¹⁹.

¹⁶ Branco, Jarbas Castelo. A União estável e a Constituição. Artigo publicado na **RJ**, n. 167.

¹⁷ Bastos, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p.348.

¹⁸ Bastos, Celso Ribeiro, op cit, p.349.

¹⁹ Bastos, Celso Ribeiro, op cit., p.349.

Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz:

Uma Constituição se presume obra comum de todos os órgãos e forças vivas da nação, que nela encerram princípios dominantes, disposições fundamentais, desprovidas ou quase desprovidas de conteúdo preciso, deliberadamente vagas, que deixam larga margem de interferência e complementação, na organização fundamental do Estado, aos órgãos que devem observa-la, respeitá-la, cumpri-la e aplica-la.²⁰

Diante dos vários sentidos de uma norma, obtidos através de interpretação, a escolha deverá recair sobre a interpretação que conjugue a norma com a Constituição.

O caráter de constitucionalidade é, sem resquícios de dúvida, o objetivo que deverá ser buscado incessantemente no exercício da interpretação.

4.3. A Constituição Federal de 1988, o Novo Código Civil e a interpretação

Se formos analisar via interpretativa a inclusão ou não, de maneira expressa, desta ou daquela relação afetiva, nos textos legais, entenda-se Constituição Federal de 1988 e Novo Código Civil, estaríamos diante de basicamente duas situações.

A primeira seria uma interpretação literal, que limita a enumeração com base nas regras morais, ou seja, apenas a família oriunda do casamento; a união estável e a família monoparental seriam admissíveis, tal qual constam dos diplomas jurídicos; e por sua vez, uma outra forma de interpretação, seria a teleológica extensiva, a partir da qual, entende-se que o legislador enumerou de maneira exemplificativa, não se limitando às amarras morais, tanto quanto acompanhando a evolução da sociedade, ofertando a possibilidade de amparo jurídico a outros modelos que não apenas os ali elencados.

Em brilhante acórdão, o Desembargador Barbosa Moreira fornece de maneira clara e consistente o caráter que deve ser imprimido à interpretação das leis pertinentes às entidades familiares existentes:

²⁰ Ferraz, Anna Cândida da Cunha. *apud* Celso Ribeiro Bastos, *op cit*, p. 345.

Para que se reconheça a existência da sociedade de fato entre concubinos, continua a ser desnecessária a prova da conjugação de esforços economicamente relevantes, no sentido da formação de patrimônio comum. O art. 226, § 3º, da CF/88, não eliminou a diferença entre o casamento e a união estável, não formalizada entre homem e mulher, nem submeteu esta última para todos os efeitos, à disciplina do direito de família. Depois de estatuir, no caput do art. 226, que a 'família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado', reza a CF no § 3º, do mesmo dispositivo: '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'. Significa tal regra que as medidas porventura adotadas pelo Estado em benefício da família não de aproveitar também as uniões não formalizadas, mas estáveis entre homem e mulher, as quais se consideram para esse fim, como 'entidades familiares'. Por exemplo: se em lei referente à locação de imóveis se excluir a possibilidade da denúncia vazia com referência aos alugados para moradia se aplica a qualquer imóvel alugado onde residem homem e mulher estavelmente unidos, ainda que não casados; quando o art. 4º, caput, da Lei nº 1.060, de 05/02/1950, assegura o benefício da assistência judiciária a quem não possa pagar as custas de processo e os honorários advocatícios sem prejuízo próprio 'ou de sua família', esta última cláusula abrange as uniões estáveis entre homem e mulher, conquanto não oficializadas.

Na própria CF, é assim que se devem interpretar disposições como as dos arts. 183, caput, e 191, caput, onde se contemplam hipóteses especiais de usucapião, com emprego da palavra 'família'. O destinatário da proteção consagrada no art. 226, § 3º, não é cada um dos partícipes da União, em face do outro, mas a entidade familiar, vista como conjunto. De resto, acrescenta o § 4º que também se considera entidade familiar 'a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes'. Aí, do mesmo modo, o fim da norma não consiste em proteger isoladamente o pai ou a mãe, ou o(s) descendente(s). Protege-se, isso sim, o grupo constituído por algum dos pais e pelo(s) descendente(s). Onde quer que se encontre regra jurídica editada para conferir benefício, vantagem,

preferência, à 'família', todo conjunto ou grupo com as características do § 3º, ou do § 4º, do art.226, fará jus ao benefício, à vantagem, à preferência. Nisso se esgota o alcance das regras constitucionais. A norma do § 3º, de maneira alguma atribui ao homem ou à mulher, em união estável, situação jurídica totalmente equiparada a de homem casado ou a de mulher casada. Ao admitir-se tal equiparação, teria desaparecido por completo a diferença entre a 'união estável' não formalizada e o vínculo matrimonial. Isso, porém, é insustentável à luz do próprio texto: se as duas figuras estivessem igualadas, não faria sentido estabelecer que a lei deve facilitar a conversão da 'união estável' em casamento. Não é possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais: se já são iguais, é desnecessária – e inconcebível – a conversão (TJRJ – Ac. unân. da 5ª Câm. Cív., de 08.08.1991 – Ap. 1.123/911 – Rel. Des. Barbosa Moreira), Ref. 56.067. COAD, 16/12/1992.

É certo que não cabe ao Direito regular todas as situações fáticas existentes, pois, desta maneira a balbúrdia estaria implantada no seio da sociedade. O que não se concebe, porém, é que no atual estágio em que se encontra a humanidade, o Direito passe ao largo destas transformações e se furte a desempenhar o seu papel. Necessário e urgente se faz que a intervenção estatal no que tange às relações familiares, de maneira que não interfira na base destas, ou seja, no desenrolar das demonstrações de afeto, situação essencialmente inerente às partes envolvidas; mas sim no sentido de que as regule com o mesmo afincamento com que o faz quando se trata das relações ditas moralmente e socialmente aceitáveis. Nas palavras de Carlos Cavalcanti:

Reconhece-se, porém, que uma interpretação à vista dos valores e princípios constitucionais certamente superará os óbices de uma hermenêutica fechada e estéril.²¹

²¹ Cavalcanti, Carlos Albuquerque. Famílias Simultâneas e Concubinato Adulterino. *Revista do Ministério Público – Alagoas*, n. 6, p.51-68 jul./dez. 2001.

5. Do novo código civil e das entidades familiares

O novo Código Civil, no que se diz respeito ao Direito de Família, não traz muitas modificações, apenas vem consagrando as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, as quais não recepcionaram alguns dispositivos do Código vigente. Em síntese, no máximo, o novo Código consolida várias legislações adotadas ao longo dos anos e os princípios consagrados na Constituição de 1988. É reflexo do pensamento de quase trinta anos atrás, em muito distante e inadequado às rápidas mudanças por qual a sociedade passa. Assim, persiste em manter vícios e defeitos detectados no Código vigente, o qual não atende aos desejos sociais contemporâneos.

A nossa Carta Magna de 1988 já havia dado grande passo à frente, principalmente no sentido da igualdade absoluta entre os cônjuges, como também no que se refere à situação dos filhos, eliminando toda e qualquer diferença entre filhos legítimos, adulterinos, naturais, adotivos ou espúrios. Outra indubitável modificação é, no que diz respeito, a união estável, a nova entidade familiar que surge ao lado da família constituída através do matrimônio civil, corrigindo-se a errônea legislação civil em vigor que a confunde com o concubinato.

O novo Código Civil já nasce velho, defasado, sem criação do novo que tanto se pretende, podemos dar como exemplo dessa defasagem, a omissão a técnicas de reprodução, como a fertilização *in vitro*, a inseminação artificial, a clonagem e a regulamentação da união civil entre homossexuais, o que já é matéria do Projeto de Lei n.º 1151/95.

O concubinato é caracterizado assim, como uma relação adulterina, sem efeitos para os partícipes, só ocorrendo esses efeitos quando decorrentes da união estável, como por exemplo, o direito à herança. O artigo 1727, do novo Código Civil dispõe: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem o concubinato”.

5.1. Casamento

Ainda que, se possa pensar que no Direito Romano o casamento tinha sentido religioso, sua concepção era mais de relação jurídica; apenas com o advento do Cristianismo que se teve a elevação do casamento à dignidade de sacramento.

Na legislação brasileira, no que se diz respeito ao casamento, este inicialmente era muito confundido com o conceito religioso, porém esta instituição tem mudado com o passar dos tempos e dos costumes da sociedade.

Anteriormente, tinha-se como elementos balizadores da comunhão de vida, o casamento eterno ou indissolúvel e sua concepção contratualista. Acontece que, o conceito de casamento não poderia ser imutável, pelas constantes mudanças no seio social, acompanhando desse modo, a evolução dos costumes. No dizer de Sílvio Rodrigues:

Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole e se prestarem mútua assistência.²²

Por muitos anos, só era considerada família legítima, passível de proteção estatal a constituída através do casamento. Esta concepção fora alterada pela Constituição Federal de 1988, logo, no atual ordenamento jurídico brasileiro, a família não se constitui apenas pelo casamento.

Apesar de não ser a única forma de constituição de família, o casamento é, visivelmente, a forma de entidade familiar que maior proteção recebe do Estado, preservando-se na sua posição de destaque como o modelo básico de família, instituto o qual, para sua formação exige-se ato jurídico solene, pressuposto esse indispensável de sua realização.

O instituto do casamento é hoje, a forma de união, onde duas pessoas de sexo opostos, ou seja, um homem e uma mulher, realizam através dele uma complementação tanto física quanto psíquica, admitindo-se desde então como vínculo principal à afetividade, desse modo desprezando-se o caráter econômico e procracional de que se revestia.

²² Rodrigues, Sílvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, v.6, 2001, p.17.

5.2. União Estável

A Constituição Federal de 1988, percebendo que muitos dos brasileiros mantinham uniões não constituídas pelo casamento, resolveu estagnar a marginalização das referidas uniões, assim, em seu art. 226, § 3º, reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, desse modo legitimou-a e afastou o tratamento discriminatório que lhe era dedicado na sociedade como também no âmbito jurídico.

O constituinte ao utilizar a expressão união estável, objetivou excluir da proteção estatal simples aventuras amorosas, ditando como características marcantes desta união estável: a vida em comum assemelhada a de casados, ou seja, o casal deve possuir uma convivência íntima, não necessariamente precisando viver na mesma casa; a estabilidade, o relacionamento duradouro, o bastante para caracterizar o elemento subjetivo *animus familiae*; e que essa união seja notória ou que haja provas dessa relação.

A referida Carta Magna, contudo, não equipara a união estável ao casamento, é de notar-se essa distinção quando ela dispõe que a união estável é a ligação entre pessoas de sexos opostos que têm o propósito de vida em comum, facilitando a lei a sua conversão em casamento.²³

Esta conversão da união estável em casamento se dará mediante simples requerimento dirigido ao Oficial do Registro Civil, sendo essa isenta de qualquer solenidade, porém com observância aos impedimentos legais, neste momento também se dará a opção pelo regime matrimonial de bens. Porém, a referida conversão, a partir da entrada em vigência do novo Código Civil, apenas poderá ser efetivada mediante processo judicial. Essa nova determinação legal, que deveria vir como facilitadora da conversão por certo não alcançará o objetivo pretendido, vez que a busca pelas vias judiciais, traz ínsita um maior dispêndio pecuniário, como também um lapso temporal superior ao que se verifica, atualmente nas conversões feitas mediante simples requerimento. Segundo Carmem Lúcia Silveira Ramos:

²³ Art. 226, § 3º, Constituição Federal de 1988.

Considerada a família sem casamento como uma situação de fato, é possível sustentar que sua recepção pelo Direito implicitamente hierarquizou as realidades familiares em razão de sua origem, ao manter como modelo básico a família matrimonializada.²⁴

Em relação à competência para solução dos litígios existentes envolvendo questões referentes à união estável, serão competentes as Varas de Família. No que diz respeito a dissolução da união estável, igualmente ao casamento, um dos conviventes pode ser obrigado a prestar alimentos ao outro, desde que comprovada a real necessidade do alimentado e as possibilidades do alimentando, isto, evidentemente, enquanto não constituída nova união.

5.3. Família Monoparental

Como consequência do *modus vivendi* atual, nos deparamos com um arranjo familiar distinto dos anteriormente expressos: aquele composto por qualquer dos pais e seus descendentes; a denominada família monoparental ou unilinear. A inclusão desta comunidade na Constituição Federal de 1988, em seu art.226, § 4º, como entidade familiar, vem de maneira louvável, prestigiar o princípio da dignidade, vez que aponta sua tutela individualizada a cada componente do grupo.

As circunstâncias que acarretam esta situação são as mais variadas. Poderíamos citar, desde a condição econômica cada vez mais crítica; a liberdade sexual; a nova posição conquistada pela mulher no mercado de trabalho, que a livra da dependência financeira do homem; o caráter de volubilidade das relações afetivas; a maternidade independente, possibilitada pela avançada ciência genética; a possibilidade de adoção por maior de 21 anos (com o novo Código Civil passará para 18 anos), independente do estado civil que ostente, enfim. O fato é que esta família torna-se cada vez mais comum em nossa sociedade, seja por opção ou por força das circunstâncias.

²⁴ Ramos, Carmem Lúcia Silveira. Família Constitucionalizada e Pluralismo Jurídico.<www.google.com.br>.

O brilhantismo de sua inclusão no rol dos arranjos familiares expressos na Constituição, reside na proteção de cunho constitucional que lhe é outorgada, devendo ser buscada e prestigiada pela legislação infraconstitucional, pelos intérpretes e aplicadores da lei, sob pena estarem sendo descumpridos preceitos emanados da Lei Maior de nosso país.

5.4. As Entidades Familiares e o Novo Código Civil: realidade ou utopia?

Até o advento da CF/88 verificava-se um abismo entre a realidade e a legislação pertinente ao Direito de Família. A partir de então, forçados pela superioridade que possuem os ditames constitucionais, a jurisprudência inicialmente, e em seguida a legislação infraconstitucional, reviram seus posicionamentos e passaram a tratar as demais situações de relações familiares com respaldo jurídico análogo ao dedicado ao casamento.

Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

Reportando-se ao âmbito das relações concubinárias, Sílvio Rodrigues afirma que, “a jurisprudência, através de um número cada vez maior de julgados, vinha atribuindo direitos à concubina, como a reconhecer que, mesmo sem os laços do casamento, sua participação na vida familiar era importante e respeitável”.²⁵

A Justiça as alcançava apenas para determinar com quem e como ficavam os filhos e os bens, respectivamente, frente à situação de rompimento que se lhe era apresentada.

Quando a união envolvia pessoas impedidas de casarem-se, a decisão da justiça era ou é bem mais dolente, pois não reconhecia qualquer direito aos companheiros. É certo que o espaço foi parcialmente preenchido; diminuiu, mas ainda constata-se uma

²⁵ Rodrigues, Sílvio. **Direito Civil**, vol. 6, 2001, p.250.

parcela considerável a ser incluída na sistemática jurídica, mesmo com o Novo Código Civil, vez que neste diploma renovado ainda não foram considerados como existentes no mundo jurídico os relacionamentos diversos do casamento, da união estável e da família monoparental que, não obstante o preconceito que macula e gera exclusão, existam de fato em nossa sociedade.

Em pesquisa realizada pelo instituto de pesquisa GAPE, e publicada em um jornal alagoano de grande circulação, foram obtidos os seguintes resultados: 50% das pessoas entrevistadas assentem que a relação entre pessoas do mesmo sexo é normal; para 31%, é uma vergonha; para 9%, um pecado; 9% não sabem opinar e 1% afirma nunca ter visto uma situação que retrate este tipo de relacionamento.²⁶

É inegável que o atual modelo jurídico familiar brasileiro continua sendo imperfeito, não atendendo às necessidades e demandas sociais, além de ser incompleto, em face da variabilidade de perfis que a família assume a cada dia.

6. Grupamentos familiares anômalos

O caráter de anomalia atribuído em nosso estudo, a determinadas relações afetivas, reside no fato de que estas; ou não estariam designadas na CF/88 e no Novo Código Civil ou não se enquadrariam nos parâmetros morais comuns de relações afetivas.

Os parâmetros seriam os compreendidos entre os tradicionais moldes impostos de maneira tácita pela sociedade, segundo os quais, no que concerne às relações afetivas, o ideal seria o relacionamento entre um homem e uma mulher, este, sendo condição *sine qua non* de normalidade e aceitação sociais; que teria como consequência o casamento (civil e religioso).

Eis o relacionamento descabido de retoques! Quando nos referimos aos moldes ditados pela sociedade, dissemos serem estes impostos de maneira tácita pelo fato de não haver nenhuma sanção legal aos que não se enquadram neste paradigma, porém, os indivíduos que optarem por infringir a regra, terão que suportar uma reação impregnada de preconceito e discriminação por parte do meio social em que vivem. É a pressão que terão de suportar, por exemplo,

²⁶ Gazeta de Alagoas, 19 de maio de 2002, p. E1.

os que ousarem viver em concubinato adulterino ou protagonizar um amor nutrido por alguém do mesmo sexo. O Novo Código Civil já nasce maculado de discriminação, quando trata do concubinato em seu artigo 1.727, a seguir transcrito:

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Aqui, o novel diploma civil discorre sobre o concubinato apenas com o intuito de conceituar, bem como de deixar claro que ele não integra o rol de entidades familiares admitidas legalmente, não o conferindo assim, nenhum direito. Apesar do tratamento dispensado ao concubinato, não se pode deixar de registrar que houve um avanço quando da ascensão da existência fática desta espécie de relação tão banal e antiga em nossa sociedade.

Semelhante *status*, não alcançou o relacionamento homossexual, pois nem ao menos sua existência no mundo dos fatos foi admitida pelo texto legal, nem se quer para deixar acertado que esta relação está fora dos parâmetros morais e sociais vigentes.

No Brasil, a legislação é omissa quanto às relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, assim como, a doutrina e a jurisprudência são ainda muito restritivas, limitando-se, em quase todos os casos, apenas ao reconhecimento de efeitos patrimoniais.

Segundo Maria Celina Bravo e Mário Jorge Uchoa Souza:

Nas decisões monocráticas surge uma nova compreensão, com decisões que já reconhecem estas relações como entidades familiares, indo inclusive mais além, reconhecendo a partilha do patrimônio e até, concedendo a guarda de crianças a casais homossexuais. O próprio INSS já regulamentou a concessão de pensão ao companheiro ou companheira sobrevivente de união de pessoas do mesmo sexo.²⁷

Com o intuito de regular os procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte de companheiro ou

²⁷ Bravo, Maria Celina e Mário Jorge Uchoa Souza. As entidades familiares na Constituição. <www.jusnavigandi.com.br>.

companheira homossexual, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, expediu a Instrução Normativa n.º 25 de 7 de junho de 2000, publicada no Diário Oficial da União – Seção I – de 08.06.2000, página 4.

O Projeto de Lei n.º 1151/95, de autoria da ex-Deputada Marta Suplicy, que propõe a regulamentação da relação homossexual, traz no lugar de união civil o nome parceria civil registrada. Onde se busca a autorização para a elaboração de um contrato escrito, com a possibilidade de registro em livro próprio no Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais. Isto não quer dizer que o Projeto se propõe a dar às relações entre pessoas do mesmo sexo um *status* igual ao do casamento.

Estas uniões estáveis homossexuais não podem continuar sendo ignoradas pelo legislador pátrio, pois não se trata de um fato isolado, mas sim, a exteriorização de uma opção sexual que a sociedade e o Estado devem respeitar. Isto porque, a referida opção sexual é fundamentada em fatores psicológicos e biológicos, características estas intrínsecas, pessoais ao ser humano, e que devem ser passíveis de todas as garantias constitucionais. Com base no princípio maior da dignidade da pessoa humana, elemento fundamental de um estado democrático de direito, não pode haver qualquer tipo de discriminação baseada em características individuais.

O maior preconceito e resistência ao homossexualismo provém das religiões, porém, com a evolução dos costumes, mudança de valores, e dos conceitos de moral, as questões relativas à opção sexual deixou, ao menos, de ser assunto proibido atualmente.

A força da tradição é imperiosa no seio social. Trava-se uma luta, nem tão silenciosa, quanto desejaria a ala tradicional da sociedade, nem tão ruidosa quanto deveria; entre a tradição e a evolução nas relações afetivas. Desde a época em que foi promulgado o Código Civil, em 1916, o mundo e o Brasil assistiram e protagonizaram verdadeiras revoluções no campo da afetividade.

A geração paz e amor, dos hippies, pregando o amor livre; os avanços na medicina, que culminaram com a descoberta espetacular da pílula anticoncepcional, oferecendo aos parceiros, aos casais, enfim, ao homem e muito mais a mulher, mais segurança e liberdade sexuais; a valorização da mulher no campo profissional; o homem

assumindo de maneira efetiva o papel de pai e de educador dos filhos, não mais apenas de macho que oferta o espermatozóide, enfim.

É vital que o Direito acompanhe as evoluções sociais para que não crie ele próprio, um elenco de discriminados, com o aval da lei. É óbvio que limites terão que ser respeitados, pois o Direito, como regulador social que é, traz ínsita esta obrigação. A despeito de não haverem sido tratadas pelo legislador, como entidades familiares, elas o são, e como tais, passíveis de direitos e deveres. Há, pois, que se buscar equilíbrio e ordem entre a realidade e a lei, no sentido de que não corramos o risco de ver instalada a anarquia social.

A não aceitação legal destas relações privam-nas dos direitos que são ofertados aos relacionamentos normais. Se a lei não os socorre, cabe aos juízes, intérpretes por excelência, socorrer-se da analogia, dos costumes e dos princípios do Direito. Criam-se então, construções jurisprudenciais, e só assim, vemos garantidos aos envolvidos, alguns direitos decorrentes das relações que vivem. É verdade que estes direitos são em sua maioria, de cunho patrimonial.

7. Conclusão

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve consideráveis modificações no Direito de Família, principalmente, no que diz respeito às formas consideradas de entidade familiar, deixando o casamento de ser considerado o único e exclusivo modelo de formação de família protegida pelo Estado, passando a referida Carta Magna a reconhecer como entidade familiar, a união estável e a família monoparental.

A modificação em tese foi ocasionada, principalmente, em virtude da renovação dos valores sociais que consagram e asseguram o exercício dos direitos individuais, entre os quais, o da liberdade, bem-estar, igualdade e justiça, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Deve-se salientar, porém, que essa alteração do conceito da família tradicional, se deu em decorrência de ser a afetividade, agora, o vínculo principal para a formação familiar, desprezando-se o caráter econômico e procracional antes preponderante, acabando assim, com

a discriminação tanto no âmbito social como no jurídico, acompanhando desta maneira a evolução social.

Grandes expectativas foram criadas em relação ao novo Código Civil, porém no tocante à regulamentação das entidades familiares, não foi o Código condizente com a realidade atual. O novo Código Civil apenas ratifica as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, não contemplando e regulamentando em seus dispositivos, relações afetivas claramente existentes na sociedade atual.

O novo Código Civil traz pensamentos de quase 30 (trinta) anos atrás, período em que a sociedade protagonizou muitas e relevantes mudanças, que não foram acompanhadas pelo novo diploma civil, tornando-o inadequado para a realidade social, consequentemente, não atenderá aos ensejos sociais contemporâneos.

Como exemplo maior de instrumento assecuratório da harmonia e segurança sociais, não poderá o direito continuar a admitir o preconceito e a trabalhar em prol da hipocrisia, impondo de forma cogente suas vontades, de modo que a vida em sociedade, principalmente no que pertine aos relacionamentos humanos, se paute em condições rígidas e imutáveis, que os mesmos só possam se manifestar da maneira mais tradicional, entre um homem e uma mulher.

É necessário que os preconceitos existentes no seio da nossa sociedade tradicional sejam analisados através de uma interpretação jurídico-social ampla e mais atualizada, sob pena de estarem sendo aviltados direitos garantidos constitucionalmente.

Em um Estado democrático de direito que defende a dignidade da pessoa humana e a promoção do bem comum, não pode haver discriminação seja de origem, cor, raça, sexo, idade ou qualquer outra forma. Para que seja construída uma sociedade justa e livre, é *mister* que a possibilidade de livre manifestação dos sentimentos exista efetivamente, e que seja realizada em sua plenitude.

ANOTAÇÕES SOBRE A LEI 10.409/02 (NOVA LEI DE TÓXICOS) A CONFUSÃO LEGISLATIVA DO PROCEDIMENTO E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL DOS CRIMES DE USO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.

Antônio Cerqueira de Albuquerque

Advogado e Pós-Graduando em Direito Constitucional pelo CESMAC- AMPAL.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Qual o Procedimento Aplicável aos Crimes de Uso e Tráfico de Substâncias Entorpecentes?
- 2.1 Primeiros Acórdãos. 3. Inovações nas Investigações Preliminares. 3.1 Laudos Toxicológicos Periciais. 3.2 Infiltração Policial e Flagrante Prorrogado. 3.3 Conclusão do Inquérito Policial. 4. Exercício Constitucional da Ação Penal pelo Ministério Público. 5. Colaborador da Justiça.
6. Da Instrução Criminal. 7. Conclusões.

1. Introdução

Impende reconhecer que, retornando a um defeito corriqueiro, o legislador pátrio criou um dos diplomas legais de pior qualidade dos últimos tempos quando ingressou no nosso sistema jurídico a Lei nº 10.409/02, que disciplina sobre a *“prevenção, tratamento, fiscalização, controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências”*.

Ao encaminhar-se à sanção presidencial, diversos dispositivos foram vetados, perfazendo um total de 30% daqueles aprovados pelo Congresso Nacional. Assim, o projeto, que já apresentava problemas de sistematização, advindos de sua longa tramitação, ficou ainda mais lacunoso.

Enfatizam os doutrinadores que possuímos uma verdadeira colcha de retalhos legislativa, coexistindo as Leis 6.368/76 e

10.409/02, visto que o dispositivo que revogava a lei 6.368/76 foi vetado pelo Presidente da República.

Como bem acentuou João José Leal¹, “ao contrário de trazer consigo a solução para as questões jurídico-penais e processuais relativas à matéria, acabou se constituindo num grande problema de hermenêutica jurídica.”

Urge frisar que, dentre algumas mudanças dignas de aplausos e muitas consistente apenas em encômios, destacam-se as questões procedimentais.

2. Qual o Procedimento Aplicável aos Crimes de Uso e Tráfico de Substâncias Entorpecentes?

É um verdadeiro truísmo observar que a Nova Lei tratou o procedimento penal denominando-o de “comum”, quando é ressabido que o procedimento dos crimes relacionados com drogas é especial, a teor do verdadeiro procedimento comum do art. 394 e ss. do CPP.

Atualmente, há uma forte controvérsia sobre qual o procedimento aplicável aos crimes definidos na Lei 6.368/76. O embate decorre da entrada em vigor dos art. 27 e ss. da Lei 10.409/02, que disciplina um novo rito, muito mais amplo e, conseqüentemente, mais benéfico ao acusado.

Para uma corrente doutrinária, o Capítulo IV da Lei 10.409/02 não possui eficácia jurídica porque o art. 27 diz que “o procedimento relativo aos processos por crimes nesta Lei rege-se pelo disposto neste Capítulo (IV)...”, ocorre que, a nova lei não define crimes, os quais foram vetados pelo Presidente da República. Portanto, os dispositivos procedimentais ficaram sem objeto, conduzindo-se a ilação de que, conseqüentemente, na parte inquisitória do procedimento penal por crimes concernentes a tráfico de tóxicos subsistem as disposições da Lei n. 6.368/76 (flagrante, investigação, perícia etc.). Nessa esteira, Cristiano Ávila Moronna² compara o novo procedimento a uma alma penada vagando em busca de um corpo.

¹ Boletim do IBCCrim n. 118, set. 2002.

² MARONNA, Carlos Alberto Pires e Cristiano Ávila. **Nova Lei de Tóxicos: O Reflexo do Irrefletido**. IBCCRIM. São Paulo, ano 10, n. 111, p. 8-9, fev. 2002.

Contrariamente, uma segunda posição sustenta pela sua eficácia jurídica visto que se trata de matéria procedimental, ou seja, o veto de grande parte dos dispositivos da Nova Lei, com a preservação daqueles atinentes ao procedimento, está a demonstrar a nítida intenção de vê-los aplicados.

Assim, ainda que estranhamente, é possível admitir-se que a Lei 6.368/76 continua válida em relação a definição dos crimes e sanções penais relativos a tóxicos, enquanto que o procedimento aplicado será o da Lei 10.409/02.

Esta interpretação resta consubstanciada como majoritária em consonância com os princípios comezinhos do processo penal, especialmente do *favor rei*, porque é um rito mais amplo, benéfico ao acusado. Pelos argumentos expostos, concluímos que o novo rito deverá ser aplicado para evitar eventual nulidade do processo *ab initio*, maculando todo o procedimento.

Toda lei vigente e válida deve ser observada estritamente. Não pode o juiz negar vigência a uma lei adequadamente aprovada pelo Parlamento e válida. Havia polêmica em torno da Lei 10.409/02 no que diz respeito à sua eficácia jurídica. Mas ocorre que ela entrou em vigor no dia 28.02.02 e tem compatibilidade vertical com a Constituição, sendo válida, portanto, como diz Ferrajoli.

Frise-se que, auferindo o âmbito de incidência do novo procedimento especial relacionado com as drogas, conclui-se que nem todos os crimes definidos na Lei 6.368/76 seguirão o novo procedimento. Os delitos dos art. 15, 16 e 17 possuem pena máxima de prisão fixada em dois anos, por conseguinte, consoante decisão do Superior Tribunal de Justiça³, o novo conceito de infração de menor potencial ofensivo foi derogado pela Lei 10.259/01 (Lei dos Juizados Criminais Federais), devendo tais infrações seguirem o procedimento específico da Lei 9.099/95.

Acolhendo o magistério de Luiz Flávio Gomes⁴: “o novo procedimento especial relacionado com as drogas vale apenas para os

³ Ver Superior Tribunal de Justiça, HC 12.033, Relator Ministro Felix Fischer.

⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Curso sobre a Nova Lei de Tóxicos**. São Paulo: Instituto de Ensino Luiz Flávio Gomes, março.2002.

delitos dos arts. 12, 13 e 14 da Lei 6.368/76 (todos punidos com reclusão). Não importa se houve ou não flagrante. O rito será sempre especial”.

Cláudio Salo Souza⁵, sustenta que os crimes previstos nos artigos 15, 16 e 17, todos da Lei nº 6.368/76, ao contrário do entendimento perfilhado pelo festejado autor Luiz Flávio Gomes, não podem ser considerados infrações penais de menor potencial ofensivo porque possuem rito especial, não se aplicando o disposto no artigo 2º da Lei nº 10. 259/2002 (JECRIM federal), mas continuando com a incidência da Lei nº 6.368/1976.

2.1 Primeiros Acórdãos

Julgando o *habeas corpus* n.º 206.389-4, de que foi Relator o Excelentíssimo Dr. Lauro Augusto Fabrício de Melo, em 5 de setembro de 2002 o Tribunal de Alçada do Paraná decidiu, por votação unânime, que: “A inobservância da regra prevista no art. 38, da Lei 10.409/2002, que alterou disposições da Lei 6.368/76, impõe seja declarado nulo *ex radice* o procedimento, por importar óbvia violação do direito constitucional à ampla defesa”, fundamentando e citando no V. Acórdão a doutrina de Renato de Oliveira Furtado⁶ no sentido de que se a denúncia for recebida sem a observância do rito novo tal decisão deve ser atacada pela via do *habeas corpus*.

Em 10 de setembro de 2002 a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também concedeu *habeas corpus* em processo por crime de tráfico que tramita na comarca de Santa Isabel, anulando o processo a partir da citação, determinando seja ele renovado com a adoção do rito dos arts. 38 a 41 da Lei 10.409/2002, relaxando a prisão em flagrante por excesso de prazo no término da instrução.

⁵ SOUZA, Cláudio Calo. **Lei Nº 10.409/2002 - Lei Antitóxicos - Mais Uma Do Legislador**. Disponível na internet em: <www.oneofito.com.br/artigos>.

⁶ FURTADO, Renato de Oliveira. **Nova Lei De Tóxicos - Anotações ao Artigo 38 e Parágrafos**. Disponível na internet em: <www.foreense.com.br/atualid/artigos_DP/tóxicos.htm>.

Em recente informativo publicado no site do Tribunal de Justiça de Goiás, veiculou-se o posicionamento daquela Colenda Corte pela observância do procedimento da Lei 10.409/02 nos julgamentos de crimes envolvendo tóxicos.

Consoante gizamos pelas decisões acima, revela-se que, nos últimos lustros os Tribunais estão corroborando em adotar o novo diploma procedimental relativos a Lei 10.409/02.

3. Inovações nas Investigações Preliminares

3.1 Laudos Toxicológicos Periciais

Não se tem dúvida que o novo texto legal é distinto do anterior em vários pontos. O laudo de constatação na recente Lei possui relevância para a lavratura do auto de prisão em flagrante, para o estabelecimento da materialidade do delito e, como inovação, para a autoria. Todavia, é inconteste que a autoria comprova-se de outras formas como confissão, prova testemunhal, etc, sendo praticamente nulo o laudo neste aspecto.

O real valor do laudo de constatação é possibilitar a denúncia ou a transação penal, nos crimes de menor potencial ofensivo, pois a sua ausência fulminaria de nulidade a denúncia por falta de justa causa, visto que existem substâncias tóxicas não inseridas na lista de drogas proibidas ou porque há muitos produtos que, apesar de se parecerem a primeira vista, não são entorpecentes. Inadmissível admitir-se, também, a lavratura de prisão em flagrante sem o laudo de constatação, impondo-se, automaticamente, o relaxamento da prisão.

É curial observar que a Nova Lei apenas exige um só perito, oficial ou não, para a lavratura do laudo de constatação, excepcionando a regra geral contida no art. 159 do CPP, que exige dois peritos para a elaboração de perícias. A doutrina glosada não tem dúvidas de que não incide nesta hipótese, a súmula 361 do STF que preleciona: “no processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado anteriormente na diligência de apreensão”, bem como nada impede que o perito que subscreve o laudo de constatação participe do laudo definitivo.

O laudo toxicológico definitivo deverá ser anexado até o dia anterior designado para a audiência de instrução e julgamento, sem o qual o julgamento não se realizará. Contudo, é possível a realização da audiência, porém o magistrado estará impossibilitado de proferir a sentença por falta da materialidade do delito porque nenhuma outra prova poderá substituí-lo, nem mesmo a confissão do acusado.

3.2 Infiltração Policial e Flagrante Prorrogado

Em abono da tese da eficácia da infiltração policial (“undercover”), o art. 33 da Lei 10.409/02 permite, mediante autorização judicial e manifestação do Ministério Público, a infiltração de qualquer agente de polícia ou de inteligência, com o fulcro de obter informações sobre operações ilícitas desenvolvidas por quadrilhas ou associações criminosas.

Questões importantes foram desprezadas pelo legislador. Quais os limites de atuação dos infiltrados? Seus atos constituem crimes? A atuação do agente será obrigatória ou facultativa? Guilherme de Souza Nucci⁷ pontifica que, com tantas lacunas legislativas, o instituto da infiltração policial é um dispositivo legal de eficácia jurídica limitada.

Na hipótese de tráfico internacional de entorpecentes, possibilitou-se a autoridade policial retardar a prisão daqueles que estão praticando ação delituosa, com a finalidade de alcançar, eficazmente, melhores resultados. A não-atuação policial restringir-se-á aos portadores de produtos, substâncias ou drogas ilícitas. Assim, qualquer outra situação distinta da ação de portar, deverá ter atuação imediata da autoridade policial.

O sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado judicialmente, por determinado período, através de interceptação ou gravação. A interceptação encontra-se disciplinada na Lei 9.296/96, sendo a gravação telefônica a grande inovação legal, visto que nenhuma lei tratava do tema. Porém, a jurisprudência já a admitia por analogia.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Breves Comentários às Leis 10.259/01 e 10.409/01**. Disponível na internet em: <www.cpc.adv.br/doutrina>.

3.3 Conclusão do Inquérito Policial

O prazo máximo para conclusão do inquérito policial nos crimes capitulados nos arts. 15,16 e 17 da Lei 6.368/76 foi ampliado de cinco para quinze dias se o indiciado estiver preso e manteve-se o anterior de trinta dias quando estiver solto. Consoante o novo texto, este prazo poderá ser duplicado, mas, findo o prazo legal, os autos devem ser encaminhados ao juízo competente, pois, ainda que decretada a prisão temporária, este prazo não se dilata.

Não obstante, o magistrado deverá ser cauteloso na duplicação do prazo para conclusão do inquérito policial, principalmente na hipótese de indiciado preso porque trinta dias é um prazo longo, acentuado por alguns doutrinadores como não razoável e colidente com o Pacto de São José da Costa Rica e de Nova York⁸.

Não se deve porém, olvidar que a contagem em dobro dos prazos procedimentais atinentes ao art. 35 da Lei 6.368/76 foi revogado pelo novo sistema legal, que regulamentou a matéria completamente, derogando-o conforme os ditames do art. 2º da LICC. Destarte, a duplicação da contagem dos prazos somente persiste, desde que autorizado judicialmente e justificado pela autoridade policial, para a conclusão do inquérito policial.

A lei não dispôs sobre a necessidade de oitiva do Ministério Público para tal ato, contudo, entendemos ser, ao menos, conveniente, para não dizer absolutamente necessário.

Em seu relatório, a autoridade policial deverá justificar a classificação provisória do fato. Esta imposição conduz a graves consequências processuais, influenciando na definição de crime de menor potencial ofensivo, ou seja, na questão da competência. A posição adotada pela autoridade policial não vinculará nem o representante do Ministério Público, nem o juiz. Caso o magistrado discorde da

⁸ A propósito, conferir o art. 7º, 5, do Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 e art. 14, 3, c do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York, assinado em 19 de dezembro de 1966, ambos já incorporados em nosso ordenamento jurídico, por força, respectivamente, do Decreto n.º 678 de 6 de novembro de 1992 e do Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992.

classificação formulada, deverá declinar de sua competência, não podendo desclassificar o delito, o que somente poderá ser feito por meio dos institutos da *emendatio* ou *mutatio libelli* na prolação da sentença.

O processo de classificação, apesar de complexo, foi exaustivamente disciplinado, sendo uma providência bastante salutar, impondo-se a observância da quantidade e natureza da droga, circunstâncias da prisão, local etc. Pelo balizamento legal, se restar dúvidas quanto a classificação, a autoridade policial deverá adotar a decisão mais favorável ao indiciado em consonância com o princípio do *in dubio pro reo*.

4. Exercício Constitucional da Ação Penal pelo Ministério Público

A Nova Lei, acoroçoando a intenção de usurpar as funções conferidas constitucionalmente ao Ministério Público, dispunha em seu art. 32, a possibilidade do defensor do acusado pedir o arquivamento do inquérito policial.

Porquanto, restaria patente a inconstitucionalidade deste dispositivo, em caso de acolhimento do pedido de arquivamento feito por advogado do réu ao magistrado, limitando indevidamente a exercício do direito de ação penal conferida com exclusividade ao Ministério Público, salvo exceções constitucionalmente consagradas como a ação penal privada subsidiária da pública. Contudo, prudentemente, este dispositivo foi vetado.

5. Colaborador da Justiça

Não há dúvida que a Lei 10.409/02 deu ensejo a introdução do instituto da “barganha” entre o Ministério Público e o indiciado, sendo chamado pelos doutrinadores de “Direito Penal Premial”. Fundamenta-se no Direito Costumeiro, especificamente no “plea bargaining”, visando o desmantelamento do crime organizado através de instrumentos excepcionais favoráveis àqueles que colaborarem com a Justiça.

Com efeito, facultou-se ao Ministério Público, antes de oferecida a denúncia, dois tipos de acordo com o indiciado que

assumir a posição de autor ou partícipe do delito: o sobrestamento do processo ou a redução da pena, estabelecendo as circunstâncias necessárias a sua concessão.

De início, é importante observar-se, mais uma vez, a imprecisão técnica do legislador, causando perplexidade à adoção do termo “sobrestamento do processo”, quando, na verdade, não existe ainda processo, visto que este instituto é aplicável antes de denúncia. Congratulamo-nos com os ensinamentos de Carlos Maximiliano⁹ ao exaltar que: “deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis”. Resgatando as regras de interpretação sistemática e teleológica, conclui-se que por “sobrestamento” o legislador quis referir-se a não instauração do processo. Por seu turno, a Lei não determinou o prazo que poderá ficar sobrestado o processo. Assim, segundo Luiz Fernando Vaggione¹⁰, “na falta de disciplina legal, a uma primeira reflexão, aplica-se, analogicamente, o art. 89 da lei 9.099/95, ou seja, 2 a 4 anos”. O acordo de sobrestamento não será objeto de homologação judicial, salvo quanto ao controle de sua legalidade, porque efetivamente, não há processo judicial instaurado.

Quanto à redução da pena, é cristalina apenas a possibilidade de uma proposta de acordo sobre a quantidade de pena. Todavia, não é plausível garantir-se a sua efetividade prática porque não vinculará o magistrado, que, em face de sua livre convicção, poderá decidir diversamente do acordado. Outrossim, o acordo deverá ser referido na denúncia como causa de diminuição de pena, sendo um direito subjetivo do réu se os seus pressupostos forem reconhecidos e surtirem efeitos.

Ressalta-se que a Lei não disciplinou os requisitos para a formulação do termo de acordo, cabendo a cada instituição do Ministério Público, por ato *interna corporis*, fazê-lo.

⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Interpretação e Aplicação do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Livraria Globo, 1993.

¹⁰ VAGGIONE, Luiz Fernando. **Procedimento – Crimes Previstos na Lei Antitóxicos**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jun. 2002.

Após o oferecimento da denúncia e até o proferimento da sentença judicial, por proposta do representante do *Parquet*, o colaborador poderá beneficiar-se com a redução da pena ou o perdão judicial, na hipótese de ter ocorrido “revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita”.

6. Da Instrução Criminal

A Lei 10.409/02 fixou o prazo de 10 dias para o exame do inquérito policial e adoção pelo representante do Ministério Público de alguma das medidas do art. 37, não importando se o indiciado está solto ou preso. Não há possibilidade de alteração deste prazo, porque não subsiste a regra de duplicação prevista nos casos dos delitos tipificados nos arts. 12, 13 e 14 da Lei 6.368/76, tacitamente revogado pela Nova Lei. Observa-se que a impossibilidade de duplicação não importa em prejuízo, visto que o novo prazo é maior do que o anterior duplicado, que era de seis dias.

A principal inovação trazida pelo art. 37 é a possibilidade da não propositura da ação penal justificadamente, aplicando-se o princípio da discricionariedade mitigada ou regrada. Apesar da omissão legal, a não propositura da ação penal poderá ocorrer, inquestionavelmente, na hipótese do art. 32, § 2º, da Lei 10.409/02 (colaborador da justiça), bem como participação insignificante de um dos agentes, insignificância do perigo causado pela conduta etc.

Após o oferecimento da denúncia, cita-se o acusado para, em 10 dias, apresentar a defesa preliminar, antes do recebimento ou rejeição da denúncia, designando o magistrado dia e hora para o interrogatório, que se realizará dentro dos trinta dias seguintes, se o réu estiver solto, ou em cinco dias, se preso, conforme o art. 38.

A defesa preliminar, instituto inexistente no antigo procedimento, é um ato imprescindível. Todavia, não é inovação no ordenamento jurídico, que já o previa para os crimes dos funcionários públicos (art. 514 do CPP).

Tal resposta ou defesa preliminar, conforme lucidamente bem apreendido pelo notável Promotor Renato Flávio Marcão¹¹, que abrilhanta as hostes ministeriais bandeirante, “envolve o questionamento de toda e qualquer matéria defensiva. Ao contrário do que parece a primeira vista, a resposta escrita deverá atacar, inclusive, o mérito da acusação, (.....) a defesa poderá, entretanto, argüir matéria objetivando a rejeição da inicial acusatória, e, se for o caso, postular produção de provas com tal finalidade”. Consiste em documento escrito, sendo vedado a forma oral, em que se argüi questões atinentes a preliminares, exceções, razões de defesa, enfim, todo o exame do mérito, diversamente do que ocorre no procedimento ordinário (art. 394/405 e 498/502 do CPP). Nesta oportunidade deverão ser juntados documentos, justificações, apresentação de rol e requerimento de oitiva de testemunhas, sob pena de preclusão. Desta forma, a defesa prévia que ocorria após o interrogatório, será feita antes do recebimento da denúncia, ou seja, na defesa preliminar.

Observa-se que, neste momento processual, somente serão realizadas diligências concernentes à formação da convicção do Juízo no tocante ao recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa (subsidiária). A prova destinada ao mérito será produzida após o recebimento, em momento oportuno. Não faz sentido imaginar o contrário, até porque, se assim não fosse, seria possível colher-se a prova e depois sobrevir decisão de rejeição da peça acusatória, o que seria um incommensurável absurdo.

Consolidou-se que a ausência de defesa prévia não acarretava nulidade processual, pois “o CPP determina que nulidade ocorre quando não se dá oportunidade ao oferecimento de defesa prévia, a qual é facultativa para o réu”¹².

Porém, este posicionamento foi afastado pela Nova Lei, porque considerando o disposto no § 3º do art. 38, da Lei 10.409/2002, se após regular citação do acusado a resposta não for

¹¹ MARCÃO, Renato Flávio. *Novas Considerações sobre o Procedimento e a Instrução Criminal na Lei 10.409/02*. IBCCRIM. São Paulo, ano 10, n. 111, p. 18-19, fev. 2002.

¹² Ver Tribunal de Justiça de São Paulo, Ap. 206.259-3/4, 3ª CCrim., 4-6-1996, rel. Des. Segurado Braz, RT 732/622.

apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

Instituiu-se o interrogatório antes do recebimento da denúncia, proporcionando ao denunciado um contato pessoal com o magistrado, conferindo maior eficiência a sua autodefesa. Não obstante, a doutrina mostra-se divergente acerca da existência desse interrogatório. Alguns sustentam, simplesmente, a sua inexistência, baseando-se na redação realmente ambígua do art. 38, § 1º. Outros, como Luiz Flávio Gomes¹³, sustentam que não existem dois interrogatórios, sendo o interrogatório do art. 38 coligado com a citação por edital e o do art. 41 vinculado com o acusado citado pessoalmente. Essa é a razão de a lei ter mencionado duas vezes o interrogatório no procedimento especial dos delitos de drogas.

O Ministério Público terá 5 dias para manifestar-se contrariamente, se for o caso, em relação aos argumentos apresentados na defesa prévia.

O magistrado poderá determinar a realização de diligências, que deverão ser concretizadas no prazo de 10 dias. Acaso não converta o julgamento em diligência, deverá decidir sobre o recebimento ou rejeição da denúncia em 5 dias.

Na decisão que receber a denúncia, deverá o juiz marcar o dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, a qual foi introduzida o interrogatório do réu, seguindo-se com a coleta da prova acusatória e defensiva. Encerrada a instrução, haverá debates orais pelo prazo de 20 minutos para as partes, prorrogável por 10 minutos a critério do juiz. Manteve-se a possibilidade de juntada de memoriais na audiência, procedimento comumente adotado pelas partes.

A sentença deverá ser, preferencialmente, prolatada em audiência, após os debates ou, no prazo de 10 dias, e não no prazo de 5 dias como no procedimento antigo.

¹³ GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de tóxicos: Nulidade do Processo por Inobservância da Defesa Preliminar**. São Paulo: Instituto de Ensino Luiz Flávio Gomes, fev.2002. Disponível na internet em <www.ielf.com.br/artigos>.

7. Conclusão

A Nova Lei de Tóxicos representa a face mais infeliz de nossa legislação, refletindo-se em um diploma extremamente confuso e pouco técnico. Por isso, a expectativa é que certamente provocará diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, apenas contribuindo para tumultuar, ainda mais, as Instâncias Recursais.

A análise da Lei conduz-nos à ilação de que, a pretexto de otimizar a sistemática da Lei 6.368/76, criou-se um verdadeiro tumulto penal, com uma lei que não define crimes, que possui parágrafos sem *caput* etc, enfim, que apesar de refletir o sistema vigente, proporcionará ainda mais impunidades.

Sem embargos de opiniões doutrinárias em contrário, preferimos o posicionamento de que a Lei 10.409/2002 está em vigor e não padece de inconstitucionalidade. É de rigor, portanto, a aplicação do procedimento relativo à instrução criminal nela previsto, sob pena de flagrante cerceamento de defesa e quebra do procedimento, questão de ordem pública. Nessa seara, aliás, posicionaram-se, dentre outros, Damásio de Jesus, Luiz Flávio Gomes, Luiz Fernando Vaggione, etc.

Nesse contexto, a supressão da oportunidade para apresentação da defesa preliminar fulminará o procedimento de nulidade, passível de impetração de remédio jurídico constitucionalmente assegurado, qual seja, o *habeas corpus*.

Em verdade, se adotado o procedimento da Lei 10.409/2002, eventual posicionamento da Superior Instância no sentido de sua inaplicabilidade não acarretará qualquer nulidade, visto tratar-se de procedimento mais benéfico, que amplia as chances de defesa, notadamente em razão da possibilidade de resposta escrita e dilação probatória antecedentes ao recebimento da inicial acusatória, para o efeito de apurar elementos para o acolhimento desta ou não.

Por outro lado, a não adoção do procedimento introduzido com a Lei 10.409/2002 sujeita o processo e a justiça criminal aos transtornos decorrentes do reconhecimento de nulidade por violação da ampla defesa e quebra do procedimento, podendo acarretar a soltura de traficantes que não merecem *ganhar* a liberdade.

Destaque-se que, ainda que não se concorde com a aplicação do novo procedimento, a prudência recomenda a sua adoção em obediência a estabilidade das decisões do Poder Judiciário, pois, é melhor não correr o risco a que se tem exposto os processos envolvendo crimes relacionados à Lei Antitóxicos.

Ademais, os juízes que não estão aplicando o procedimento da Lei Nova 10.409/02, poderão estar dando causa a nulidade de todos os processos relacionados aos crimes de tóxicos. Para se compreender a repercussão deste fato cabe aguardarmos como se posicionarão os Tribunais Superiores, sobre a matéria em questão.

FESTA DA “FARRA DO BOI”: MANIFESTAÇÃO CULTURAL OU BARBÁRIE?

Fernando Monteiro

Mestrando em Direito pela UFPE. Professor-substituto da UFSE.

Sumário

1. Primeiras considerações. 2. Preservação dos bens culturais e proteção do meio ambiente como direitos fundamentais. 3. “Farra do boi” ou “farra do homem”? 4. Ação Civil Pública como instrumento processual de defesa do meio ambiente. 5. Análise de uma decisão judicial inibidora da barbárie da “farra do boi”.

1. Primeiras considerações

Este trabalho foi concebido a partir de uma questão de natureza polêmica, qual seja a manifestação cultural da “farra do boi”, presente sobretudo no estado de Santa Catarina. A manifestação em si, como é levada a cabo em alguns lugares, acaba por atentar contra o princípio constitucional da preservação de um meio ambiente equilibrado, já que faz parte da sua essência os maus tratos dispensados a animais. Com isso buscou-se aprofundar a pesquisa num tema pertinente ao direito ambiental, sem, contudo, cair na tentação das compilações. Ademais, na perspectiva de um maior aprofundamento, mostrou-se conveniente uma abordagem sobre a ação civil pública no contexto de análise de uma decisão judicial, a saber um Recurso Extraordinário encaminhado ao Supremo Tribunal Federal versando sobre o já citado folguedo popular.

Eis que o desenvolvimento do texto se espraia pela seara do direito constitucional, já que na Carta Magna encontram-se tutelados pelo Estado o meio ambiente e a liberdade de manifestação cultural, direitos que acabam por se chocar no caso objeto de estudo deste trabalho. A rigor, a monografia parte de consultas bibliográficas e da própria decisão judicial relativa ao tema, não se constituindo numa pesquisa de viés empírico. Trechos de livros, de *sites* presentes na

internet, de leis relativas ao tema e da decisão judicial referida embasam o seu conteúdo.

Alguns cuidados metodológicos também foram observados e merecem ser explicitados nesta introdução. Desde já a busca da clareza, ou seja, da adequação do conteúdo à forma em que é apresentado. Esta é uma preocupação que deve nortear o trabalho de pesquisa acadêmico, afastando-o das brumas da ininteligibilidade. Sobre isso é precioso o alerta de Ortega y Gasset, quando diz que *“siempre he creído que la claridad es la cortesía del filósofo”*¹. E o que o pensador espanhol enfatiza para o trabalho de natureza filosófica é perfeitamente válido para a produção literária de caráter científico. Sobre a questão das citações diretas ou das referências necessárias optou-se pelo sistema numérico, com notas ao pé da página, mais adequado aos parcos limites do texto. No tocante às citações indiretas, paráfrases ou condensações, manteve-se a fidelidade às idéias do autor citado.

A verdade é que o tema se apresenta como extremamente instigante, já que a idéia de fortalecimento das tradições culturais de uma comunidade é por demais rica e desejada. Especialmente num mundo de intolerâncias, de desrespeito às diferenças, revigorar as distintas histórias culturais é, de certa maneira, uma forma de conhecer o outro, primeiro passo para respeitá-lo na sua inteireza idiossincrática. Já está mais do que documentado que a dominação de uns poucos povos sobre os demais se dá em várias frentes, não só nas da política e da economia, como pode parecer à primeira vista. A dominação, centrada no desrespeito aos valores alheios, se fortalece principalmente em campos como o da religião, o da cultura, o dos costumes usuais de uma sociedade.

Na tradição cultural examinada neste trabalho, entretanto, há um outro grande valor que se põe em discussão. A preservação ambiental, aí incluído o repúdio a práticas cruéis contra animais, também é objeto imediato de análise. A rigor, a festa da “farra do boi”, em muitas comunidades, evoluiu para o campo da selvageria. Não se trata, neste caso, de uma atividade apenas violenta, em que seres humanos e animais convivem com o perigo. É algo que choca

¹ Jose Ortega y Gasset, *Que es Filosofía?* Madri, Espanha, 1999, p.39.

justamente por seu viés de sadismo, de vazão de instintos incompatíveis com as conquistas da civilização humana. É, pois, este segundo valor o elemento primordial a nortear os diversos itens que se seguem.

Como se não bastasse já a grandeza do assunto, em face do choque explícito entre cultura e meio ambiente, num dos pólos do embate posiciona-se justamente um tema que é dos mais comentados no nosso tempo. A discussão ambiental perpassa governos, organismos internacionais, organizações não-governamentais e cidadãos comuns. As agruras de um futuro inóspito para os seres humanos, no nosso planeta, incita ainda mais o debate. É fato que, às vezes, a discussão resvala os rincões do sectarismo, onde abundam soluções puristas, mas nem por isso (talvez até por isso mesmo) ela deve ser menosprezada ou ridicularizada. No fundo, existem diversas maneiras de se encarar a questão ambiental, afinal "cada um de nós é uma lente exclusiva, fundamentada e polida por temperamento e educação. E nossas respostas à natureza – ao mundo – são tão diversas quanto nossas personalidades, embora cada um, em momentos distintos, possa ficar atônito, horrorizado, deslumbrado ou simplesmente entretido pela natureza"².

2. Preservação dos bens culturais e proteção do meio ambiente como direitos fundamentais

Foi-se o tempo em que ao direito constitucional cabia tão somente o estudo das questões relativas à estruturação do poder nos estados modernos. O século XX solidificou uma tendência que teve suas origens no século anterior, qual seja o da inserção nos textos constitucionais de importantes temas sociais e de direitos difusos, valiosos para toda a comunidade. Para além da discussão sobre a aparente irrelevância das constituições, Carlos Santiago Nino enfatiza a tese esboçada pelo jurista escocês Neil MacCormick dando conta de que "*ella es fundamentalmente la convención o práctica colectiva más básica que determina la vida comunal de uma sociedad, y, como tal, cumple funciones sociales imprescindibles, que incluso sirven de marco o soporte del procedimiento democrático*"³.

² Michael E. Soulé. Mente na Biosfera; Mente da Biosfera. In: WILSON, E. O. (org.). **Biodiversidade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p.593.

³ Carlos Santiago Nino, **Fundamentos de derecho constitucional**. Buenos Aires, Astrea, 2002, p.45.

É assim que, ao longo do século XX, os direitos fundamentais de segunda geração dominaram a cena do constitucionalismo, assim como no século anterior o realce foi dado pelos direitos fundamentais de primeira geração. Num contexto de crescente revisão das posturas liberais puras, em que o *welfare state* se solidificou, penetraram na seara jurídica constitucional os direitos sociais, culturais e econômicos, como ainda os direitos da coletividade. É verdade que, de início, antes mesmo do debate eminentemente jurídico, tais temas foram ganhando força a partir de posturas filosóficas e ideológicas relativas ao papel do Estado.

Mais recentemente, nos últimos decênios do século passado, aprofundaram-se as discussões acerca da existência de direitos fundamentais de terceira geração. Seriam direitos eminentemente associados à idéia de fraternidade entre os povos, configurando-se na preocupação jurídica com o desenvolvimento das diversas comunidades internacionais, com a paz mundial, com o meio ambiente preservado e equilibrado, com o patrimônio comum da humanidade e com a expansão da comunicação entre os povos. Tal configuração, que é meramente indicativa, supera o contexto da proteção específica de direitos individuais ou coletivos⁴.

A nossa carta constitucional, promulgada já no termo final do século XX, acabou por incorporar todas essas concepções acerca dos direitos fundamentais, tratando de forma expressa da proteção ao patrimônio cultural e do meio ambiente. Ainda que tais temas não apareçam, na constituição de 1988, na parte relativa aos princípios fundamentais ou aos direitos e garantias fundamentais, eles são decorrência direta de direitos aí expressos. Afinal de contas, o exercício da cidadania, a ênfase na dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, enfim, a garantia da valorização do ser humano só se concretiza a partir da existência de normas protetivas mais específicas, independentemente da sua localização nos diversos títulos que compõem o texto da Lei Maior.

O estado brasileiro, e esta é uma determinação constitucional, deverá garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, nas suas mais diferenciadas

⁴ Sobre os direitos da segunda e terceira gerações, Paulo Bonavides, **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.518-524.

manifestações. Também a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito do nosso povo, apresenta-se na forma de mandamento constitucional, ressaltada a proteção da fauna e da flora, com a vedação das práticas cruéis para com os animais. Não será o fato, e isso já foi salientado, de tais preceitos encontrarem-se no título da ordem social que encobrirá o seu caráter de direito fundamental⁵.

Claro está que a efetivação de normas constitucionais de caráter programático abre espaço para ampla discussão, que foge aos objetivos estabelecidos para este trabalho. Ao que tudo indica, entretanto, a plenitude de efeitos de tais normas parece depender, de forma muito direta, de uma concretização legislativa infra-constitucional. Acontece que as normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, de certa maneira, já devem ser aplicadas a partir do próprio mandamento constitucional, sem a necessidade de intermediação legislativa. O tema evidentemente não é tão simples, pois a discussão acima abordada enfrenta também a questão da possibilidade ou não de se reconhecerem direitos subjetivos a prestações com base em normas de natureza eminentemente programática. O que precisa ficar claro, em meio a todo e qualquer debate doutrinário acerca do tema, é que a fundamentalidade de tais direitos não pode ser arranhada, o que seria o passo decisivo para a sua não efetivação⁶.

Neste ponto vale ressaltar uma idéia acerca da força normativa da constituição, retirada de outro contexto (mais centrado na questão política). Não se deve imaginar que o choque entre a Constituição política e a Constituição jurídica sempre se dê em prejuízo desta última, como apregoeou Ferdinand Lassalle, em pleno século XIX. Tal choque, absolutamente plausível no contexto jurídico, precisa levar em consideração o condicionamento recíproco

⁵ José Afonso da Silva enfatiza que a matéria sobre meio ambiente "entra, meio à cunha, nesse capítulo sobre a ordem constitucional da cultura", **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 816.

⁶ Sobre a eficácia dos direitos sociais prestacionais de cunho programático, Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p.268-325.

existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social. Ademais há de se verificar os limites e as possibilidades de atuação do texto escrito e os pressupostos de sua eficácia. Não há falar na Constituição jurídica como um mero amontoado de papéis, sem força alguma. Afinal, “ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”⁷.

Assim é que necessário se faz chamar a atenção para os riscos da contumácia da inconstitucionalidade material. Essa prática fulmina com a pretensão de um estado democrático de direito, vez que se associa à idéia de ilegitimidade. Preceitos constitucionais que são abandonados ao léu maculam a importância de todo o ordenamento jurídico, já que esta postura faz tábula rasa dos ditames presentes na Lei Maior. Se a Constituição existe para ser desrespeitada no dia-a-dia, em face das vicissitudes conjunturais, com certeza as “regras menores” também sofrerão o impacto do apelo de serem violadas. E no tocante aos direitos fundamentais, estes são os faróis norteadores do espírito constitucional. Como nos adverte Paulo Bonavides, “a pior das inconstitucionalidades não deriva, porém, da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre elas projetam”⁸.

3. “Farra do boi” ou “farra do homem”?

Inúmeras são as manifestações culturais genuinamente populares existentes no Brasil ligadas direta ou indiretamente ao ciclo do gado. A nossa tradição folclórica registra algumas dessas manifestações, tais como o boi-bumbá, o boi-de-fita, o boi-de-mamão e o boi-na-vara. Todas elas reúnem elementos ora mítico-religiosos, ora humanos, às vezes com um tom absolutamente prosaico, outras vezes

⁷ Konrad Hesse, **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1991, p.15-16.

⁸ Obra citada, p. 553.

com um viés político-social. O que há de comum é a associação com a figura do boi e com todo o seu contexto sócio-cultural (a atividade pecuária, o vaqueiro, os hábitos alimentares das regiões do gado, etc)⁹.

A chamada festa da “farra-do-boi” também se enquadra nesse contexto de tradições culturais, de forma mais específica relacionada com o estado de Santa Catarina. A manifestação folclórica remonta ao período da colonização da região sul do Brasil e ao que tudo indica foi trazida por colonos açorianos para o nosso país. Convém salientar que em pleno século XVII, “imigrantes trazidos do Arquipélago dos Açores e paulistas fundaram Laguna em Santa Catarina (1684)”¹⁰, mas nos dois séculos seguintes novos imigrantes reforçaram suas raízes culturais na região.

A “farra-do-boi”, como expressão da cultura popular, foi preservada em algumas regiões litorâneas de Santa Catarina, mantendo uma caracterização que, embora se diferencie aqui ou ali, mantém certos traços comuns. Fica muito nítida a sua pertinência ao ciclo do boi brasileiro, mantendo vivas conexões com a vaquejada nordestina, com o rodeio gaúcho, com o bumba-meu-boi também nordestino e com os vários tipos de tourada ibérica. Para o antropólogo Rafael José de Menezes Bastos, da Universidade Federal de Santa Catarina, a “farra” se apresenta como “um rito do campo político-religioso que constitui a violência – separando a brincadeira (violência legítima) da judiaria (ilegítima) –, estabelecendo-se como um exercício concorrencial de seu controle com relação àquele por parte do estado e da sociedade envolvente”¹¹. Ressalta o pesquisador ainda que “o rito constrói uma marca irredutível da identidade ilhêa, desenhando de maneira original as relações homem-natureza-divindade e postulando uma forma de consciência continuamente desejante, fabricada pelo jejum e pela embriaguez”¹².

⁹ Luís da Câmara Cascudo, **Dicionário do Folclore Brasileiro**. Rio de Janeiro, Ediouro, 1972, p. 166-170.

¹⁰ Boris Fausto, **História do Brasil**. São Paulo, Edusp, 1995, p. 94.

¹¹ Rafael José de Menezes Bastos. “Antropologia como crítica cultural e como crítica a esta: dois momentos extremos de exercício da ética antropológica (entre índios e ilhéus)”, disponível em <<http://www.cfh.ufsc.br/~raiva/boi.html>>, acesso em 25/1/2003.

¹² Loc. cit.

Na prática concreta a “farra” se transformou num espetáculo de selvageria, em que centenas de bois são torturados e mortos em mais de duas dezenas de comunidades catarinenses. O evento, via de regra, se dá na época da Páscoa, culminando na Sexta-Feira Santa. Para alguns nativos a tortura do boi rememora a repugnante figura de Judas, traidor de Jesus Cristo. Para outros o animal representaria a própria encarnação de satanás, devendo ser torturado para livrar as pessoas do pecado. A verdade é que em alguns lugares a “farra” pode ocorrer em qualquer época do ano, especialmente em datas festivas (casamentos, batizados, etc.). Antes do evento o boi é confinado por alguns dias sem alimentação disponível. Para o maior desespero do animal, comida e água são deixadas à vista, sem que ele possa tocá-las. A “farra” tem início quando o boi é solto e perseguido pelos “farristas” carregando pedaços de pau, facas, lanças de bambu, chicotes, cordas, pedras. Homens, mulheres e crianças perseguem o boi, até que o animal, já bastante ferido, é acuada em direção ao mar, onde invariavelmente morre afogado. Depois do espetáculo o animal morto é retalhado e servido num grande churrasco¹³.

Há contundentes depoimentos em jornais de circulação nacional, feitos por turistas, dando conta das cenas dantescas por eles vivenciadas. Também muitos grupos ligados à proteção da vida animal têm feito muitas denúncias relativas aos excessos incontroláveis ocorridos durante a “farra-do-boi”. Por mais que se tente conviver com o aspecto divertido do folguedo, aquele ligado à sua perseguição, sem haver tortura ou violência explícita contra o animal, ainda assim estamos diante de uma manifestação perigosa. Ademais, em meio à bebedeira e aos arroubos de alguns, torna-se difícil estabelecer controle para uma multidão, mesmo que seja partindo da autoridade policial. Na prática são inevitáveis os excessos, quase sempre descambando para a tortura e para a morte de animais.

Há, entretanto, opiniões em contrário. A historiadora Maria Bernadete Ramos Flores salienta a exploração exagerada e distorcida por parte da imprensa, especialmente a paulista. Vaticina que por

¹³ Ver “O que é a farra do boi?”, disponível em <http://www.providaanimal.hpg.ig.com.br/T8farradoboi.htm>, acesso em 25/1/2003.

mais que seja legalmente proibida a "farra" nunca acabará, vez que está arraigada às tradições culturais de certas comunidades litorâneas catarinenses. Encara as origens açoreanas do folguedo como uma grande brincadeira e, mesmo reconhecendo alguns desvirtuamentos em comparação com as suas origens, nega enfaticamente que a "farra do boi" seja um estímulo para a violência entre as crianças e os jovens. Para a historiadora, tais posturas sensacionalistas da imprensa ocorrem também com relação a outras festas populares noutros países, como as touradas na Espanha. Enfim, embora não se declare uma farrista, defende a manifestação cultural e alerta para o fato de que historicamente tais controles sobre as festas são sempre autoritários, atendendo mais aos interesses dos mais poderosos em detrimento das populações mais humildes (ou seja, seria um desrespeito às práticas culturais dos mais pobres)¹⁴.

Diante do quadro apresentado, e tomando-se em consideração o direito fundamental previsto na Constituição brasileira de respeito e incentivo às tradições culturais, como se chegar a um bom termo neste tema? Será que o valor da manifestação enquanto bem cultural pode passar por cima de outros bens protegidos constitucionalmente, como o meio ambiente (os animais, no caso)? E a polêmica questão da incitação a outras formas de violência, em face das práticas do folguedo, será que também deve merecer a atenção devida no debate? Enfim, toda a discussão acabou por resultar numa peleja judicial, com decisão final já proferida pelo Supremo Tribunal Federal (através de acórdão relativo a um Recurso Extraordinário). Em linhas sumárias o choque se manifesta entre a preservação das tradições culturais de um povo e o respeito à integridade física dos animais como parte integrante do ambiente natural. Mesmo com a decisão judicial já proferida, permanece o questionamento: "farra do boi" ou "farra do homem"?

4. Ação civil pública como instrumento processual de defesa do meio ambiente

A evolução da experiência jurídica permite verificar que a persistente trajetória do homem no campo do controle social é plena de detalhes mais ou menos atrelados a cada momento histórico. Se o

¹⁴ Entrevista da historiadora disponível em

<<http://www.an.com.br/2001/abr/08/1ger.htm>>, acesso em 25/1/2003.

direito foi percebido, nas sociedades primitivas, mesmo que de forma difusa (um misto de direito, moral e religião), como um fato naturalmente dado (evidentemente que um fato não estimado), depois ele passou a ser encarado como valor, como norma e finalmente como fato social (estimado pelo homem). Em dado sentido, essa evolução traz no seu contexto a própria idéia de elevação do grau de complexidade das sociedades humanas e de suas relações intersubjetivas. Mais do que assumir-se uma postura valorativa, caindo na tentação de rotular o direito de uma época ou de uma dada comunidade como superior ao de outra, deve-se entender que o compasso é de adequação entre o direito e o momento histórico (político, econômico, social, cultural, tecnológico, etc.) das sociedades humanas. Por conta disso, “não se deve pensar que sistemas alopoiéticos sejam necessariamente mais disfuncionais ou em si mesmos menos complexos e sofisticados do que o direito característico da modernidade. São menos complexos apenas do ponto de vista da diferenciação funcional”¹⁵.

A verdade é que, num dado momento da nossa evolução histórica, entendeu-se que a redução do fato valorado à regra escrita (a lei em sentido estrito) era a garantia de um novo estágio de avanço da civilização no campo do direito. O legalismo oriundo dessa concepção, que ganha força sobretudo a partir do século XIX, faz confundir o direito com a lei. A própria Escola de Exegese nascida na França a partir desse contexto remete o jurista à interpretação mecânica dos textos legais¹⁶. A máxima de que a lei é igual para todos, se superou um período de arbítrio autoritário (Estados nacionais absolutistas da Era Moderna), não conseguiu efetivar de maneira concreta para a sociedade os conteúdos presentes nos textos legislativos. Dito de outro modo, mais importante até do que um certo direito constar como texto legal é a sua efetivação no ambiente social. Para o homem comum, de pouca valia será a inserção de uma conquista (principalmente de natureza social) no ordenamento jurídico se ela não é observada. A sua não

¹⁵ João Maurício Adeodato, **Ética e Retórica - Por uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 211.

¹⁶ Sobre a Escola de Exegese e o legalismo, Enrique Aftalión, José Vilanova e Julio Raffo, **Introducción al Derecho**. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 252-254.

efetivação remete, assim, a suposta conquista ao ambiente meramente acadêmico, dos debates doutrinários¹⁷.

Assim é que as normas fundamentais presentes no texto constitucional precisam ser efetivadas. Necessário se faz que não se transformem em "letra morta", já que assim, nesse ambiente de mero formalismo, duas negativas consequências viriam à tona. A primeira, a não obtenção pela sociedade da conquista projetada pela norma (o dever-ser almejado pelo corpo legislativo). A segunda, tão nociva quanto a primeira, o descrédito no direito por meio da ineficiência do próprio ordenamento jurídico, abalando os alicerces do próprio Estado. É por conta disso que a preocupação com o direito dito material deve ser acompanhada intimamente do minucioso interesse pelo direito processual. Fazer valer o direito consagrado no texto legal perpassa o devido manejo dos instrumentos processuais capazes de efetivá-lo.

A ação civil pública, prevista em legislação específica, garante a defesa de interesses metaindividuais, sendo proposta por diversos co-legitimados ativos, entre os quais o próprio Ministério Público. Numa melhor técnica legislativa, e valendo-se de um contexto puramente doutrinário, talvez melhor fosse a denominação de ação coletiva quando a mesma estivesse sendo proposta por qualquer co-legitimado que não o Ministério Público¹⁸. O fato é que o advento da ação civil pública (Lei 7.347/85) marcou uma grande transformação no cenário jurídico brasileiro, uma vez que "o processo judicial deixou de ser visto como mero instrumento de defesa de interesses individuais, para servir de efetivo mecanismo de participação da sociedade na tutela de situações fático-jurídicas de diferente natureza, vale dizer, daqueles conflitos que envolvem interesses supraindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos"¹⁹.

A defesa do meio ambiente (um direito de matiz fundamental) é um dos contextos mais salientes da utilização desse remédio

¹⁷ Sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais, Andreas J. Krell, **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 2002, p.25-40.

¹⁸ Hugo Nigro Mazzili, **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 13.

¹⁹ Édís Milaré, **Direito do Ambiente**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.510.

processual. Há de se ressaltar, entretanto, que “a ação civil pública é um importante instrumento de tutela do meio ambiente mas, a toda evidência, não é um instituto que integre o Direito Ambiental. A lei da ação civil pública, igualmente, não criou qualquer direito. É, apenas, norma de processo, e é desta maneira que deve ser enfocada”²⁰. A sua força processual se manifesta na medida em que o objetivo ideal a ser perseguido é a execução específica, de modo que o bem ou interesse lesado seja repostado nas mesmíssimas condições anteriores à agressão. Nem sempre isso é possível, para esta classe de bens e interesses, cabendo, então, um sucedâneo pecuniário a ser remetido a um fundo para a futura reconstituição de bens lesados²¹.

O que parece saltar às vistas, nos últimos anos, é um maior amadurecimento do sistema jurídico brasileiro. A defesa de interesses difusos, associados principalmente a direitos fundamentais de natureza social, tem crescido de forma exponencial. A concepção liberal oitocentista de que o direito regula sobretudo interesses individuais caiu por terra no século XX. O direito é, principalmente, uma arma para a observância das grandes causas coletivas. Bens e valores universais como o patrimônio cultural, o meio ambiente equilibrado, a dignidade do consumidor, entre tantos outros, passaram a ser enxergados com a mesma visibilidade dos contratos comerciais e financeiros. Nesse contexto, para a realidade brasileira, teve papel significativo a crescente utilização da ação civil pública, tanto pelo Ministério Público quanto pela sociedade civil organizada, na intransigente defesa de interesses de toda a coletividade²².

5. Análise de uma decisão judicial inibidora da barbárie da “farra do boi”

Um breve estudo de uma decisão judicial encerrará o presente artigo. Frise-se, logo, que o termo decisão judicial aqui está sendo proposto num sentido amplo, ou seja, refere-se a todos os passos seguidos desde a propositura da ação originária até o acórdão final da nossa corte constitucional, julgando o Recurso Extraordinário.

²⁰ Paulo de Bessa Antunes, **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998, p.382.

²¹ Rodolfo de Camargo Mancuso, **Ação Civil Pública**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 28-29.

²² Andreas J. Krell, obra citada, p. 103-106.

Em setembro de 1992, um grupo de associações de proteção aos animais impetrou junto ao Supremo Tribunal Federal um Recurso Extraordinário sendo recorrido o Estado de Santa Catarina. A alegação central era a da violação do disposto no art. 225, na parte referente à proibição de submissão de animais a maus tratos. A querela já se arrastava vindo da própria justiça estadual catarinense, vez que a ação civil pública ali houvera sido impetrada com a finalidade de conseguir uma "obrigação de fazer", qual seja a condenação do estado de Santa Catarina a proceder à proibição da festa da "farra do boi" e de manifestações assemelhadas. Embora o folguedo já possuísse uma grande notoriedade, os proponentes da ação acostaram aos autos processuais ampla documentação comprovando as torturas aos animais e dando conta, também, da negativa repercussão internacional da festa.

Na primeira instância a defesa do estado se deu no sentido de valorizar a expressão cultural do evento (também um direito constitucional), afirmando que os excessos já vinham sendo combatidos pela autoridade policial e que não havia omissão alguma do Poder Público. Foram argüidas de pronto a inépcia da inicial e a preliminar de carência da ação. Assim não entendeu o representante do Ministério Público estadual que opinou pela procedência da ação. Logo depois a sentença foi prolatada na primeira instância, com o juiz entendendo que as associações autoras eram carecedoras da ação, em face da impossibilidade jurídica do pedido (já que seria impossível ao Estado estabelecer tal controle). Curioso é de se notar na sentença da primeira instância o reconhecimento da nobreza da causa (as autoras não foram condenadas ao pagamento das verbas de sucumbência) e as investidas sobre o mérito feitas pelo magistrado (já que em tese o mérito nem estava sendo apreciado).

Dessa primeira decisão, as associações acima aludidas apelaram ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina que julgou improcedente o pedido. O acórdão chamou a atenção para o fato de que a manifestação folclórica em si (tradição açoreana) não podia ser confundida com os excessos aqui e ali cometidos. Para estes (maus tratos aos animais) já havia legislação própria, qual seja a Lei de Contravenções Penais. É de se notar também como interessante, nesta decisão de segunda instância, que embora improvida a apelação, houve alteração do dispositivo da sentença primeira, já que para o

tribunal o mérito deveria ter sido enfrentado com a devida improcedência do pedido.

Com esta segunda decisão, as associações buscaram o Supremo Tribunal Federal, como já foi registrado acima. O Ministério Público Federal, através do Subprocurador Geral da República, Paulo de Tarso Braz Lucas, em que pese ter reconhecido também a atualidade e a grandeza do tema, não via como do reconhecimento do Recurso Extraordinário (segundo ele, formalmente muito bem postulado). A sua aceitação recairia na necessária revisão de fatos já decididos, indo muito além da pura matéria jurídica. Haveria violação da já cristalizada Súmula 279 do STF, segundo a qual “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Registre-se que, pela segunda vez na tramitação processual, a grandeza da causa esbarrava em formalidades jurídicas. Tudo indicava que os bois continuariam sendo torturados e mortos, barbaramente, no alvorecer do século XXI.

No Supremo Tribunal Federal a carruagem mudou de estrada. O ministro-relator, Francisco Rezek, construiu argumentação própria, nos termos seguintes. Acentua de início que o interesse das associações protetoras dos animais é a imediata ação do Estado, aí incluindo-se não só o Poder Executivo como também o Legislativo. O dispositivo constitucional “na forma da lei” (art. 225, VII) jamais poderá ser impedimento à ação do Poder Público. O dispositivo se volta para todos os Poderes (já que se volta para o Estado). Se não há ainda lei (a ação é anterior à Lei 9985/2000, que regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da C.F.), o mandamento se transfere para o Legislativo, para que produza a necessária legislação. Reconheceu o ministro a tentação de ser dominado por sombras metajurídicas, que talvez tenham influenciado as decisões anteriores. Cita mesmo o exemplo do juiz da primeira instância que, embora reconhecesse o mérito do pedido, o via como juridicamente impossível. As sombras às quais se refere o ministro teriam duas dimensões. A primeira, num país com tantas carências humanas seria importante a preocupação com maus tratos em alguns animais? Para ele tal argumento é de tal maneira inconsistente que rivaliza com sua própria impertinência. Arremata dizendo que “com a negligência no que se refere à sensibilidade de animais anda-se meio caminho até a

indiferença a quanto se faça a seres humanos"²³. A segunda tentação seria a de menosprezar o pedido já que as associações autoras eram sediadas no Rio de Janeiro, onde outras prioridades sociais mais urgentes há. Se o caso era tão absurdo, não haveria em Santa Catarina pessoas preocupadas com ele, a ponto de ambientalistas de outra região precisarem agir? Também esta foi uma sombra metajurídica superada pelo ministro-relator.

Passa ao mérito, assim, o ministro Rezek, discordando do representante do Ministério Público Federal. Não há que revolver fatos e provas (já tão bem provados anteriormente), mas sim que discutir o próprio direito. A questão é que, para este caso, os fatos e o direito encontram-se totalmente imbricados, não sendo possível separá-los. Ainda que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tenha retificado o erro do juiz da primeira instância (que valeu-se da impossibilidade jurídica do pedido), avançando sobre o mérito, a decisão daquela corte estadual, entretanto, era no sentido de que o Poder Público estaria atento aos excessos, não cabendo, pois, "obrigação de fazer" (improcedência, assim, do pedido). O relator alude para a clareza e a notoriedade do objeto da ação. Existe uma prática (cujas origens são remotas) cultural do amplo conhecimento de todo o país. A notoriedade se dá justamente pela barbárie da "brincadeira". Até mesmo no exterior, através da imprensa, o fato é de relativo conhecimento. Se não é sempre generalizada, mas a repulsa causada pelos atos cometidos na referida manifestação cultural é evidente. Não há como não se constatar a flagrante violação do texto constitucional. Salienta o ministro que, valendo-se das palavras do advogado das associações, práticas culturais com bois há pelo Brasil afora em que os animais são representados por bichos de papel, por homens fantasiados de animal, sem o culto das atrocidades. Nestes termos é que o relator dá provimento ao Recurso Extraordinário, julgando procedente a ação civil pública e condenando o estado de Santa Catarina a proibir terminantemente a "farra do boi".

Com o relatório, pede vistas o ministro Maurício Corrêa, manifestando-se, posteriormente, no sentido de que a Constituição também resguarda o patrimônio cultural. Para ele, se há excessos, estes devem ser coibidos, mas jamais se deve proibir a expressão

²³ Ministro Francisco Rezek, relatório do Recurso Extraordinário n. 153.531-8 Santa Catarina, Supremo Tribunal Federal, p.397.

folclórica. Valendo-se de ampla documentação, o ministro Corrêa insiste no fato da preservação dos bens culturais. Entende que a proibição pura e simples da “farra do boi” também violaria o texto constitucional. Ao estado de Santa Catarina compete cuidar para a não existência de excessos, punindo os eventuais transgressores. Conclui o ministro alegando que o caso enseja uma questão fática e não mais jurídica (haveria que se revolver provas), não conhecendo, pois, do Recurso Extraordinário.

Outros dois ministros, Marco Aurélio e Néri da Silveira, votaram acompanhando o relator. Entendem haver flagrante violação constitucional em prática tão repulsiva. Ademais, o Poder Público jamais teria condição concreta de controlar os excessos, significando essa “tentativa” a continuidade das referidas práticas. Salienta Néri da Silveira que a cultura (que deve ser preservada) pressupõe desenvolvimento que contribua para a realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania, e para a construção de uma sociedade mais livre, mais justa e mais solidária. Assim, por maioria, a Turma do STF conheceu o recurso, dando-lhe provimento nos termos do voto do ministro-relator. Ao estado de Santa Catarina cabe proibir a manifestação da “farra do boi”, em face da flagrante violação do disposto no art. 225, VII, da nossa Constituição Federal²⁴.

Existem idéias que são aparentemente banais, e de tão prosaicas são esquecidas. Mas precisam ser lembradas sempre. As palavras do ex-secretário do Meio Ambiente do Paraná, Vitório Sorotiuck, no I Encontro das Comissões de Direito Ambiental da OAB, realizado em junho de 2000, em Brasília, não trazem nada de novo, mas servem de alerta para que nos posicionemos diante das diárias agressões ao meio-ambiente, muitas delas até imperceptíveis. É que “há essa dificuldade sempre quando vamos ver um fato concreto e alguém diz: 'Não, é só uma matinha, um pequeno hectare', etc. Mas, na verdade nós temos que mostrar como isso está se dando em nível planetário”²⁵.

²⁴ Recurso Extraordinário 153.531 – Santa Catarina, protocolado junto ao Supremo Tribunal Federal em 2 de setembro de 1992.

²⁵ **Direito Ambiental – O desafio brasileiro e a nova dimensão global**, coordenação de Maria Artemísia Arraes Hermans. Brasília, Brasília Jurídica, OAB, 2002, p. 472.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, LEGALIDADE E RACIONALIDADE

Humberto Pimentel Costa

Promotor de Justiça, Mestre em Direito Público pela UFPE

*“O que mais vale no ser humano é sua
capacidade de insatisfação.”*

JOSÉ ORTEGA Y GASSET

SUMÁRIO

1. Apresentação. 2. O homem e seu controle pela sociedade. 3. Panorama da visão de Max Weber quanto à dominação. 4. Dominação legal-racional e Administração Pública do Estado Brasileiro.

1. Apresentação

Para efeito desta análise, partimos da evidência de que o homem, de fato, sofre uma poderosa inclinação para viver em sociedade.

Temos por bem deixar de lado as diversas teorias que procuram explicar o fenômeno, que ao longo do tempo foi objeto de inúmeras formulações intelectuais.

Essa evidente tendência humana, que para o objeto deste estudo não importa ser natural ou imposta pelo contexto, é verificável, por si só, por tantos quantos vivam em sociedade.

Embora não sejam as ciências sociais o âmbito mais apropriado para se depositar um postulado; lançamos essa proposição, por nossa própria conta e risco, como base inquestionável do mundo social, este sim, variável conforme o espaço e o tempo focado.

Consideramos mundo social o conjunto, bem como cada uma das agremiações de seres humanos, que por qualquer motivo vivam de forma coletiva, em grupos.

A referida variabilidade do mundo social, ou das coletividades de seres humanos, tem recebido atenções especiais que, de acordo com a perspectiva eleita, passa por explicações filosóficas, religiosas ou científicas.

Aqui, como não poderia deixar de ser, o que nos interessa é o aspecto científico dado ao fato.

Embora seja comezinho que ciência não combina com dogma, valemo-nos dessa técnica em respeito à objetividade; além da certeza de que a supressão de argumentos de autoridade não é tão grave, quando se procura demonstrar algo que não só não tem sofrido questionamentos, como também não geraria influência, sendo de um modo ou de outro, no que se vai abordar.

Essa visão, que reputamos sociológica, tem se revelado abundante manancial de explicações dos diversos fenômenos encontrados nos grupos humanos. Por vezes, numa atitude eminentemente positivista, procura-se relatar as constatações verificadas, buscando uma ideal isenção entre o sujeito e o objeto do conhecimento; por outras, considerando que dada isenção é de todo impossível, têm-se lançado uma apreciação crítica. De uma forma ou de outra, encontra-se a negação da opção desposada.

Se por um lado a isenção positivista já é uma tomada de partido, na medida em que não deixa de ser um valor querer despojar-se de valor, esse sentimento que impregna a existência humana; por outro lado a visão crítica, inegavelmente dirigida por uma finalidade valorada previamente, com maior propriedade afasta-se ainda mais do que se convencionou chamar científico.

Não cremos ser possível encontrar a conciliação entre os dois paradigmas, nem é nosso objetivo, sob pena de mergulharmos no poço sem fundo da questão de se saber se estamos ou não numa seara científica.

Digamos que sim, lançando mão aqui de providencial corte epistemológico, em homenagem ao pragmatismo acadêmico e ao perfil instrumental dos conceitos que buscamos.

Assim, como já acima adiantado, tomamos por certo que o homem vive em sociedade.

Nesse viver gregário, nessa partilha de espaços, constata-se a existência de determinados comportamentos, comportamentos esses que não só fazem parte da essência do grupo, como também assumem um papel de manutenção do estado das coisas.

Noutras palavras, são conjuntos de efeitos práticos, observados nas formas de viver e encarar a realidade, determinando ações e pretensões, conquistas e frustrações; gerados todos pelo relacionamento do homem com outros homens.

Esses efeitos não são os mesmos em todas as épocas, nem em todos os lugares. Mas é justamente a existência de efeitos que tais que fornece subsídio para os estudos desenvolvidos pela Sociologia.

Como adaptação social, conforme esclarece Marcos Bernardes de Mello, em última análise para a própria manutenção dos grupos, essas influências comportamentais são transmitidas a partir de diversas fontes, *“como a Religião, a Moral, a Política, a Educação, a Economia, a Ciência, a Arte, a Moda, a Etiqueta, e o Direito”*¹.

Nossa missão aqui será, inicialmente, partindo da constatação de que o homem vive em sociedade, demonstrar que essa sociedade influencia sobremaneira o modo de ser do homem.

A vida em sociedade, nos tempos atuais, no mais das vezes, depara-se com uma ficção jurídica denominada Estado. Quase a totalidade dos povos do mundo vive inserida no contexto do Estado.

O Estado, até mesmo para tornar sua existência aceitável, em especial após os avanços alcançados com o advento da Revolução Francesa, que se constituiu em verdadeiro divisor de águas no tocante à origem do poder; posto que outrora seu fundamento se baseava principalmente na providência divina; vem trilhando um caminho evolutivo que o tem levado a prestigiar cada vez mais os princípios da legalidade e da racionalidade.

Como dentro do Estado é a Administração Pública quem se encarrega de concretizar suas ações, temos que é decorrência natural que a Administração Pública seja concebida com a presença de uma atuação pautada pela legalidade, e um perfil norteado pela racionalidade.

¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p.4.

Nosso intuito, mais adiante, será o de reconhecer, nessa legalidade e racionalidade típica da Administração Pública hodierna, uma das formas de dominação descritas por Max Weber, em *Economia e Sociedade*; na medida em que submetem o homem a uma rotina de acordo com a legalidade, além de ser permeada pelo sentido legitimador da racionalidade.

Mais especificamente, procuraremos destacar que o império da legalidade e a ênfase na racionalidade nada mais são do que a forma pela qual o Estado atual pode expressar sua dominação sobre o homem; antes de serem simplesmente aspectos de um Estado legítimo.

Entendemos por dominação a probabilidade, em grau relevante, de se encontrar obediência a um determinado comando, conforme a construção *weberiana* do conceito². Portanto o termo dominação, como aqui o usaremos, não traz em si qualquer valor, adstringindo-se ao que ora está sendo posto.

Desse modo, tenderemos a concluir que a dominação do homem é inerente à vida em sociedade, assim como é inevitável quando se está perante a figura do Estado. Nesse contexto, a Administração Pública assumiria o relevante papel de, a um só tempo, dar o exemplo e cobrar comportamento análogo.

2. O homem e seu controle pela sociedade

Tomemos do ambiente social, para apreciação, o direito.

O fenômeno jurídico destaca-se pelo seu caráter incondicional, portanto independente da aquiescência das pessoas, que ficam adstritas a seus ditames pelo simples fato de pertencerem a dado grupo do mundo social.

Henri Lévy-Bruhl³, ao tentar definir direito, coloca que:

² WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução da Quinta edição revista, anotada e organizada por Johannes Winckelmann. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn. 3. ed. Vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 140.

³ LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do direito**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.3.

A palavra 'direito', em francês (como em inglês, right; em alemão, Recht; em italiano, diritto, etc.), liga-se a uma metáfora na qual uma figura geométrica assumiu um sentido moral e depois jurídico: o direito é a linha reta, que se opõe à curva, ou à oblíqua, e apresenta-se às noções de retidão, de franqueza, de lealdade nas relações humanas.

Importantes discussões a respeito da fonte geradora do direito têm sido travadas, principalmente após o advento da contribuição do austríaco Eugen Ehrlich, que com sua obra *Fundamentos da Sociologia do Direito*, proporcionou uma visão que admite o pluralismo jurídico, ou a existência de normas jurídicas providas de outras searas que não o Estado.

Independentemente de ser o Estado o único produtor do direito, nesse caso chamado direito positivo, numa concepção monista e tradicional; ou de ser o Estado apenas mais um gerador do fenômeno jurídico, nesse caso todos os demais processos de adaptação social seriam, em verdade, produtores de normas jurídicas, na medida em que o comportamento prescrito tratasse do hábito, da dominação, da posse ou da declaração de vontade (questões essenciais mesmo para a vida regularmente pacífica em grupo, segundo Ehrlich⁴), não se poderia jamais desconsiderar a marcante presença do Estado, como detentor do maior poder, em especial pelo monopólio da violência.

Não obstante o fascínio inicial do pluralismo jurídico, não nos deixamos convencer por seus argumentos, sob pena de terminar por tornar inútil o adjetivo "jurídico", que ora designaria fatos cuja obrigação viria por força do poder do Estado; ora trataria de fatos cuja obrigação viria por força de outras organizações sociais, nem sempre políticas.

O Estado é o fenômeno político por excelência. A política, como ciência do governo dos povos, ou Ciência Política, academicamente, reconhece como Estado o conjunto formado pelo concurso de três elementos, quais sejam: o território, o povo e a soberania.

Assim, num dado território, com determinado povo ali vivente, submetido a uma ordem centralizada e superior a qualquer outra, capaz de manter-se como tal, surgiria o Estado.

⁴ RIBEIRO, Emmanuel Pedro S. G. Notas introdutórias sobre o pensamento de Ehrlich. *Opinião Jurídica*. Ano III, n. 18.

O monopólio da força, decorrente da soberania; sem a qual não se poderia falar em Estado; é o que dá o matiz jurídico dos comportamentos sociais.

Pensar de modo diverso equívale a desconsiderar que as emanções dos diversos processos de adaptação social, conforme a opção política do Estado, poderiam se constituir em atitudes proibidas, até criminosas.

Naturalmente essas opções políticas não surgem do nada, nem são um fim em si mesmas. É por demais evidente que são colhidas no próprio seio da sociedade, pois sendo diferente não logriam aceitação ou existência viável.

Essa troca de influências, nem sempre perceptível a um olhar incauto, entre o Estado e a Sociedade, faz surgir uma simbiose, quase nunca numa situação de equilíbrio estável.

Com efeito, Estado e sociedade não são a mesma coisa, mas dificilmente podem se tornar coisas diametralmente opostas, por muito tempo.

Acreditamos que o Estado ideal estaria bem próximo dos anseios da maioria da sociedade. Mas como a sociedade não é um tecido homogêneo, essa aspiração utópica não resistiria ao menor contato com os dados sociais.

O homem, situado no meio dessa medição de forças entre o Estado e a sociedade (forças essas que, não raro, apontam seus vetores para sentidos diferentes), sofre pressões que o levam a dirigir seu comportamento, sempre após o crivo dos seus próprios interesses.

Ocorre que esses interesses, que chamamos de próprios, são incutidos no homem pelo seu próprio referencial, que pode ser ou não, e que amiúde não é, formado a partir de si mesmo. É o que se chama de alienação, que implica em ser e não ser ao mesmo tempo⁵.

Essas pressões dão origem a atitudes conformes ou contrárias ao direito, e até mesmo conformes ou contrárias às expectativas da sociedade ou de outros grupos sociais menores.

⁵ CODO, Wanderley. **O que é alienação**. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991, p.20.

A realidade nos mostra, com expressividade, o homem se comportando de acordo com os ditames sociais e normas jurídicas. Os comportamentos desviantes existem, mas com exceção de sociedades ou Estados em pleno colapso, são resíduos excepcionais, se comparados ao turbilhão de condutas ordinárias e aceitas.

Tomando ainda o exemplo do pluralismo jurídico, à guisa de argumentação, percebemos que mesmo para os defensores dessa concepção, as pessoas se comportariam de acordo com as normas *jurídicas* emanadas do centro de poder que sobre elas exercesse a maior influência.

Assim, de um modo ou de outro, o homem termina por ser afetado por comandos comportamentais de certa sociedade ou Estado.

Disso defluiu-se que, de fato, o homem é controlado, ou melhor, é dominado pela sociedade e pelo Estado.

3. Panorama da visão de Max Weber quanto à dominação

Segundo Max Weber, a influência exercida sobre o homem como forma de dominação encontra, *a priori*, vários motivos determinantes, que podem vir do mero costume, passando pelo afeto ou por razões materiais ou racionais.

De qualquer forma, a espinha dorsal da dominação encontra-se na crença da legitimidade do próprio poder, o que faz com que quem obedece esteja convencido de que sua atitude é devida, assim como cria o ambiente para que quem comanda creia que o faz por direito.

A partir disso, surge normalmente um quadro administrativo incumbido de fazer valer as emanções superiores, quer sejam dirigidas à execução de disposições gerais, quer digam respeito a ordens concretas.

Nesse quadro administrativo, ou na natureza do vínculo que une esse quadro ao centro de emanção do domínio, percebemos uma exposição do paradigma que vai se refletir em relação aos demais subordinados.

O funcionamento do quadro administrativo, no nosso modo de sentir, reflete a própria substância da dominação exercida pelo núcleo

detentor do poder sobre as demais pessoas da sociedade, ou o povo em geral, visto que aqui o que nos interessa é o Estado, sua Administração Pública e o resto da população, como será especificado mais adiante.

Voltando a Max Weber, temos que esse pensador, ao debruçar-se sobre a questão da dominação, logrou identificar três formas do fenômeno, que chamou de formas puras. Seriam elas: a dominação de caráter tradicional, a de caráter carismático e a de caráter racional. Repita-se que essas formas de dominação apresentam origens e fundamentos diversos, mas em comum guardam a presença da crença na sua legitimidade, como já colocado.

A forma de dominação que recebeu a nomenclatura de *tradicional*, pode ser sucintamente definida, nas palavras do próprio Weber:

*De caráter tradicional: baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representa a autoridade*⁶.

Essa espécie de dominação apresenta seu tipo mais puro na dominação patriarcal, tipicamente de aspecto comunitário. Nesse contexto, aparece a figura do “senhor”, seu respectivo quadro administrativo formado por “servidores”, e os “súditos”, que se compõem do restante do povo.

A dominação tradicional opera com base na fidelidade aos costumes, por uma questão de “sabedoria”. O poder do senhor é quase infinito, encontrando limites apenas nas normas da própria tradição, o que faz com que nos demais casos aplique soluções oriundas de seu particular senso de justiça ou equidade, sempre de ordem material, inexistindo por completo regulações formais quanto aos seus atos.

O conceito de dominação *carismática*, em linhas gerais, pode ser condensado nos seguintes termos:⁷

De caráter carismático: baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas.

⁶ WEBER, Max. **Economia e sociedade...**, op.cit., p.141.

⁷ WEBER, Max. **Economia e sociedade...**, op.cit., p.141.

Nessa modalidade de dominação, segundo Weber, seus tipos mais puros são a dominação do profeta, do herói guerreiro e do grande demagogo. A pessoa dotada do carisma dominante freqüentemente é chamada de “líder”, enquanto seu correspondente quadro administrativo é formado por “apóstolos”, ao passo em que o restante da comunidade forma o seu “séquito”.

É inerente à dominação carismática a crença nos dotes extraordinários do líder. Seus seguidores aceitam seu poder pela confiança irracional, depositada nas qualidades reconhecidas do detentor do carisma.

Não há qualquer regramento no tocante ao exercício do poder, posto que o que vale são as ações contingenciais, criando soluções para cada caso.

Por ser uma relação puramente pessoal, é imprescindível que o líder sempre se faça acreditar, razão pela qual seu poder se torna insubsistente, quando ele não mais puder manter o mesmo nível de credibilidade.

A dominação que foi definida por Weber como racional, ou dominação legal com quadro administrativo burocrático, pode ser singelamente conceituada da seguinte forma:

*De caráter racional: baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação*⁸.

A formalidade é determinante nessa espécie de dominação. Seu tipo mais puro, de acordo com o próprio Weber, é a dominação burocrática. O senhor nesse caso é o “superior”, que tem um corpo administrativo formado de “funcionários”, todos os outros subordinados, ou membros da associação (em sentido amplíssimo), são chamados “cidadãos” ou “camaradas”.

Na dominação racional ou legal, não há obediência ao superior por eventual direito próprio seu, oriundo da tradição ou do carisma. O que importa são as regras estatuídas, que terminam por vincular drasticamente o próprio superior, que afinal foi guindado àquela posição a partir de normas abstratas preestabelecidas.

⁸ WEBER, Max. *Economia e sociedade*, op. cit., p. 141.

Nessa realidade, sobressai a importância do serviço disciplinado e impessoal, permeado por um funcionamento precipuamente técnico.

É a modalidade de dominação encontrada no Estado dos dias de hoje, em especial na Administração Pública do Estado Brasileiro; portanto constitui-se na espécie que mais nos interessa.

Entretanto, malgrado a uma primeira vista parecer simples atividade legítima do Estado, por si a para si, a legalidade igualmente se constitui numa forma de dominação do homem pelo homem.

É o tipo de dominação mais apropriado para os dias atuais, posto que parece ser o único compatível com o grau de desenvolvimento técnico e racional; especialmente no campo das idéias e do auto-conhecimento do homem; operado desde o Iluminismo.

Se por um lado a legalidade é uma garantia para o cidadão, na medida em que lhe é assegurado que não sofrerá a intervenção do Estado fora dos casos previstos na lei; por outro lado deve ele, o cidadão, independentemente de sua vontade inicial, pautar seu comportamento de forma a não infringir os ditames do Estado.

4. Dominação legal-racional e administração pública do estado brasileiro

A Administração Pública do Estado Brasileiro contemporâneo, como já frisado anteriormente, tem encontrado seu modelo de funcionamento na burocracia. É o que preconiza, basicamente, nossa atual Constituição Federal.

A burocracia, ao impor seu rígido formalismo, trouxe consigo os princípios da legalidade e impessoalidade, constantes do *caput* do art. 37 Constituição da República.

Não há como não se reconhecer o avanço em que se constituiu o surgimento da burocracia, no tocante às rotinas da Administração Pública, principalmente. Por outro lado, não se pode também deixar de considerar que essa forma de dominação, além de ser bastante efetiva, limita a liberdade, a espontaneidade e a iniciativa do homem, na medida em que descarrega toda a sua atenção na forma e no processo, deixando de lado os fins e os resultados.

O avanço da burocracia não deixou de ser uma vitória contra o Estado Patrimonialista. Nesse Estado, que teve seu auge nas

monarquias absolutas, não havia uma divisão entre o público e o privado, o que amiúde gerou ambiente propício para o clientelismo, o fisiologismo e para o nepotismo.

Juntamente com o novo Estado trazido pela Revolução Francesa, que serviu de paradigma para a quase totalidade dos países do mundo moderno, veio também a noção da importância da legalidade, como forma de garantir a liberdade e a igualdade formal entre as pessoas; além da preponderância da racionalidade e da impessoalidade, com a mesma finalidade. Foi plantada, então, a semente do Estado Burocrático.

No Brasil, juridicamente, de há muito vigora o paradigma do Estado Burocrático. Entretanto, o patrimonialismo sempre foi uma constante entre nós. Se hoje não é mais aceito como valor, encontra-se como prática, mesmo que residual. Exemplos típicos, entre outros, são algumas prefeituras de pequenas cidades do interior distante do nosso país.

Além do mais, como bem coloca Sérgio Buarque de Holanda⁹, os brasileiros sempre tiveram aversão a ritualismos e formalidades, motivo pelo qual nosso sistema administrativo e seu respectivo corpo de funcionários só excepcionalmente são dedicados a interesses eminentemente objetivos. De outro ângulo, sem embargo da importância em que se revelou o surgimento da burocracia, não é livre de críticas essa forma de dominação.

Na verdade, o que ocorre é uma grande antítese. A burocracia busca assegurar a liberdade, mas termina por limitá-la. Quem vive nesse ambiente formal sabe que não será prejudicado, a não ser por força de lei. Entretanto, não há espaço para o brilhantismo próprio do ser humano. O que importa realmente é a forma como são levados adiante os procedimentos rígidos, independentemente do resultado.

A burocracia é profundamente alienante, chegando às raias da falta de sentido e da irracionalidade, como foi bem explicado por Fernando C. Prestes Motta¹⁰.

⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

¹⁰ MOTTA, Fernando C. Prestes. **O que é burocracia**. 16. ed. Coleção Primeiros Passos, n. 21. São Paulo: Editora Brasiliense, 1997.

Com o início da reforma administrativa, que começou a ser engendrada no Estado Brasileiro com a Emenda Constitucional nº 19/98, percebe-se uma franca intenção do governo em abandonar a rigidez do Estado Burocrático. A introdução na Constituição Federal, no tocante à Administração Pública, do princípio da “eficiência” é prova cabal desse desiderato.

Aos poucos o Estado Brasileiro, que sequer chegou a implementar completamente uma burocracia pura, tendo em vista os evidentes resquícios da Administração Patrimonialista, procura agora levar a efeito uma administração gerencial, com um sem número de semelhanças com a administração típica das empresas privadas.

Essa nova Administração Pública, que está apenas nascendo, não só aqui mas em todo o mundo, quer se dizer não burocrática, talvez justamente para fugir do sentido pejorativo que o vocábulo “burocracia” tem recebido.

Burocracia tem sido sinônimo de morosidade, falta de motivação, despreocupação com as pessoas que usam o serviço e nenhuma ênfase nos resultados.

Temos então que, na atual Administração Pública Brasileira, convivem, a um só tempo, os resquícios do patrimonialismo (apenas como prática), a formalidade da burocracia descrita por Max Weber (como valor e como prática) e o incipiente modelo gerencial (como valor e como prática nascente).

De todo modo, mesmo com a crescente adoção de mecanismos mais maleáveis para o trado das rotinas administrativas, com o paulatino “desengessamento” do serviço público, como tenciona o atual governo, não cremos que seja possível abandonar os pilares que sustentam a legitimidade do Estado.

Isso implica dizer, na nossa ótica, que a dominação de caráter racional, tal como foi mencionada no tópico anterior, continuará a existir enquanto existir a Administração Pública, que não só aplica seu método como impõe ao restante da população o seu seguimento; como enquanto existir o Estado, pois entendemos que nenhuma outra forma poderá ser compatível com o atual estágio da nossa civilização.

NOVOS RUMOS DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Karina Gomes Nakai

Escrivã da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Maceió.
Pós-graduanda em Direito Constitucional pelo CESMAC/AMPAL

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O Direito Penal e o Crime. 3. O Princípio da Intervenção Mínima. 4. O Princípio da Ofensividade. 5. O Direito Penal Mínimo. 6. Criminalização e Descriminalização. 7. Conclusão.

1. Introdução

Dentre outras funções exercidas pelo Estado, está a de disciplinar a conduta humana, mediante um conjunto de normas, instituições, estratégias e sanções, cujo objetivo centra-se na promoção da coexistência pacífica dos indivíduos que o integram.

No exercício dessa função, o Estado elege os bens que deverão ser tutelados, em face da sua relevância, a fim de protegê-los de possíveis ofensas, reservando para si, nestas hipóteses, o *ius puniendi*, ou seja, o direito de impor sanções àqueles que os desrespeitam.

O direito de punir do Estado, no entanto, deve atender aos anseios sociais. Desse modo, a ele impõe-se verificar se a sociedade afere como importante aquele bem que se pretende proteger pois, do contrário, ilegítima será a sua tutela.

De tal sorte, o Estado sofre limitações no exercício do direito de punir. Esta limitação ocorre, num primeiro momento, no cumprimento da função legislativa, quando o legislador é chamado a selecionar apenas os bens de considerável grau de relevância social para, uma vez tutelados, protegê-los. Em momento posterior, a limitação dá-se mediante a prestação jurisdicional, quando o órgão julgador avaliando o caso concreto, decide pela punição ou não de determinadas condutas prescritas em lei.

Nessa perspectiva, doutrina e jurisprudência hodiernas passam a intensificar o já difundido pensamento de que o Estado não deve impor aos jurisdicionados, medidas punitivas desnecessárias, para não ultrapassar seus limites, “o Estado não está autorizado a causar mal desnecessário aos jurisdicionados” (BIANCHINI, 2002, p.19).¹

O Direito Penal, nesse contexto, exerce importante missão social: adaptar-se às necessidades sociais para fornecer, diante do caso concreto, a solução socialmente útil e, assim, alcançar a realização da justiça.

A lei penal, portanto, provê a defesa social. Toda lei penal tem por objeto uma ação que, nas condições permanentes ou transitórias da vida social, o legislador considera prejudicial ou perigosa à segurança ou à prosperidade coletiva, a ponto de proibi-la expressamente e de puni-la com sanção repressiva.

Com o presente trabalho, portanto, pretende-se analisar os novos rumos do Direito Penal brasileiro, sob o enfoque principiológico, mormente sob o prisma dos princípios da intervenção mínima e da ofensividade, a fim de verificar o real conteúdo e missão do Direito Penal.

2.O Direito Penal e o Crime

Para garantir sua conservação social, o Estado tem, por necessidade natural, o poder e o dever supremo e imanente de proibir e punir as ações danosas e perigosas para as condições de existência individual e social, contra as quais se mostram insuficientes as outras sanções jurídicas (disciplinar, civil, administrativa, política).

O Estado estabelece a proibição não como palavra acadêmica, ou como conselho moral, mas como imperativo, que importará ao transgressor as coerções concretas, a fim de que os cidadãos vejam e experimentem que a proibição não se transgride impunemente.

¹ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. Série Ciências Criminais no Século XXI – Vol. 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Contudo, o Estado deve agir de forma a garantir os direitos fundamentais aos homens. Buscar sempre mecanismos de controle social mediante os quais sejam salvaguardadas as garantias conquistadas ao longo de lutas e sacrifícios, portanto ninguém pode ser punido por uma ação que não seja proibida, com pena determinada, por uma lei a ela anterior.

É ilícita uma conduta humana quando se opõe a uma norma jurídica ou indevidamente produz efeitos que a ela se opõem. Quando esta conduta merece uma sanção, uma pena, o ilícito é chamado de crime.

O crime não é o efeito de acontecimentos naturais, como o terremoto, o raio, a inundação que, todavia, podem produzir mortes, lesões, incêndios e danos. A ação proibida pela lei penal é e não pode deixar de ser a ação de um homem. Então, é evidente que o objeto da lei penal não pode ser apenas a ação por ela proibida, mas é e deve ser, inseparavelmente, também o homem que pratica o fato delituoso. Portanto, o crime ou delito e o delinquente são os dois objetos inseparáveis da lei penal.

A função do direito penal é evitar a prática dos delitos com a imposição de sanções aos indivíduos que transgredirem as regras de conduta nele contidas, tendo em vista a proteção dos bens que representam os valores mais caros à sociedade.

O elemento que transforma o ato em crime é a decisão política, o produto do ato legislativo que o vincula a uma pena. Esse é o grande sentido das definições formais de crime, e ele nos revela que a pena não é simples consequência jurídica do crime, mas sim, antes disso, sua própria condição jurídica de existência.

Entretanto, a proibição de determinadas condutas com a imposição de sanções de forma inadvertida, injustificada, termina por distanciar o sistema penal de seu objetivo primordial, qual seja: diminuir a violência que amedronta a sociedade.

Nesse sentido, manifestou-se Beccaria (1983, p.92), em lições que representam as bases do direito penal contemporâneo:

Se são proibidos aos cidadãos muitos atos indiferentes, não tendo esses atos nada de prejudicial, não se previnem os delitos: em vez disso, faz-se com que apareçam novos, pois se mudam de modo

arbitrário as idéias comuns de vício e de virtude, que ainda se proclamam eternas e imutáveis.²

Hoje, apesar de todas as recomendações, fundamentalmente, prevalece o brocardo – *punitur ut peccatum est*. Há, infelizmente, quase sempre, a mera preocupação de definir o crime e identificar o agente. Com isso, a consciência jurídica se tranqüiliza, e, em nível meramente formal, faz-se adequação – crime/pena.

Além disso, conforme afirmam Zaffaroni & Pierangeli (1997, p. 70):

O sistema penal, dada a sua seletividade, parece indicar mais qualidades pessoais do que ações, porque a ação filtradora o leva a funcionar desta maneira. Na realidade, em que pese o discurso jurídico, o sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais que contra certas ações.³

Desconsidera-se, embora se saiba, que o fenômeno da infração penal só ocorre na sociedade e ganha relevo de interesse coletivo. A sanção criminal, ao contrário da sanção civil, não é meramente reparatória. Não se confunde também com a sanção administrativa, de cunho e explicação disciplinar.

A sanção penal conjuga-se com o interesse da sociedade.

A infração penal e a respectiva pena têm como pressuposto, respectivamente, a necessidade de realizar o interesse público; de um lado, que não haja delitos; de outro, a sanção corresponder também ao interesse social.

Toda infração penal é conduta refutada pela sociedade. Mais ou menos intensamente. Daí, enquanto houver divergência entre as pessoas, sempre haverá comportamento contrário do permitido, ou tolerado.

² BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Enrique. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

3. O Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima foi produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo que mantivera o espírito minuciosamente abrangente das legislações medievais.

Como o mastro da legalidade não tem sido suficiente para garantir um sistema penal imune ao arbítrio do Estado, porquanto pode criar figuras delitivas iníquas e instituir penas excessivamente duras, impõe-se, para evitar uma legislação inadequada e injusta, restringir, e até mesmo, se possível, eliminar o arbítrio do legislador.

Dessa forma de repensar o Direito Penal, surge no Brasil com uma força revolucionária: o princípio da intervenção mínima, pelo qual o Estado não deve recorrer ao Direito Penal e sua gravíssima sanção se existir a possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não-penais.

Sabidamente a pena criminal é uma solução imperfeita, pois não repara a situação jurídica ou fática anterior, não iguala o valor dos bens jurídicos postos em confronto e impõe um novo sacrifício social, assim, deve ser utilizada como instrumento de *ultima ratio*. Como afirma Conde, (apud, LOPES, 2000, p. 79), o Direito Penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes.⁴

Isso posto, pode-se afirmar que o princípio da intervenção mínima do Estado propõe ao sistema penal uma postura sob três perspectivas fundamentais.

A primeira, como mencionado acima, centra-se na necessidade de somente recorrer ao direito penal quando estritamente imprescindível, quando outros meios de contenção social já se mostrarem ineficazes diante da situação concreta, de modo que o Estado apenas intervenha nos casos mais graves, de difícil resolução. Trata-se do princípio da necessidade.

⁴ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância do Direito Penal**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

A segunda perspectiva na qual se vislumbra o princípio da intervenção mínima é relacionada à limitação legislativa de tutelar apenas o bem relevante para a sociedade. Assim, não é qualquer bem que ensejará a atuação punitiva do Estado, mas apenas aqueles que assumem considerado grau de importância perante a aferição social. O Estado, portanto, somente atuará em defesa de bens jurídicos necessários à convivência harmoniosa da sociedade.

A terceira e não menos importante perspectiva traduz a necessidade de verificar se a ofensa causada ao bem ocorreu em tal proporção que justifique a intervenção penal. Não se trata de toda e qualquer ofensa, mas aquela efetivamente gravosa. Esses são os fundamentos do princípio da ofensividade, cuja relevância, em face dos novos rumos propostos ao direito penal, merecerá análise em tópico apartado.

Reciprocamente complementares, as perspectivas acima apresentadas demonstram o caráter fragmentário do direito penal que não protege a totalidade dos bens jurídicos, mas, tão somente os fundamentais. O direito penal, assim, não se dirige a todo o universo de bens jurídicos, mas a fragmentos desse universo, sobre os quais se mostra absolutamente indispensável.

4. O Princípio da Ofensividade

Os princípios, valores fundamentais de um sistema jurídico, radicam a idéia de justiça que esse sistema garante. Tais valores fundamentais, passam por um constante processo de otimização e aperfeiçoamento no objetivo de assegurar a legitimidade do ordenamento. Assim é o princípio da ofensividade que apesar de ainda não possuir reconhecimento explícito nos modernos e democráticos ordenamentos constitucionais, como também, não disseminar efetiva influência nas incriminações existentes no sistema jurídico, já dá sinais da sua importância frente às atuais demandas do Direito Penal.

O paradigma da ofensividade reside no constitucionalismo moderno. Sob os auspícios constitucionais, esse princípio afina seus alicerces de legitimidade, pretendendo, sobretudo, conter o amplo direito de punir do Estado.

Conforme leciona Luiz Flávio Gomes, esse princípio possui duas funções centrais.

A primeira, função político-criminal, significa a necessidade de examinar quais condutas serão criminalizadas, posto que, segundo esse princípio, somente as condutas que agridem efetivamente um bem jurídico relevante é que devem ser previstas pela norma como crime. Dirige-se, portanto, ao legislador.

A segunda, função interpretativa ou dogmática, diz respeito à interpretação e à aplicação da norma penal em face do caso concreto a ser julgado, já que não é toda e qualquer ofensa ao bem jurídico tutelado que requer penalização, mas apenas a ofensa efetivamente grave. Essa segunda função destina-se essencialmente ao intérprete da norma, aos operadores do direito: juízes, promotores, advogados.

Nesse sentido, o princípio da ofensividade modula, restringe, limita o *ius puniendi*. Inicialmente, mediante a atuação do legislador, no momento da produção das normas, que, no entanto, ainda podem ser e, normalmente são, incompletas, vagas ou exageradamente amplas. Tais imperfeições, no entanto, são sanadas, e um segundo momento, pelos intérpretes, na hora de aplicá-las.

Considera-se, pois, a partir⁵ desse entendimento que, o princípio da ofensividade é um importante instrumento de garantia do modelo democrático de Estado e dos direitos fundamentais, mormente o da dignidade da pessoa humana pois, impede que o Estado, no exercício do direito de punir, imponha restrição de liberdade do indivíduo em razão de condutas que não lesem ou não ponham em perigo de lesão qualquer bem jurídico tutelado.

Segundo lições de Gomes:⁵

Conceber o Direito penal como um adequado instrumento de tutela dos bens jurídicos de maior relevância para a pessoa e, por outra parte, entender que sua intervenção somente se justifica quando esse mesmo bem jurídico se converte em objeto de uma ofensa *intolerável* implica, sem dúvida, repudiar os

⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. Série Ciências Criminais no Século XXI – Vol. 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 14.

sistemas penais autoritários ou totalitários, do tipo opressivo ou policialesco, fundados em apriorismos ideológicos ou políticos radicais, como os que já historicamente vitimizaram tantos inocentes.

Apesar de o princípio da ofensividade não possuir no Brasil previsão expressa, conforme ocorre na Itália (país em que o debate acerca desse princípio mostrou-se mais aprofundado), não há como lhe negar legitimidade, posto que os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente representam a justificativa de sua exigência.

À guisa de exemplo, ilustrando o que acima se expôs, impende-se citar os seguintes julgados dos Tribunais pátrios:

FALTA DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULOS – Ausência de ofensa ou probabilidade de ofensa à incolumidade pública – Configuração – Inocorrência – Demonstração de perigo concreto – Necessidade - Inteligência: art.32 da Lei das Contravenções Penais. É impossível a configuração da infração do art. 32 da LCP se, da ação desenvolvida pelo agente, não decorre ofensa ou probabilidade de ofensa idônea à incolumidade pública, em razão da obediência ao princípio da ofensividade, sendo certo que a lesividade não pode ser hipotética, porque o moderno Direito Penal renega as infrações de perigo abstrato em que se presume, *iuris et de iure*, o resultado, o qual tem de ser devidamente comprovado, em razão da garantia constitucional da não-culpabilidade, não podendo haver presunção contra o acusado. (BRASIL. 10ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Ap. 1.032.711/3. Rel. Juiz Ricardo Feitosa, data do julgamento 19.2.1997). Grifo nosso.

APELAÇÃO - PORTE DE ARMA - ART. 10 DA LEI Nº 9.437/97 – AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA DO DELITO - CRIME DE PERIGO ABSTRATO - INCONSTITUCIONALIDADE - PRINCÍPIO DA LESIVIDADE -PORTE NÃO OSTENSIVO - AUSÊNCIA DE RISCO À INCOLUMIDADE PÚBLICA - ABSOLVIÇÃO DECRETADA. I - Não existindo prova suficiente de que a arma apreendida era de propriedade do réu, não há que se falar em caracterização do delito de porte ilegal de arma na

modalidade “guardar”. II - Quando o agente não utiliza a arma de fogo em porte ostensivo, não colocando em risco a incolumidade pública, é de se reconhecer a ausência de lesividade ao bem jurídico protegido pela lei penal. III - Não havendo a imperiosidade da proteção de bem jurídico, fato existente nos chamados crimes de perigo abstrato meramente formais, é inaceitável a intervenção penal, porquanto inócua e estigmatizante. IV - O princípio da lesividade ou ofensividade possui lastro constitucional exatamente no art. 5º, inciso XXXIX, CF/88, e, no âmbito penal, qualquer tentativa de aplicação de um direito preventivo, mostra-se insubmissa e desgarrada da Regra Excelsa, o que é vedado. V - Absolvição decretada. (BRASIL. 2ª Câmara Criminal do TJMG. Acórdão 0317434-3. Rel. Juiz Alexandre Victor de Carvalho, data do julgamento 19.12.2000). Grifo nosso.

5. O Direito Penal Mínimo

O direito penal desempenha importante papel no controle social que o Estado exerce sobre seus súditos. Porém, atualmente esse controle vem se tornando cada vez mais flexível, uma vez que os doutrinadores da atualidade vêm questionando a função que o Estado deve exercer para impor regras de Direito Penal visando à pacificação dos conflitos e o bem estar da sociedade.

Muflagorri (apud COPETTI, 2001, p. 177) entende que:

a sanção penal se coloca mais como resposta que a normatividade penal oferece para a pacificação social, que como retribuição abstrata, mais ou menos punitiva, em concreto, a um delito cometido. Sua justificação se situa na necessidade para conseguir os fins jurídico-penais, sendo por isso a pena uma instituição eminentemente dinâmica e finalista.⁶

O controle social, como assinala Lola (apud BATISTA, 1999, p. 21):

⁶ COPETTI, André. **Criminalidade Moderna e Reformas Penais**. Estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

não passa da predisposição de táticas, estratégias e forças para a construção da hegemonia, ou seja, para a busca da legitimação ou para assegurar o consenso; em sua falta, para a submissão forçada daqueles que não se integram à ideologia dominante.⁷

Embora as sociedades humanas estejam intimamente subordinadas ao sistema jurídico, especialmente ao sistema jurídico penal, em face da relevância dos bens jurídicos que tutela, de modo a permitir que se deixem disciplinar por ele, do qual recebem a segurança e o equilíbrio para sua sobrevivência, hoje em dia já se discute se não seria uma opção mais inteligente para a solução dos conflitos, a utilização de outros mecanismos com intuito de despenalizar certas condutas, posto que já estaria provado que a pena não resolve o problema da criminalidade. Nesse raciocínio, o Estado estaria repensando o sistema penal, através da criação de novas leis despenalizadoras, mais brandas e eficazes para determinados delitos, comprometido com a proteção da dignidade da pessoa humana, buscando intervir de forma eficiente na solução dos conflitos penais.

Partindo do pressuposto de que no sistema penal brasileiro ainda prevalecem algumas características preocupantes, como a seletividade, repressividade e estigmatização do preso, segundo pesquisa realizada pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos, sem desconsiderar o fato de que, conforme defende von Liszt, só a pena necessária é justa, um sistema penal mais flexível, mediante a utilização de penas menos rigorosas, voltadas à ressocialização e reintegração do indivíduo à sociedade em um menor período de tempo, certamente seria a melhor opção.

Constata-se, por intermédio de pesquisa empírica, que nos últimos 50 anos houve um verdadeiro fracasso das penas privativas de liberdade com respeito a seus objetivos proclamados, levando a sociedade, os políticos e a classe jurídica a discutir esse fenômeno e repensar as bases do sistema penal no Brasil.

Observa-se o aumento contínuo da criminalidade e da reincidência, em particular nas associações da delinquência habitual e profissional com principal reflexo nos grandes centros urbanos, o

⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

aumento sensível e progressivo da delinquência infantil e da feminina, enfim, trata-se de sério problema e a sociedade está preocupada com o aumento assustador da criminalidade e a falência do sistema carcerário no Brasil.

A par do problema, apresentam-se soluções radicais, ora propondo a pena de morte, apesar de vedada pela Constituição, ou o aumento da pena de alguns delitos graves, ora a utilização de penas alternativas para os delitos menos graves como forma de resolver, senão minimizar a crise apresentada.

6. Criminalização e Descriminalização

O movimento evolutivo do Direito Penal chegou a um estágio em que se constata a saturação dos meios formais de controle dos desvios sociais. O Estado já não consegue dar respostas satisfatórias contra a crescente criminalidade. Aliado a esse fato, constata-se que as penas de prisão para os crimes de menor lesividade não logram os efeitos de prevenção e reintegração do indivíduo à sociedade.

Ao invés de propiciar-se ao pequeno delinquente as oportunidades de trabalho e de convívio social e, por conseguinte, a conscientização de seu papel no grupo, de responsabilidade e de respeito ao mínimo ético-social, as penas de prisão criam um sentimento de revolta e descrédito no "ser" que fazem com que o indivíduo perca a esperança em sua mudança pessoal, tornando-o mais e mais violento.

Ciente dessa realidade e tencionando solucionar a crise do Sistema Penal brasileiro, o Direito Penal está a confrontar-se com a determinação ou a exigência de descriminalização. Como dito, em face do flagrante fracasso do sistema penal atual, a sociedade vem cobrando mudanças estruturais nos conceitos de crime e pena, surgindo daí um processo de descriminalização do Direito Penal.

A menor intervenção penal, antes de significar um corte radical do Direito Penal, ou sua completa negação, é a idéia representativa de uma atuação sensata do Estado, voltado a proteger penalmente os bens relevantes da comunidade. Logo, o princípio da menor intervenção não descarta a criminalização, desde que ela se

estabeleça dentro da filosofia de uma real necessidade e quando outros meios da política criminal mostrarem-se ineficazes.

A tendência atual evidencia que a pena de segregação ficou hoje reduzida aos crimes mais graves e de maior reprovação social, enquanto alargadas as possibilidades das penas restritivas de direitos e das penas pecuniárias, deixando de impor-se um pesado custo humano na solução dos desvios sociais.

Assim sendo, vislumbra-se no contexto atual a importância do emprego do princípio da proporcionalidade já que seu conteúdo centra-se fundamentalmente na discussão acerca da necessidade de tutela penal. Bianchini explica que:

A importância do princípio da proporcionalidade decorre do fato de a gravidade da intervenção penal ter a sua variação atrelada ao grau de dignidade do bem jurídico e da sua afetação, fazendo nascer o binômio *merecimento da pena/restrição da liberdade humana*. A solução da equação exige que se estabeleça uma hierarquia de valores, o que é tarefa acérrima, já que há uma enorme dificuldade em se obter consenso sobre o grau de importância de grande parte de bens jurídicos-penais.⁸

Indubitavelmente, pode-se afirmar que as principais diretrizes da Lei Fundamental brasileira e do novo Direito Penal, são o respeito à dignidade da pessoa humana e a valoração da liberdade, mediante a implementação de uma política de menor intervenção estatal, visando a efetiva adequação das regras de conduta aos delitos praticados, através da valoração do homem enquanto ser social e passível de falhas, sem olvidar a importância do poder punitivo do Estado na pacificação dos conflitos para garantir a segurança jurídica e a paz social.

É certo que o Direito Penal tende, nos dias atuais, à descriminalização. Porém, é sabido também que a pressão popular e política muitas vezes leva à criminalização irresponsável e casuística,

⁸ Cf. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*, 2002, p.85.

com valor meramente simbólico e de impacto na opinião pública, tendente a acalmar e satisfazer os reclamos da sociedade, através de uma aparente segurança normativa que, já está provado, não soluciona o problema da criminalidade.

Criam-se novos tipos penais com a instituição de novas leis, aumentam-se as penas para determinados crimes graves, instituem-se regimes de cumprimento de pena mais rígidos, reduzem-se benefícios, enfim, criminaliza-se cedendo às pressões populares, sem realizar estudos responsáveis para garantir resultados positivos. Daí surgem novas leis que não produzem efeitos e não são efetivamente aplicadas. Portanto, a experiência demonstra ser temerário que o Direito Penal ceda a pressões populares temporais e sirva a determinados interesses de determinadas classes para criminalizar condutas.

7. Conclusão

Em face das considerações acima expostas, conclui-se que a eficácia do direito penal está necessariamente relacionada com a sua aptidão em alcançar o fim para o qual fora instituído que é diminuir a violência.

O sistema penal de um Estado Democrático de Direito, cujas bases são o respeito à dignidade da pessoa humana, deve fazer uso dos meios adequados para alcançar esse fim, sem extrapolar os limites impostos ao Estado no exercício do direito de punir, operados mediante a obediência aos princípios da intervenção mínima, da ofensividade, da proporcionalidade, constitucionalmente implícitos.

Tais princípios propõem um direito penal mais eficaz tendo em vista as atuais demandas sociais que reclamam pela segurança jurídica dos bens que reputam relevantes. O princípio da intervenção mínima, da ofensividade, as teorias da norma penal, do bem jurídico e da imputação objetiva constituem o cerne do Direito Penal moderno, que segue hoje novos rumos, de cunho constitucional e garantista.

Cabe ao Estado, no crescente contexto minimalista no qual se desenvolve, continuar garantindo aos indivíduos os direitos fundamentais conformadores do modelo social e democrático adotado, a fim de preservar a legitimidade do sistema penal pátrio com a máxima utilidade possível e com o mínimo de sofrimento.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DO REGIME DEMOCRÁTICO

Magno Alexandre F. Moura

Promotor de Justiça, Professor Universitário e Secretário Executivo do CEFAF

SUMÁRIO

1. O regime democrático como regime político. 2. A democracia e os direitos humanos fundamentais. 3. Qualificação da democracia na constituição de 1988. 4. Da necessidade de efetivação da democracia no Estado brasileiro. 5. A defesa do regime democrático pelo Ministério Público. 6. Conclusão.

1. O regime democrático como regime político

A democracia foi adotada pela Carta Magna de 1988 como o regime político¹, do Estado brasileiro, onde se acha o fenômeno essencial da autoridade, do poder, da distinção entre governantes e governados, como resultado de decisão política fundamental de organização e estrutura do Estado, como processo de convivência e construção da nação brasileira, em relação ao presente e ao futuro, direcionado ao bem-estar e desenvolvimento das pessoas, do povo e das instituições brasileiras.

1.1 O regime constitucional democrático, como princípio político, faz-se entender a democracia como um processo de convivência e de relação intersubjetiva, a solução de conflitos, de como devem ser encaminhados os problemas políticos de um povo. Não pode ser outro o entendimento que tal regime político é recheado por normas morais e jurídicas. Esta última, o Direito, dentro do estágio de

¹ Regime político é um complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram determinada concepção do Estado e da sociedade, e que inspiram seu ordenamento jurídico (maiores detalhes ver em **Curso de Direito Constitucional Positivo**, de José Afonso da Silva, 8. ed. revista, Ed. Malheiros, 1992.

desenvolvimento já alcançado pela humanidade, tornou-se um processo de adaptação social obrigatório, o que independe da adesão voluntária das pessoas e do próprio Estado como ente jurídico que é, para a submissão à ordem jurídica, ao sistema jurídico. Por corolário, se tem como grande conquista desse desenvolvimento humano à força do Direito, lastreado no princípio da legalidade. Tal princípio se contrapõe aos déspotas. Daí os direitos fundamentais tornaram-se indispensáveis nos diplomas constitucionais surgidos no século XIX, dentro do tipo de Estado, o Liberal, consagrando assim um sistema de garantias da liberdade, que estar essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos atos do poder legislativo através do parlamento².

2. A democracia e os direitos humanos fundamentais

Nos Estados de regime democrático, são Estados organizados de baixo para cima, onde prevalece a soberania do povo, o que se percebe da relação entre regime político e os direitos humanos fundamentais. Diferentemente dos regimes autocráticos, estruturados de cima para baixo, prevalecendo à soberania do governante, os princípios do Chefe. Portanto, a garantia da realização dos direitos humanos, no plano prático, tem a ver com a regência da democracia no plano político, como princípio e instrumento de realização dos direitos fundamentais, consagrando o respeito à dignidade humana, garantindo a limitação de poder e visando o pleno desenvolvimento da personalidade do cidadão. Como ressalta Afonso Arinos de Mello Franco, ao afirmar que “não se pode separar o reconhecimento dos direitos individuais da verdadeira democracia. Com efeito, a idéia democrática não pode ser desvinculada das suas origens cristãs e dos princípios que o Cristianismo legou à cultura política humana: o valor transcendente da criatura, a limitação do poder pelo Direito e a limitação do Direito pela justiça. Sem respeito à pessoa humana não há justiça e sem justiça não há Direito”.³

² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 62-63.

³ FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v.I, p. 188.

2.1 A democracia é o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem, no que se traduz nos direitos econômicos, sociais e culturais. Os direitos econômicos e sociais são de natureza igualitária, que sem os quais os demais direitos não se efetivam. Desse modo, vale dizer, que a democracia existe para realizar esses direitos, os direitos humanos fundamentais, e como processo histórico que é, a democracia será tão real à medida que ela se aproxima, como regime político, de distribuição de justiça social. O que é diferente em relação aos regimes totalitários, a exemplo de países do Oriente Médio, onde as liberdades públicas são suprimidas, e os direitos humanos fundamentais são esquecidos, ou melhor, negados. O que no objetivo político da democracia é liberação do indivíduo das coações autoritárias.

2.2 No Brasil ao se abrir a Constituição de 1988, se nota logo que o Art. 1º, instaurou, o princípio democrático, como regime político do Estado brasileiro, no que tudo o mais que a constituição trata, tem alinhamento com tal princípio, porque, como diz José Afonso da Silva (1992, p. 122), “o benefício econômico e social da democracia se traduz na existência, no seio da coletividade, de condições de vida que assegurem a cada um a segurança e a comodidade adquirida para sua felicidade”. Uma sociedade democrática é, pois, aquela em que se excluem as desigualdades devidas aos azares da vida econômica, em que a fortuna não é uma fonte de poder, em que os trabalhadores estejam ao abrigo da opressão que poderia facilitar sua necessidade de buscar um emprego, em que cada um, enfim, possa valer um direito de obter da sociedade uma proteção contra os riscos da vida. A democracia social tende, assim, a estabelecer entre indivíduos uma igualdade de fato que sua liberdade teórica é impotente para assegurar. É preciso também, conceber que a democracia não é um sistema assistencialista, que simplesmente buscasse suavizar a miséria da massa trabalhadora, mas há de se entendida como meio de superar essa miséria, quaisquer que sejam os recursos empregados.

3. Qualificação da democracia na constituição de 1988

O Estado democrático brasileiro se destina 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, livre, justa, solidária e sem preconceitos (Art. 3º, II, IV CF/88).

3.1 O forte conteúdo social em que se encontra recheada a Constituição de 1988, revela qualificações de tipos de democracia, a saber, a representativa, a participativa e pluralista, garantindo os direitos fundamentais do homem: individuais e coletivos (Arts. 5º, 8º, 9º, 10 e 11), sociais (Arts. 6º, 7º, 193-214, 226-230) culturais (Arts. 215-217), ambiental (Art. 225) e indigenista (arts. 231 e 232).

3.2 Exemplificando a democracia participativa louvada na Constituição de 1988, encontramos a criação dos Conselhos de Direitos, e a determinação de gestão participativa dos recursos públicos, nos Arts. 198, Inc. I a III, e 206, Inc. VI.

4. Da necessidade de efetivação da democracia no Estado brasileiro

A democracia pressupõe luta incessante pela justiça social, porque não se antepõe ao regime, pessoas cultas, instruídas, bem alimentadas, com bom grau de instrução; em verdade ela busca distribuir a todos a instrução, a cultura, a educação, o aperfeiçoamento, o nível de vida mais digna da condição da pessoa humana.

4.1 O Estado brasileiro apresenta graves problemas em sua estrutura social, de distribuição de renda, de grau de escolaridade de seu povo, de direitos infanto-juvenis descumpridos, revelando o menino de rua o resultado mais cruel do desprezo por uma democracia social. Bolsões de fome, problemas na prestação da saúde, déficit de moradia, existência de latifúndios improdutivos, enfim, uma série de desafios a ser enfrentados pelo Poder Público a fim de superação dessas mazelas.

5. A defesa do regime democrático pelo Ministério Público

A conquista de direitos escritos é de grande importância, e sem dúvida a Constituição brasileira de 1988 deu um avanço notável na positivação de direitos coletivos e individuais da pessoa humana. A Constituição estrutura um regime democrático consubstanciando

esses objetivos de igualização por via dos direitos sociais e da universalização de prestações sociais (segurança, saúde, previdência e assistência sociais, educação e cultura)⁴.

5.1 O Constituinte originário atentou para a necessidade de um órgão político, dentro da estrutura de Estado, que pudesse fazer valer, seja na via administrativa, ou judicial, a defesa do regime político do Estado brasileiro, ou seja, o regime democrático, a despeito das demais instituições políticas, com funções de exercício de Poder, a saber, o legislativo, o judiciário e o executivo. Alargando, assim, as atribuições do Ministério Público, por conseguinte, o órgão encarregado da defesa do regime democrático, pois, o situou em capítulo especial, fora da estrutura dos demais poderes da República, consagrando sua total autonomia e independência e ampliando-lhes as funções, sempre em defesa dos direitos, garantias e prerrogativas da sociedade. De fato, lhe foi outorgado a um efetivo desempenho de uma magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e dos direitos da cidadania.

5.2 Os agentes do Ministério Público são inseridos e classificados dentro da estrutura do Estado brasileiro, como agentes políticos. Não políticos partidários, mas, funcionam dentro de uma instituição política, com o escopo de implementar objetivos, metas (direcionamentos) a que se propõe a nação brasileira em razão do regime político constitucional adotado, pelo constituinte originário: o regime democrático.

5.3 Com tal preocupação, ocorre a defesa do regime democrático pelo Ministério Público, toda vez que seus agentes lutam pela implementação de direitos sociais, econômicos e culturais, fazendo efetivar os direitos humanos, pelejando pelos direitos: à saúde, à educação, à alimentação e pelos os direitos das minorias⁵.

⁴ Confira: Arts. 6º e 7º, e 194, 196, 201, 203, 205, 215, 228 e 230, todos acompanhados de normas e mecanismos tendentes a fazer valer direitos neles previstos.

⁵ Minorias não no sentido de quantidade, mas em sentido de estarem excluídos na participação do Poder, e de ter acesso aos bens da vida.

5.4 Há situação, outrossim, tema que impede a efetivação da democracia no Brasil, trata-se à questão da Improbidade administrativa hoje, que diante da tradição brasileira de corrupção, muito dos recursos destinados à promoção dos direitos dos cidadãos, são desviados, enriquecendo ilicitamente agentes públicos, quando não empresários inescrupulosos, em conluio com os administradores públicos. A atuação do Ministério Público nessa área tem sido exemplar⁶, muitos, Promotores e Procuradores de Justiça têm aperfeiçoado seus conhecimentos nesse ramo do estudo jurídico, o que traduz em benefício à sociedade, em defesa do regime democrático, repensando formas de investigação, de repressão ao crime de sonegação fiscal, e evidenciando os instrumentos jurídicos de combate ao administrador ímprobo com o patrimônio público.

5.5 Coaduna com nosso pensamento, a afirmação de uma das mais atuantes Promotora de Justiça do Ministério Público alagoano, Dr^a Alexandra Beurlen de França, ao afirmar que o agente ministerial deve esclarecer à população que “quando uma verba é desviada, um serviço é superfaturado ou uma licitação é fraudada não é apenas com o “ dinheiro da Prefeitura” que os administradores estão se locupletando, mas com a inadimplência do seu direito à alimentação, à saúde, à educação, ao trabalho, ao lazer e etc.”⁷

5.6 Sem dúvidas, a Constituição funda uma nova ótica de se ver o Ministério Público, como uma instituição promovente da defesa do regime democrático, traçando, delineando um perfil do Promotor de Justiça em ação, preocupado com o social, com a questão da fome, dos direitos infanto-juvenis, como a questão da mortalidade infantil, com a educação infantil, do trabalho infantil, das barreiras

⁶ Dentre as funções fiscalizatórias do Ministério Público encontra-se a defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, as reações à sua atuação cresceram progressivamente, com constantes tentativas de alteração na Carta Magna, no sentido de retirar-se, ora funções, ora a necessária independência dos membros do Ministério Público.

⁷ DE FRANÇA, Alexandra Beurlen. III Congresso do Ministério Público do Nordeste – Conamp, nov./dez. 2000. p. 48.

arquitetônicas, do direito a alimentação, do acesso a saúde, do direito ao meio ambiente, do direito do idoso e deficiente, no que se traduz em direitos humanos fundamentais.⁸

5.7 O promotor de Justiça deve e tem que interferir na promoção da cidadania, se ela não está acontecendo de fato, no seio da população no Município onde serve. Deve-se perquirir quais são as políticas públicas voltadas para os munícipes, quais são os programas existentes na área social, na ausência deles é negativa do regime democrático, o que não deve permitir o Ministério Público, ou seja, deve responsabilizar social e juridicamente, “(...) por toda ação e omissão que levar à lesão dos direitos humanos (...)”⁹.

6. Conclusão

A sociedade tem um forte aliado a seu lado em defesa do regime democrático que lhe assegure a realização dos direitos fundamentais: o Ministério Público, o seu Promotor de Justiça, este é também de Justiça social, sendo Órgão operoso, compromissado com o social, não sendo frio, e muito menos distante da população a quem sua missão está voltada a servir, para defendê-la, preservando o regime democrático. Pois, a democracia se efetiva, como regime político, por meios de programas e políticas públicas de realização dos direitos humanos, o que em sua falta, tem o *Parquet* instrumentos e mecanismos de fazê-las surgir, seja na via administrativa, seja na via judicial.

⁸ Na área da infância e juventude os Promotores de Justiça do Estado de Alagoas tem desenvolvido um papel pioneiro e altaneiro de efetivação do regime democrático, na estimulação à formação dos Conselhos de Direitos e Tutelares. O Estado de Alagoas tem 85% de seus Municípios com Conselhos Tutelares instalados.

⁹ DE FRANÇA, Alexandra Beurlen. Ob. cit., p. 48.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: POSSIBILIDADE DE HIERARQUIZAÇÃO

Mayra Marinho

Advogada, mestranda em Direito Público da UFPE, professora do curso de Direito da Universidade Salgado de Oliveira-UNIVERSO-campus Recife

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Acepções da palavra *princípio*. 3. O reflexo encadeante de valores e princípios para com as normas. 4. Princípios são princípios, normas são normas. 4.1 Critérios de distinção entre regras e princípios. 5. Para uma impossível hierarquização dos princípios gerais. 6. Princípios Constitucionais e sua Diversificada Repercussão nos Sistemas de *Civil Law* e *Common Law*. 7. Classificações e Subdivisão Geral dos Princípios Constitucionais. 8. A hierarquia da palavra *princípio* no âmbito do Texto Constitucional Brasileiro de 1988. 9. Conclusões.

1. Introdução

Tema dos mais palpitantes no mundo do Direito, a principiologia assume importância crucial, quando se pretende compreender a dinâmica de um determinado ordenamento jurídico, seja ele positivo ou não. Grandes dúvidas epistemológicas e conceituais pairam sobre a colocação desses institutos jurídicos dentro de uma determinada ordem.

Veja-se, porém, que a problemática se inicia, quando da definição do termo *princípio*, que mostra melindres doutrinários, principalmente se considerarmos as diferentes características dos sistemas de *common* e *civil law*, adicionando-se à confusão doutrinária, no que diz respeito à própria natureza jurídica dos princípios gerais de direito.

Assim, cumpre-nos antes de responder aos questionamentos básicos que compõe este trabalho, premente é a necessidade da

explicitação da acepção do termo princípio, primeiramente em sentido geral, para, então, lançarem-se algumas definições jurídicas.

Outro ponto de tensão é aquele que diz respeito a íntima relação entre princípios, valores e normas. Qual seria o ponto de mutação de um em relação ao outro? Que linha demarcatória pode ser traçada, na diferenciação formal e material desses três conceitos?

De fato, há uma grave confusão acerca dos limites, das fronteiras que separam valores, princípios e normas, aliados, ademais, à dúvida que qual seria a inspiração de um em relação ao outro. Haveria realmente reflexo de um conceito sobre o outro ou não? E quais seriam os métodos de distinção a serem utilizados entre princípios e normas?

O ápice da discussão é atingido, entretanto, quando se questiona sobre a natureza jurídica dos princípios gerais de direito. Seriam eles normas ou meros guias? Inspirações ou preceitos positivamente considerados? Como se caracterizam? Qual o seu âmbito de atuação? Seriam eles apenas forma, apenas conteúdo ou faces de uma mesma moeda? Diante de tantas dúvidas, aparece como necessidade de extrema relevância o estabelecimento da natureza jurídica desses preceitos de ordem geral.

Aparece um outro questionamento que rodeia a questão da possibilidade ou não de se observar uma hierarquização de princípios gerais de direito, tópico esse que desliza entre incontáveis divergências doutrinárias, trazendo muita imprecisão técnica para o termo princípio.

Como se trata de artigo de Direito Constitucional Comparado, interessante é comentar, ainda, as diferentes repercussões dos princípios, respectivamente, nos sistemas de *Civil Law* e *Common Law*

Passar-se-á então a analisar algumas classificações dos princípios constitucionais à luz da Doutrina Constitucional estabelecendo diferenças entre os mesmos, para, posteriormente, defender-se a hierarquia de princípios constitucionais.

2. Acepções da palavra *princípio*

Antes de nos referirmos diretamente à matéria principiológica no mundo do Direito, cumpre-nos estabelecer algumas definições iniciais que servirão de auxílio para o entendimento da questão dos princípios no campo da ciência do Direito e alhures.

A palavra princípio, em um sentido geral, possui as seguintes definições: momento ou local ou trecho que algo tem origem, causa primária, ou ainda, preceito ou regra¹.

Já no mundo do direito, a palavra princípio assume diferentes significações: podem ser classificados como normas elementares ou requisitos primordiais, especialmente quando as utilizamos no plural, ou como conjunto de regras ou preceitos, fixados para servir de *normas* para todas as *ações jurídicas*, indicando os alicerces do direito². Ainda, sob uma abordagem filosófica, princípios gerais seriam axiomas, proposições irreduzíveis aos quais se reduzem todas as demais proposições e nas quais estas se apóiam³. Ainda, afirma-se que *princípios ou fundamentos* merecem referência de destaque no mundo do Direito pela freqüência e precisão com as quais são empregados, seriam tudo aquilo sobre que repousa uma dada ordem de conhecimentos, legitimando-os⁴.

Há ainda quem divida os princípios, como o faz Lawrence M. Friedman⁵, em três sentidos que nos conduzem a diferentes *locus*. Primeiramente, seriam verdadeiras *supernormas* de caráter geral ou generalíssimo que exprimem valores, servindo como ponto de referência para as regras que as desdobram. Em uma segunda abordagem, seriam *standards* que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas, que preordenariam o conteúdo da regra geral.

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1989.

² DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulo Jurídico**. São Paulo: RT, 1985, p. 7.

³ MORA, José Ferrater. **Diccionario de filosofia**. Vol 1. Madrid: Alianza Editorial, 1986.

⁴ CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de Filosofia do Direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p 195/196.

⁵ FRIEDMAN, Lawrence M. **Il sistema giuridico nelle prospettive delle scienze sociali**. Bolonha: Il Molino, 1978, p. 94 e ss.

Por fim, os princípios seriam generalizações obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias.

De fato, as duas primeiras proposições de Lawrence podem ser aceitas sem maiores desconstruções, já que a primeira nos conduziria a uma idéia de princípios gerais do direito em um dado ordenamento jurídico, enquanto que a segunda seriam os princípios-guia dos mais diversos ramos do direito, positivamente considerados. Maior crítica, entretanto, deve ser oferecida contra a derradeira proposição, quando dela se abstrai a idéia de que os princípios podem ser sublimados a partir de normas, ou seja, delas podendo ser obtidos através de um processo indutivo, de uma abstração por indução.

As idéias de Bergel⁶, quando tratam do tópico em debate, também parecem se afinar a este pensamento, posto que, para este último, princípios gerais são regras de direito objetivo e não de direito natural ou ideal, expressas não nos textos, mas adotadas pela jurisprudência e dotadas de um caráter suficiente de generalidade. Para ele, os princípios gerais seriam também extraídos da lei por uma indução amplificadora, posto que a jurisprudência utiliza a sistematização operada pela doutrina e as idéias mesmas que ela discerniu do texto.

Na verdade, os princípios são proposições animadoras de um ordenamento jurídico específico, a eles se subordinando todas as demais normas vigentes, devendo-se, então, seguir direção oposta àquela tomada por Lawrence e por Bergel, afastando-se da possibilidade de ter os princípios como uma indução transcendente das leis, o que esvaziaria o conteúdo axiológico e irradiante dos princípios gerais do direito em relação às normas jurídicas positivas.

Os princípios gerais de Direito pretendem unir todas os sistemas positivos sobre a base de constantes, vistas por um conhecimento empírico, ou, antes mesmo desses axiomas estarem articulados em um sistema específico, têm a intenção de estabelecer o conjunto de conceitos que devem corresponder à esfera jurídica. Entretanto, veja-se que em um país cujo sistema seja o romanístico seja

⁶ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

o adotado, os princípios jurídicos apresentariam uma abstração maior do que aquela necessária aos países do sistema de *common law*⁷.

3. O reflexo encadeante de valores e princípios para com as normas

A referência e a utilização dos princípios como fonte do direito sempre se processaram de modo assaz ambíguo, levando a confusões e indefinições doutrinárias diversas. Dessarte, para estabelecer uma linha demarcatória que auxilie no desenlace do novelo doutrinário que cerca os princípios do direito, deve-se partir da premissa de que os princípios gozam de uma íntima ligação aos valores.

É a hermenêutica que confere inteligibilidade à ordem jurídica e é responsável pela descoberta de componentes extrapositivos no direito, como os elementos axiológicos e os princípios. É a partir da idéia de inafastabilidade da hermenêutica como fenômeno jurídico que se toma consciência das categorias jurídicas, que, por ora, tomamos como valores, princípios e normas.

Segundo a teoria de categorias jurídicas adotada por Nelson Saldanha⁸, antes de tudo, necessário se faz articular o conceito de princípio ao de fonte, que é simultaneamente impreciso, porém bastante óbvio, relacionando-se à imagem de proposições ou idéias. Essas idéias seriam os próprios princípios que estariam situados como pontos de referência de ordem doutrinária e axiológica em relação às normas. Os princípios estão sempre em contato com os valores, por um lado, e com as normas, por outro. Por vezes, apresentam-se como base fundante da norma e às vezes parecem advir da norma, dependendo da atividade do intérprete. Acrescenta, ainda, que:

Entretanto, os princípios são sempre expressão de contextos culturais, são produzidos por idéias e crenças vigentes na mentalidade jurídica de cada época e de cada meio. A flexibilidade e a imprecisão que aparecem na noção de conceito não se acham muito distantes da idéia de imprecisão de fonte: só que para esta, por

⁷ SALDANHA, Nelson Nogueira. Direito Constitucional comporta Princípios gerais? In: **Revista de Direito do órgão do Ministério Público do Estado da Guanabara**, v.1, n. 3, p. 91-96, set./ dez. 1967.

⁸ SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 216/217.

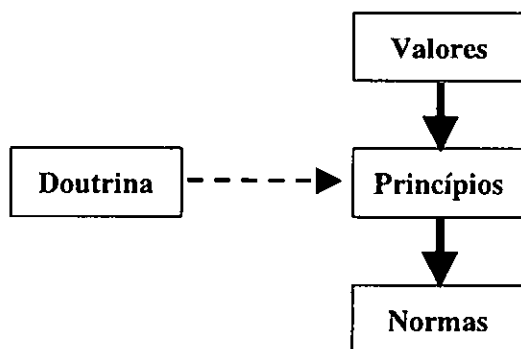
motivo pragmáticos, foi necessário fixar um conceito e um elenco, com uma hierarquia, para atender às urgências da aplicação do Direito positivo.

Na verdade, parece um tanto ilógica a possibilidade de direta abstração de princípios “saídos” da norma por parte do intérprete, posto que se tal tese fosse acolhida, seria o mesmo que afirmar que tal norma teria dado origem aos princípios dela abstraídos. Não é isso, entretanto, o que faticamente ocorre. Os princípios refletem o seu conteúdo axiológico e também doutrinário para as normas, admitir o inverso nos leva à aberração de considerar que essas normas teriam sido as responsáveis pelo surgimento do princípio, em uma direta relação de gênese, onde a norma seria a *criadora*, e o princípio, a *criatura*.

Já que os princípios são proposições generalíssimas, inspiradoras da ordem, tem-se que, a partir da constatação da existência de determinado princípio, ocorrida quando da interpretação de uma norma jurídica qualquer, observamos que o intérprete apenas se apercebeu que aquela norma havia se inspirado, mesmo que não-intencionalmente, em um princípio jurídico já existente. Assim, os princípios quando não são a base direta da norma, inspiram-na indiretamente.

E é justamente através de princípios que a ordem jurídica conhece os valores e a doutrina, são eles pontos de referência.

Observe-se o quadro explicativo de posicionamento de valores, princípios e normas, em seu reflexo de cada um em relação ao outro, fazendo a, ainda, alusão à doutrina. Senão, veja-se:



No quadro anterior, podemos observar a representação da reação em cadeia que ocorre entre os valores que inspiram os princípios, e estes, por sua vez inspiram as normas. A doutrina, por sua vez, influencia também as normas, contudo não se coloca na reação em cadeia, onde achamos o reflexo dos valores nas normas, através dos princípios, e apenas atreves desses.

Os princípios gerais de direito na qualidade de auxílio complementar ao Direito Normativo, pois mesmo em países cujos códigos silenciaram a respeito do tema a doutrina cuida de dar a esses princípios foros de regra obrigatória⁹.

E é em observância ao quadro acima que podemos também, sustentar o argumento de que as categorias: valor, princípio e norma possuem diferentes aplicações e definições diversas, não se podendo confundir umas com as outras. Afirmação que nos conduz ao próximo tópico de discussão do trabalho.

4. Princípios são princípios, normas são normas

A discussão acerca da natureza da natureza dos princípios gerais de direito é, sem dúvida, das mais palpitantes e atiga diversos setores da doutrina ávidos por uma resposta à seguinte pergunta: qual a natureza jurídica dos princípios ?

A doutrina se divide discrepantemente quando trata do assunto, não há uma posição incontroversa e neutra, mas sim contrastantes e ideologicamente opostas.

A priori, cumpre-se afirmar que princípios e normas não são conceitos sobre os quais possa recair alguma semelhança, devido a sua diferente abrangência e posicionamento dentro da própria ordem jurídica.

Não se pode distanciar daquela noção primeira de que o princípio geral de direito é essencialmente, em um plano inicial, fonte do direito, cuja utilização se faz necessária a partir do momento de interpretação a ser dada quando se afasta, inevitavelmente, da idéia de ordenamento jurídico hermeticamente fechado, ou seja, a partir do instante em que o juiz, dentro da sua obrigatoriedade de julgar e arbítrio de decidir, opta, mediante livre apreciação, na ausência de

⁹ FRANÇA, Limongi R. **Princípios gerais de Direito**. 2. ed. p. 97 e ss.

uma norma particular expressa, por desentranhar a significação normativa do ordenamento jurídico, face a cada caso concreto, utilizando, para tal os princípios gerais de direito, que constituem a articulação existencial do direito no ordenamento jurídico-positivo vigente¹⁰. O mesmo autor complementa o seguinte:

Los principios generales Del derecho no son sino las determinaciones ontológicas Del ordenamiento jurídico positivo, cuya ineludible explicación por el intérprete, em trance de aplicación inexcusable em cuanto obligado a juzgar, esclarece la juridicidad por esencia y sus determinaciones históricas, como originaria y fundamentante instauración de cada ordenamiento jurídico positivo.

La remisión, antela oscuridad, insuficiencia o contradicción delas nomas, dadas al juzgador, a la razón de su hacerse, a la instauración Del ordenamiento jurídico, reviviendo em si mismo la labor Del legirlador originário, abocado a la instauración de um ordenamiento jurídico, que necesariamente se articula obre principios que lo fundamentan y lo definen como tal , esclarecetodo el problema.

Ultimamente, têm-se apresentado, principalmente nos sistemas fechados, como o do Brasil, uma certa tendência de fuga ao dogmatismo engessante, através da busca de conceitos meta-jurídicos, como o são os princípios, vez que os sistemas dogmáticos não apresentam óbices à aceitação de postulados morais na qualidade de princípios de Direito.

Na verdade, surge a questão quanto à possibilidade de ocorrer a positivação de um determinado princípio e que conclusões podem ser retiradas de normas positivas concretas, seriam elas consideradas diretrizes, máximas, postulados ou normas aguardando por uma positivação ulterior. De fato, princípios de direito podem inspirar as mais diferentes espécies de norma jurídica, podendo inclusive haver a ocorrência de casos de normas de uma visível antinomia

¹⁰ BORGA, Ernesto Eduardo. *La "naturaleza" de los principios generales del Derecho*. Instituto de filosofía del derecho y sociología. La Plata: Ed. Universidade Nacional de La Plata, anuários IV e V, tomo I, 1964.

epistemológica, que, porém, houvessem sido inspiradas por um mesmo princípio jurídico.

Com tal afirmação, contudo, não se pretende diminuir a importância dos princípios em relação à ordem jurídica, posto que já foi ultrapassada a idéia de princípios como meros *guias*, uma vez que os mesmos já acharam a sua efetivação dentro do processo de positivação sofrido por esses princípios, conferindo-lhes uma real eficácia configuradora dos mesmos. Por outra perspectiva, deve-se desencobrir o manto de discriminação que recobre a simplista idéia de que todos os princípios possuem, como verdadeiros elementos de direito natural, uma validade independente da configuração estatal positiva.

Há, contudo, divergência doutrinária, a partir do instante que há quem afirma que esses princípios são verdadeiras formas de expressão do direito positivo, como o faz Limongi França¹¹, utilizando-se das seguintes palavras:

Provado o fundamento dos Princípios Gerais de Direito, como regra normativa, isto é, assentado que ditos princípios são forma de expressão do Direito Positivo, complementar à lei que, à falta desta, podem ser aplicadas direta e concretamente para a solução das controvérsias jurídicas, exurge para logo a questão da sua natureza.

É Esser¹² quem pode dirimir algumas das divergências, funcionando como verdadeiro marco para a abordagem do tema. Para ele, um princípio jurídico não é um preceito, nem uma norma em sentido técnico, pois não contém nenhuma instrução vinculante de tipo imediato para um determinado campo de questões, visto que requerem ou pressupõe a alcinha judicial ou legislativa dessas sitas instruções. Os princípios jurídicos, diferentemente das normas de Direito, são conteúdo em oposição à forma. O que distingue, em nosso sistema, princípio de norma, não é a abstração ou o caráter geral dos primeiros, mas a possibilidade de precisar os casos de aplicação, o que caracteriza o preceito. Assim, o princípio não é em si mesmo uma instrução, mas uma causa, critério e justificação desta.

¹¹ Ob. cit. n. 9, p. 149.

¹² ESSER, Josef. **Principio e norma em la elaboración jurisprudencial Del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961, p. 53.

4.1 Critérios de Distinção entre Regras e Princípios

O célebre constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho¹³ propõe uma fórmula bastante sistemática e, dentre outras já propostas, a mais coerente, que, devido à complexidade para que sejam eleitos critérios coerentes de distinção.

Ocorre que tal distinção parte do pressuposto de que princípios e regras são espécies do gênero norma, tese com a qual insistimos em assumir posição contrária, visto que, princípios são postulados que, conforme anteriormente se demonstrou, posicionam-se entre os valores e as normas jurídicas, não podendo ser confundidos com essas últimas. O texto do constitucionalista português parece olvidar do fato de que grande parte da doutrina se afasta da premissa por ele proposta de que princípios não podem ser equiparados às normas jurídicas, visto que inspiram-nas com o conteúdo axiológico que carregam consigo. Assim, tudo o que positivamente se chama princípio, na verdade, são normas que, por repetirem o conteúdo dos princípios que a inspiraram, são denominadas de princípios. Acontece que, no estudo desse tema, permeia uma imensa impropriedade terminológica, que assume a função de um verdadeiro carcinoma para com a clareza que um estudo científico deveria idealmente proporcionar. Isto posto, doravante, assumiremos posição diversa em relação à insistência que, inclusive epistemologicamente, permeia o estudo do tema: princípios jurídicos.

Ora, não podemos negar que o vocábulo *princípio* pode significar fundamento. Assim, quando o legislador constituinte decidiu inserir no hall de princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, não estaria se referindo apenas ao princípio propriamente dito e metafisicamente considerado¹⁴, mas também estaria se atendo ao fato de que a dignidade seria um fundamento, que, poderia ser denominado princípio (no sentido de que essa premissa positivada assumiria a posição de fundamento). E de tal modo o fez o constituinte. De ver-se, porém, que não seria o mesmo princípio, considerado como segunda

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 1995, p. 1124 e ss.

¹⁴ Ver quadro no item 3.

categoria situada logo abaixo dos valores, pois no momento da positivação perderia automaticamente esse *status*, apesar de ser mantida a denominação princípio.

Então, para tentar solucionar esse terrível impasse terminológico, melhor seria a utilização da expressão *norma principiológica* ao invés de princípio quando trazido ao mundo positivo do ordenamento jurídico. Propõe-se a utilização dessa expressão na esfera doutrinária, já que, no próprio texto constitucional seria extremamente difícil arredar-se da utilização do vocábulo *princípio*. Enfim, com tais afirmações, resta comprovada a diferença, quanto à natureza jurídica, dos princípios jurídicos gerais, mesmo que sejam eles princípios gerais de Direito Constitucional, daqueles que aparecem no texto da carta magna, posto que esses últimos seriam normas jurídicas positivadas, enquanto que, em relação aos primeiros, não se pode fazer semelhante afirmação. Esses últimos são indiscutivelmente fontes do Direito, porém jamais podem ser considerados norma jurídica, que por si só é outro tipo de fonte.

Mesmo não considerando princípios e regras como subproduto de normas, como o faz Canotilho, abandonando a metodologia jurídica tradicional, que mantém viva a distinção entre princípio e regra, como possuindo diferentes naturezas jurídicas, mas sendo ambos fontes do direito, podemos considerar os critérios distintivos eleitos por Canotilho, que, vale salientar, foram baseados em autores como Esser, Dworking e Larenz que fazem clara distinção entre norma e princípio.

São esses os critérios, salvaguardadas as devidas adaptações:

- a) *Grau de abstração*-Os princípios possuem, em relação às regras, um grau de abstração bem mais elevado.
- b) *Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto*-Os princípios, devido à sua vagueza e indeterminação, necessitam de uma certa intervenção mediadora a ser operada pelo intérprete, enquanto que as regras podem ser aplicadas diretamente.
- c) *Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito*-Possuem os princípios papel fundamental no ordenamento jurídico devido a sua posição hierárquica no sistema das fontes.

- d) *Proximidade da idéia de direito*-Os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na idéia de direito, enquanto que as regras podem ser vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) *Natureza normogenética*-Os princípios são fundamento de regras. Estão na base, constituem a *ratio* das regras jurídicas.

De forma esclarecedora, prossegue Alexy¹⁵, em sua *Teoría de los Derechos Fundamentales*:

Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas e fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo prima facie. De hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas.

Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se aje exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esa determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas e fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice.

Ronald Dworkin¹⁶, finalizando, apresenta uma inquestionável distinção entre regras e princípios que diz respeito ao momento e aos mecanismos de sua aplicação. Segundo este eminente professor, as

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking Right Seriously*. Cambridge. Harvard University Press. 1978.

regras ou se aplicam ou não se aplicam ao caso concreto, dentro do que chama de *"all or nothing"*: *"If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision."*

5. Para uma impossível hierarquização dos princípios gerais

Seguindo-se uma perspectiva ontológica, e não apenas axiológica, ou seja, valendo-se de uma filosofia material, pode-se estabelecer uma hierarquia de supremos valores jurídicos, onde os filósofos serão os responsáveis pela determinação de quais seriam esses valores verdadeiros em todo e qualquer tempo e localidade, sem com isso negar-lhes a mutabilidade histórica da sua vigência como Direito, de princípios positivamente reconhecidos¹⁷, pela positivação de normas que contenham os seus preceitos.

A celeuma se vê iniciada a partir da contaminação da doutrina que trata de designar todos os princípios aleatoriamente de "fontes do Direito". Na verdade, devem-se distinguir os princípios que são, de fato, direito vigente, daqueles que só adquirem tal condição a partir do instante em que fazem parte de um círculo de casos em que a jurisprudência é concordante, uma vez que muito pode ser tido como lógico e válido, sem necessariamente ser positivo.

Ora, como poderíamos hierarquizar os princípios de direito em plano unicamente metafísico? Ocorreriam as mesmas conseqüências de um grito no vácuo. É necessário que haja um ordenamento jurídico como paradigma, para que nele se possam estabelecer os níveis de importância assumidos por esses princípios, que são, indubitavelmente, objetos culturais. Vejamos a opinião de Falzea¹⁸ sobre o assunto:

I piú alti valori Del sistema giuridico costituiscono i principi fondamentali Del diritto, col loro peculiare atteggiarsi all'interno di una società data. Essi, pur condividendo la natura reale di tutti i valori giuridici, si

¹⁷ Ob. cit., n° 12, p. 54.

¹⁸ FALZEA, Angelo. Sistema culturale e sistema giuridico. *Rivista di diritto civile*, Padova, Edizioni CEDAM, Ano XXXIV, n 1: 1-17, p. 17, gennaio/febbraio, 1988.

caratterizzano per la presenza nella loro struttura complessa di una più forte componente ideale. I principi fondamentali dell'ordinamento giuridico sono intensamente pervasi di eticità. Ciò è molto significativo perché chiarisce almeno due passaggi importanti della teoria del sistema giuridico. Dimostra per un verso l'esistenza di una fitta rete di interrelazioni tra i sottosistemi culturali e del loro concorso, ciascuno con la forza sociale di cui dispone, per la realizzazione dei valori comuni. Dimostra pure e specialmente che tale solidarietà sistemica converge soprattutto nel sistema giuridico, in cui, disponendo essa della più intensa forza sociale tra i sistemi culturali, confluiscono i valori più importanti della comunità, qualunque sia il sistema sociale di origini.

Dessarte partindo-se do pressuposto de que difficilmente um ordenamento jurídico deixa de eleger quais são os seus valores fundantes, previstos muitas vezes nas entrelinhas das constituições através de princípios, que irradiam conteúdo axiológico para as normas de todo ordenamento jurídico, seria difícil não admitir que a Constituição Brasileira não hierarquiza mesmo os princípios constitucionais fundamentais, pois nota-se, por exemplo, que o princípio da dignidade humana é, sem dúvidas, mais importante e hierarquicamente superior ao princípio do pluralismo político.

6. Princípios Constitucionais e sua Diversificada Repercussão nos Sistemas de *Civil Law* e *Common Law*

Neste subitem do trabalho, tratar-se-á de algumas das principais diferenças ontológicas entre os sistemas de *civil* e *common law* em relação ao comportamento destes *vis a vis* ao objeto de estudo proposto que são os princípios constitucionais.

Atente-se que atualmente tem ocorrido interessantes fenômenos de legalização nos países que adotam o sistema inglês, e uma crescente utilização e até inspiração jurisprudencial nos países de origem romanística, o que, afinal, expressa que não mais vigora a absoluta e radical separação dos sistemas, por muitos denominada rivalidade, quanto aos seus elementos caracterizadores, mostrando

uma maior aproximação do sistema de precedente judicial face ao sistema legalista, no sentido da complementaridade mútua.

Podem-se identificar os elementos que estigmatizam o sistema jurídico de *civil law*. O primeiro deles é a suprallegalidade do texto constitucional, estabelecendo, assim, um sistema hierarquizado de normas; o segundo é a patente e já ultrapassada, mas ainda presente, subdivisão em direito público e direito privado; o terceiro é a prevalência e o predomínio de lei escrita; e o último seria a atuação restrita do poder judiciário que, tão-somente, interpreta e aplica as normas¹⁹.

Já no sistema Inglês, *civil law*, há, diferentemente daquele anteriormente citado, há uma prevalência da jurisprudência em relação à lei escrita, conferindo ao magistrado um real poder de criação da norma jurídica *lato sensu* através das decisões por eles proferidas. Ou seja, a partir que surge uma decisão judicial sobre assunto inédito, o *leading case*, ficam os casos posteriores, que se assemelhem a esse primeiro, com a sua solução amarrada àquela primeira proferida no *leading case*, que seria, assim, um precedente.

É cediço que, no sistema de *common law*, há uma patente diferença entre lei e princípio. Atentando-se para a inarredável verdade de que há a notória divergência entre os sistemas romanístico e aquele acima citado, em sua gênese, composição, repercussão social etc., não há que se falar que a desigualdade ontológica que há entre princípio e norma em um sistema se assemelha às do outro. No sistema anglo-saxão, talvez, possa-se depreender qual a real diferença entre princípio e norma, visto que o primeiro viria a comportar, realmente, alguns preceitos que servem de inspiração à elaboração das últimas.

Em nosso sistema, a inocente discussão em relação a qual se tem deparado, a respeito da possibilidade de existirem reais diferenças entre princípios e normas parece absolutamente válida, posto que é absolutamente temerária a afirmação que há princípios propriamente ditos que estejam positivados, visto que são as normas jurídicas que expressam esses princípios no ordenamento jurídico positivo. No sistema jurisprudencial tal fato é plenamente possível, mas no romanístico há um impedimento embrionário.

¹⁹ DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado: Introdução, Teoria e Metodologia**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 202.

A natureza jurídica dos princípios gerais não permite a apreensão de seu conteúdo, **fática e realmente em um ordenamento jurídico positivo da família romano-germânica**, senão através dessas normas jurídicas. Com tal assertiva, ressalte-se, não se pretende assegurar que somente através de normas jurídicas positivas pode-se apreender o conteúdo dos princípios gerais de direito de forma expressamente positiva, uma vez que é inegável a sua existência independentemente de qual quer ordenamento jurídico, já que eles *pairam* sobre este último.

Ora, quando Thomas Cooley, fala em princípios gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América do Norte, refere-se, indubitavelmente, a princípios que inspiram a sistematização e formação da ordem jurídica americana²⁰, contudo, não se observa similitude entre às observações por ele feitas quanto a princípios àquelas feitas por autores constitucionalistas brasileiros, posto que no texto constitucional americano, não há escrito o vocábulo *princípio*, diferentemente da brasileira. Tal fato vem a ratificar a tese acima defendida de que é bastante mais fácil o estudo da principiologia no sistema de *common law*, posto que nele os princípios assumem realmente a sua verdadeira função de guias, norte, inspiração, não sendo, dessarte, tão facilmente confundidos com as normas jurídicas.

No mesmo sentido, Santi Romano²¹, quando, em sua obra trata dos princípios de direito constitucional geral, a palavra princípio não se mostra expressamente pronunciada no texto. No entanto, resta óbvio o tratamento do autor em relação aos princípios, tratando diretamente do conteúdo dos princípios que serviriam para a teoria constitucional de diversos países. Com a sua obra dividida em três partes: a introdução que trata de teoria da formação do direito constitucional, a primeira parte: o estado em geral; e a segunda parte: as instituições constitucionais e suas funções.

²⁰ COOLEY, Thomas. **Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. 2. ed. Trad. Alcides Cruz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

²¹ ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

Por fim, parece patente a conclusão de que os princípios de direito não deveriam ser normas jurídicas positivas, mas sim verdadeiros preceitos inspiradores, carregados e conteúdo axiológico.

7. Classificações e Subdivisão Geral dos Princípios Constitucionais

Os princípios constitucionais, estudados pela Teoria do direito Constitucional, comportam inúmeras subdivisões, dentre as quais elegemos as mais relevantes ao nosso estudo.

Os princípios constitucionais, *a priori*, poderiam ser subdivididos em duas grandes categorias:

- a) **EXPRESSOS**-São aqueles que se acham positivados, escritos em letra de fôrma.
- b) **IMPLÍCITOS**-São os não positivados, apercibidos através da leitura das entrelinhas, posto que ocupam a posição de corolários lógicos do sistema.

Entretanto, há uma segunda subdivisão, quanto à categoria dos princípios constitucionais.

- a) **GERAIS**-São científicos, estudados e elencados pela disciplina de Direito Constitucional como ciência universal.
- b) **FUNDAMENTAIS**-São princípios particulares a cada ordem estatal. São escolhidos pelo legislador constituinte. Seriam esses princípios a pedra fundamental do ordenamento jurídico que futuramente comporão o mesmo.
- c) **DECORRENTES**-Derivam dos fundamentais e podem ser divididos em:
 - Sensíveis-Estão indicados no texto constitucional com a denominação de princípios e permeiam, no caso da Constituição brasileira todo o obre esse tema trataremos posteriormente.
 - Estabelecidos-Limitam a autonomia organizatória dos Estados e Municípios²².

²² SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 102/106.

Na verdade, antes mesmo do enfraquecimento do positivismo legalista, a função inovadora das cortes constitucionais já consagrava a utilização desses preceitos de ordem geral, revestidos sob a denominação de princípios gerais de direito, que eram à época reconhecidos pelas nações civilizadas como idôneos para solucionar determinados conflitos, quando a lei não pudesse solucioná-los²³.

Outrossim, cumpre-nos alertar que nem sempre os princípios gerais podem ser tidos como sinônimos dos princípios constitucionais, apesar de, em incontáveis ocasiões, podermos fazer tal afirmação. No entanto, a sinonímica identificação, além de temerária, conduziria a imprecisões, uma vez que há certos princípios setoriais, como aqueles das áreas econômica e administrativa, por exemplo, que não podem ser encontrados no hall de princípios fundamentais²⁴.

Ademais, observar-se-ia uma notória lacuna teórica, caso não fosse mencionada a tipologia de base adotada por Canotilho²⁵, que, resumidamente, permite classificação dos princípios nos seguintes termos:

- a) **PRINCÍPIOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS:** Os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.
- b) **PRINCÍPIOS POLÍTICOS CONSTITUCIONALMENTE CONFORMADORES:** Explicitam os valores políticos adotados como fundamentais pelo legislador constituinte. São o cerne político de uma constituição. A partir desses princípios poder-se-á definir a forma de Estado, a sua estrutura, a forma de governo, os princípios estruturantes do regime político.
- c) **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS IMPOSITIVOS:** Neles subsumem-se todos os princípios que impõe aos órgãos do Estado, especialmente o legislador, a realização de fins e a

²³ PEIXINHO, Manoel Messias. **A Interpretação da Constituição e os Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2000, p. 103 e ss.

²⁴ Idem, *ibidem*.

²⁵ Ob. cit. nota de número 13.

execução de tarefas. Ex.: princípio da igualdade, da progressividade na CF brasileira de 1988 e o princípio da correção das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, da Constituição Portuguesa.

- d) PRINCÍPIOS-GARANTIA- Visam instituir direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos. Estabelecem diretamente garantias ao cidadão.ex.: princípio da legalidade(*nullum crime nulla poena sine lege*).

8. A Hierarquia da Palavra “Princípio” no Âmbito do Texto Constitucional Brasileiro de 1988

Grande Parte da doutrina trata desse tema de maneira a solucionar a questão, somente, quando da utilização dos princípios constitucionais face ao caso concreto. A solução para impasses surgidos em uma determinada questão judicial traria à baila a hierarquia dos princípios constitucionais, de maneira bastante efetiva e sem trazer a debate a possibilidade de uma hierarquização antes mesmo o fato jurídico, em plano teórico.

A palavra *princípio*, conforme já se disse, aparece no Texto constitucional de 1988, ora implícita ora explicitamente, diversas vezes:

- a) Princípios Fundamentais;
- b) Princípio- artigos 4º, 25, 29 e 32.
- c) Princípios Constitucionais- - Artigo 34, VII;
- d) Princípios Gerais- Título VI, capítulo I, seção I, Título VII, Capítulo I²⁶.

Surge, então, o seguinte, questionamento: ao momento da elaboração da CF de 1988, o legislador constituinte, ao utilizar o termo princípio, queria dar-lhes semelhante significado em todas as ocasiões acima citadas?

²⁶ Dantas, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1995, p. 85/87.

Ivo Dantas²⁷ e Souto Maior Borges²⁸ tratam a questão similarmente, afirmando ser inegável o reconhecimento da hierarquia proposta na Constituição de 88, pondo os princípios constitucionais fundamentais em posição hierarquicamente superior face aos outros princípios presentes em sede constitucional. De um modo tal que “os princípios fundamentais irradiam seu conteúdo sobre a Constituição como um todo; os princípios gerais irradiam-no sobre a ordem ou subsistema para o qual estão voltados”²⁹.

A propósito, Gustavo Zagrebelsky afirma:

Desde su punto de vista, el positivismo jurídico tenía razones para preocuparse, aun cuando los principios establecidos por la Constitución no son, desde luego, derecho natural. Tales principios representan, por el contrario, el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituyen el intento de “positivizar” lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural, a saber: la determinación de la justicia y de los derechos humanos. La Constitución, en efecto, aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva. La separación de los derechos e de la justicia respecto de la ley no significa, en consecuencia – como ocurre, en cambio, en todas las manifestaciones del jusnaturalismo – su fundamentación en la esfera de un orden objetivo, intangible para la voluntad humana: los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas.³⁰

²⁷ Idem, *ibidem*.

²⁸ BORGES, José Souto Maior. **Pró-dogmatismo: por uma Hierarquização do Princípios Constitucionais**. Recife: INÉDITO, 1991.

²⁹ Ob cit., nota de número 28.

³⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Ductil. Ley, Derechos y Justicia**. Madrid. Trotta. 1995.

Não se discutem as divergências e por vezes até discrepâncias do conteúdo dos princípios fundamentais de um país democrático, se comparados aos de um país de regime autocrático. Ululante que se comparados os princípios eleitos como fundamentais pelos respectivos poderes constituintes de cada Estado Democrático, observaremos coincidências, repetições e semelhanças no conteúdo dos mesmos, tanto dos princípios propriamente ditos como das normas que os expressam, por nós denominadas de normas principiológicas, já que essas normas trazem ao mundo do direito positivado o conteúdo axiológico desses princípios propriamente ditos, inserindo-os assim, positivamente, no ordenamento jurídico positivo de cada Estado.

De ver-se, porém, que tal fenômeno só se verifica pelo fato dessa similitude ser inerente, em seu conteúdo axiológico, às características embasadoras da democracia, autocracia, teocracia, enfim, de qualquer que seja o regime, que, se adotado, comportará inexoravelmente características coincidentes, mantenedoras de uma unidade de sentido.

Com isso, não propomos a hierarquização dos por nós denominados princípios propriamente ditos fora do ordenamento jurídico positivo, mas daqueles transformados pelo poder constituinte em norma jurídica constitucional positiva com a alcunha de princípios constitucionais fundamentais, princípio e princípios gerais. Parece inegável, respondendo ao questionamento adrede proposto, que os princípios fundamentais são mais importantes, devido ao seu conteúdo, do que os demais princípios, irradiando inclusive conceitos a esses últimos, estabelecendo uma clara hierarquia de princípios na Cf brasileira de 1988.

9. Conclusões

1. Os princípios, os valores e as normas acham-se ligados ontologicamente, posto que é através dos primeiros que o conteúdo axiológico e a doutrina conseguem atingir o campo das normas jurídicas.

2. Princípios e normas não são expressões sinônimas, não podendo ser confundidos, inclusive, em seu campo de atuação. Normas são eminentemente forma, enquanto que os princípios são

conteúdo, não podendo, destarte, ser admitida a tese de que normas podem expressar positivamente princípios. O que pode ocorrer é que, em um campo metajurídico, fora do campo positivista, possa-se abstrair o conteúdo dessa norma, cuja inspiração e base fundante são expressas por princípios preexistentes às mesmas. A partir do momento em que se positiva uma norma jurídica, não se pode falar que são os mesmos princípios, posto que esses conceitos possuem natureza absolutamente diferente.

3. Os princípios, quando positivados, trazidos à baila do Ordenamento Jurídico trazem consigo uma carga axiológica que, dependendo de cada sistema, varia. Dessarte, resta absolutamente inconcebível a hierarquização dos princípios propriamente ditos, que são aqueles não positivados, visto que esse fenômeno só pode ser observado se tomado como paradigma um determinado ordenamento jurídico positivo.

4. Os princípios fundamentais, quando considerados dentro de um ordenamento jurídico positivado, tomando como paradigma normas constitucionais que buscam inspiração nesses princípios, podem ser facilmente hierarquizados. Para provar tal afirmação, basta comparar os princípios da dignidade da pessoa humana em contraposição ao do pluripartidarismo político, onde nota-se que o primeiro, pela observação da dinâmica social e dos próprios princípios acolhidos e eleitos pela constituição federal, é hierarquicamente superior ao segundo.

5. os princípios eleitos pelo constituinte brasileiro para comporem o texto da Constituição de 1988 apresentam uma hierarquia uns em relação aos outros, onde se observa a prevalência irradiante dos princípios constitucionais fundamentais *vis a vis* aos demais princípios constitucionais, como os gerais, por exemplo.

LEI Nº 10.628/02: FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO OU EX-FUNÇÃO?

Paula Emanuella de Freitas Nunes

Advogada e Pós-Graduada em Direito Constitucional pelo Cesmac/AMPAL

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal. 3. A inconstitucionalidade do § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal. 4. Considerações finais.

1. Introdução

A Constituição e a legislação infraconstitucional regulamentam a matéria relativa ao foro especial por prerrogativa de função, tanto no âmbito civil quanto no penal. É da tradição do Direito Processual Penal brasileiro a divisão ou distribuição de competências entre seus diversos órgãos de jurisdição.

Na precisa lição de Luigi Lucchini¹, a competência vem a ser a medida da jurisdição distribuída entre os vários magistrados, que compõem, organicamente, o poder judiciário do Estado.

A Carta Magna, em seu art.5º, LIII, consagra o princípio do devido processo legal, afirmando assim, que em regra todos os infratores da lei penal serão processados e julgados pelos juízes de primeira instância. Entendemos, então, que só por exceção, algumas pessoas serão julgadas pelos Tribunais em razão do cargo que ocupa. Dá-se o nome nestes casos de foro por prerrogativa de função.

O “privilegio” de foro na seara penal, para os crimes cometidos durante o exercício funcional, ainda que o inquérito ou a ação penal viessem a ser iniciados após a cessação daquele exercício,

¹ MARCAO, Renato Flávio. **Foro por Prerrogativa de Função**. Fev 2003. Disponível na internet em <www.ibccrim.com.br>.

foi orientação do STF, por quase quarenta anos, por meio da súmula n. 394, editada em 1964.

Os argumentos que levaram o Supremo Tribunal Federal, a editar tal súmula foram: o julgamento dos mais altos Tribunais seria mais imparcial do que o dos juízes de primeiro grau e proteção ao próprio exercício da função pública. Argumentos esses, rechaçados pela maioria da doutrina.

Em relação ao primeiro, longe está de ser demonstrado, uma vez que os Ministros desses tribunais e o Procurador Geral da República são nomeados livremente.

Passando a análise do segundo argumento, pareceu relevante para a nossa Corte Suprema, pois foi sob este argumento que justificou a manutenção da súmula.

No entanto, após a Constituição de 1988, houve a revitalização da democracia, juntamente com a maior independência do Ministério Público. Uma das consequências dessas significativas mudanças foi que o STF, em 1999, decidiu cancelar a Súmula n. 394, em face da interpretação restritiva que deu ao art.102, I, b, da CF, só considerando legitimados a serem processados e julgados originariamente perante STF, aqueles que exerçam seus mandatos ou cargos.

Portanto, o STF ao revogar tal súmula, fixou o entendimento que a prerrogativa por foro visa a garantir o exercício do cargo ou mandato, e não a proteger quem o exerce. E, portanto, menos ainda para quem deixa de exercê-lo.

Nesse contexto, o Presidente da República, os parlamentares, e todos os demais atingidos com a dita revogação, buscaram meios para reverter esta situação que os deixavam como meros cidadãos comuns. Buscaram novas vias jurisprudenciais ou mesmo legislativas, que pudessem de algum modo dar-lhes aquilo que o STF tinha retirado.

Então, seguiram dois caminhos, apresentaram ao STF: uma reclamação² em face da lei n. 8.429/92, lei de improbidade, para que reconhecesse que as ações propostas com base nessa lei são de

² Recl n. 2.138-6-DF.

responsabilidade, e portanto, de competência originária dos tribunais pertinentes e outra buscando alteração do art.84, do CPP, para ampliar o foro por prerrogativa de função.

Portanto, sem surpresa, o Projeto n. 6.295/02 foi convertido na Lei n. 10.628/2002, acrescentando, ao art. 84 do Código de Processo Penal, dois parágrafos. O § 1º estabelece a prorrogação do foro especial após a cessação do exercício da função pública e o § 2º determina que: “a ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429/92, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado no § 1º.

É preciso o comentário que a edição dessa lei se deu no dia 24 de dezembro de 2002, e se fez tramitar perante o Congresso Nacional, meados da copa do mundo, pois a atenção da sociedade como também da imprensa estavam desviadas aos jogos finais. Sendo, portanto, calmo e tranqüilo a tramitação e votação desse projeto de lei n. 6.295/02, completamente inconstitucional e lesivo ao interesse público, estendendo o benefício do foro privilegiado aos ex-ocupantes de cargos públicos e também para as ações de improbidade administrativa.

2. A inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal

A discussão ressurgiu pela relevância da matéria e pela forma como veio ao mundo jurídico. Sendo assim a fixação do foro especial aos ex-exercentes de funções públicas padece de inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade é clara e evidente, já que nos precisos termos do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”, e a ampliação decorrente do disposto no § 1º do art. 84 do CPP dá aos ex-exercentes de funções públicas tratamento diferenciado em relação aos demais cidadãos, devendo-se ressaltar que as razões que justificam e legitimam o foro especial por prerrogativa de função aos

que “estão no exercício” de determinadas funções públicas visam o interesse público.

Como se observa na compreensão de Luiz Flávio Gomes³ que “esse foro especial só tem sentido, portanto, enquanto o autor do crime está no exercício da função pública. Cessado tal exercício (não importa o motivo: fim do mandato, perda do cargo, exoneração, renúncia etc.), perde todo o sentido o foro funcional, que se transformaria (em caso contrário) em odioso privilégio pessoal, que não condiz com a vida republicana ou com o Estado Democrático de Direito”.

Os parlamentares responsáveis pela lei olvidaram que o privilégio é em razão do exercício da função pública e não do cidadão. Desfiguraram o fundamento da regra, em benefício próprio. Usaram das funções para estabelecer em benefício próprio, privilégios injustificados como também inconstitucionais.

Na feliz expressão de Roberto Delmanto⁴, a nova regra “desmoraliza a igualdade cidadã”.

Cessadas as funções públicas, as ex-autoridades retornam a condição de cidadãos comuns, devendo, em razão da igualdade constitucional, se submeterem a processo e julgamento como qualquer outro cidadão comum. Trata-se, na realidade, de ex-exercente de função pública, não havendo qualquer interesse público legitimador de alteração da regra.

Ademais, a competência dos Tribunais vem delimitada no texto constitucional e a norma infraconstitucional não pode, portanto, a ampliar o rol de competências dos Tribunais, uma vez que decorre de princípios da hierarquia e verticalidade das normas, instituída pelo poder constituinte originário.

Nesse sentido, pode-se mencionar texto da Constituição Federal, “a competência do Supremo Tribunal Federal para processar

³ GOMES, Luiz Flávio. **Reformas Penais: Foro por Prerrogativa de Função**. Abril 2003. Disponível na internet em: <www.ielf.com.br/artigos>.

⁴ DELMANTO, Roberto. **Foro por Prerrogativa de Função**. Disponível na internet em: <www.jusnavigandi.com.br>.

e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República e o Vice-Presidente”⁵, diante disto, conclui-se com mediana clareza, que o texto não menciona a possibilidade de processar e julgar ex-Presidente ou ex-Vice.

Em outro dizer, conclui-se que é flagrante a inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal, decorrente da Lei 10.628, de 24 de dezembro de 2002.

3. A inconstitucionalidade do § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal

É importante dizer que a esse propósito, no tocante a competência para as ações de improbidade, o Ministro Nelson Jobim⁶ já havia concedido liminar suspendendo a eficácia da sentença condenatória proferida na ação de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público Federal contra o Ministro Ronaldo Sardenberg, sob o raciocínio de que os agentes políticos não podem ser responsabilizados por improbidade, com base na Lei 8.429/92, porquanto a mesma teria por destinatários unicamente os agentes administrativos. De acordo com a decisão, a responsabilidade do agente político, quando ao mesmo é imputado ato de improbidade, deve ser apurada pelo meio próprio, que é a ação por crime de responsabilidade, promovida no foro especial fixado constitucionalmente.

No entanto, conforme dispõe o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Portanto, as sanções decorrentes da prática de atos de improbidade não se confundem com as de natureza penal e por consequência, não há que se confundir improbidade administrativa com ilícito penal.

⁵ Vide art. 102, I, “b” da Constituição Federal.

⁶ Informativo STF n.159/1-4, 23-27 ago. 199 e DJU de 9.11.2001, p. 44.

Os Tribunais Superiores sempre entenderam que, sendo a ação de improbidade administrativa cuidada na Lei 8.429/92 de natureza civil, ainda que proposta contra autoridades que gozem de foro especial por prerrogativa de função para efeitos penais, “deve ser processada e julgada em primeira instância, por não caber o deslocamento de foro para o Supremo Tribunal Federal sem expressa previsão constitucional”.

Por ser a competência originária do Supremo Tribunal Federal de direito estrito, não se admite o foro especial por prerrogativa de função para as ações civis de improbidade administrativa.

Nesse sentido Wallace Paiva Martins Júnior⁷ traz à colação em sua preciosa obra o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme segue: “A competência do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito e decorre da constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos. A circunstâncias de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da Corte, para os efeitos criminais e mandados de segurança, não desloca para esta o exercício da competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida autoridade”.

No entender de Hugo Nigro Mazzilli⁸, as ações de improbidade fundadas na Lei n. 8.429/92, em que envolvam perda da função pública ou suspensão de direitos políticos, se a autoridade requerida estiver entre aquelas para as quais haja forma própria para investidura e destituição prevista na Constituição, o foro será o da ação por crime de responsabilidade (essa questão pende de decisão do STF); para as ações de improbidade fundadas na Lei n. 8.429/92, em que o pedido envolva apenas e tão-somente a defesa do erário, a competência em primeiro grau de jurisdição será de juízes singulares, da mesma forma que ocorre com as ações populares com o mesmo objeto.

⁷ Apud TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 778.

⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O foro por Prerrogativa de Função e a Lei n. 10.628/02**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, Jan.2003. Disponível na internet em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm..

4. Considerações finais

Como se observa, a finalidade dessas mudanças, inconstitucionais, é transferir ao Procurador Geral da República e aos membros dos Tribunais de superposição, estes de indicação do Presidente da República e aprovação do Senado Federal, o julgamento e o processo, das mais altas ex-autoridades.

Compartilhamos o entendimento do festejado promotor de justiça, Renato Flávio Marcão⁹, quanto diz: “A Lei 10.628/02 contraria a Constituição Federal; todo e qualquer senso de Justiça; princípios constitucionais basilares; o interesse social, e não corresponde, em absoluto, com as idéias e ideais da sociedade brasileira contemporânea, representando, sem sombra de dúvida, ranço primitivo e ditatorial, e os homens primitivos”.

Além do que, nota-se a incapacidade material dessas Cortes de processarem e julgarem todos de casos de improbidade que tiverem no país, estando assim, colaborando para a ineficácia da lei.

Atenta-se contra os princípios republicanos, como também assegura impunidade e a criminalidade política.

⁹ Ob. cit., p. 15.

ALGUMAS QUESTÕES PROBLEMÁTICAS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E O ADVENTO DA LEI N.º 10.259/01

Ricardo Galvão de Melo

Professor de Direito Penal da UNIVERSO – Recife. Especialista em Ciências Criminais – UFPE. Mestrando em Direito Público - UFPE

SUMÁRIO

1.Introdução. 2. Avanços e Deficiências dos Juizados Especiais Criminais. 3. A Lei n.º 10.259/01. 4. O Novo Conceito Trazido pelo art. 2º da Novel Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais. 5. A Ampliação do Conceito de Crime de Menor Potencial Ofensivo. 6. A Suspensão Condicional do Processo Após o Advento da Lei n.º 10.259/01. 7. Conclusões.

1. Introdução

Os juizados especiais criminais surgem como uma das alternativas possíveis em um novo modelo de sistema de justiça penal no Brasil (consensual), estabelecendo um rompimento com o chamado “sistema clássico”, paradigma da obrigatoriedade da ação penal e do encarceramento.

A conciliação, a transação, a reparação do dano e a aplicação de medidas alternativas à prisão, enfim, a idéia de disponibilidade da ação penal (privada e pública) com vistas à garantia da efetividade processual, desformalizando-o, são os objetivos dos juizados especiais criminais que melhor atendem aos anseios sociais de justiça, sobretudo em virtude do desgaste inerente a toda e qualquer ação criminal, e também da comprovada ineficácia das sanções tradicionais quando da ocorrência de delitos de menor gravidade.

Ademais, as modernas idéias de instrumentalidade processual e de amplo acesso à justiça não se contentam mais com a simples decisão, devendo-se atingir escopos sociais, políticos e, também jurídicos, exigindo-se, sobretudo, meios com que o cidadão possa

prevenir e remediar os direitos legalmente assegurados, inclusive através de fatores extrajudiciais (conciliação, transação, enfim, meios alternativos à solução dos litígios).

De outra parte, seria um verdadeiro contra-senso a desproporcional aplicação de penas privativas de liberdade para os crimes de menor gravidade nos dias atuais, principalmente no momento em que a Ciência Criminal, como um todo, vem procurando reduzir o campo de atuação do Direito Penal (tendências minimalistas) e denunciar a ineficácia da prisão como forma de se alcançar os objetivos da pena (prevenção geral – positiva e/ou negativa – e prevenção especial)¹. Medidas que, por exemplo, mantendo o sentido punitivo, afastam o estigma de criminoso (suspensão condicional do processo) e reforçam a função ressocializante da pena (medidas alternativas) estão visivelmente nessa linha atualizada da Ciência Criminal.

Não há dúvidas que o melhor seria também excluir do campo do Direito Penal aquelas condutas consideradas criminosas e que não necessitam da intervenção de tal ramo do direito em face da possibilidade de sua prevenção e repressão por outras formas de controle social (jurídicas ou não). Contudo, parece-nos que tal postura descriminalizadora ainda não tem encontrado espaço entre os legisladores brasileiros e mesmo na sociedade que, carente de informações e influenciada por uma mídia sensacionalista, tende a solicitar, cada vez mais, a intervenção penal e, em especial, a pena de prisão, como se tais medidas, meramente sintomáticas, fossem trazer algum resultado útil ao combate da criminalidade.

Mas, na perspectiva das leis de juizados especiais criminais, não se pode olvidar que as suas características peculiares têm o condão de legalizar algumas soluções conciliatórias que eram estabelecidas em caráter oficioso quando da ocorrência de crimes menos graves, seja pela autoridade policial, através da “vista grossa” dos membros do Ministério Público, ou mesmo pelas partes envolvidas no conflito.

¹ Cf., para tal, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2001; THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998.

Tal estrutura tende a diminuir as chamadas “cifras ocultas” da criminalidade, é dizer, os números de infrações penais que não chegam a integrar a atividade persecutória e/ou punitiva do Estado (“litigiosidade contida”). Isso porque a população constatou, após o advento dos juizados especiais criminais, a possibilidade de resolução de seus conflitos que antes tenderiam a ficar carentes de solução. Tal realidade, entretanto, deu ensejo a uma “explosão” de demandas reprimidas nos juizados que hoje, infelizmente, encontram-se assoberbados². Qual seria, então, a saída para tal questão? Aumentar, ainda mais, a competência dos juizados?

É dentro desse contexto que procuraremos, no presente estudo, analisar os juizados especiais criminais, não apenas em relação à Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, mas também em face da novel Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, que criou os juizados especiais criminais na esfera federal, procurando-se realizar um prognóstico sobre a sua efetividade.

Tal análise é de extrema importância porque, além de vislumbrarmos as omissões do legislador na referida Lei n.º 10.259/01, perpetuadoras das discussões já existentes, verificaremos com profundidade a problemática trazida quando da nova caracterização de crimes de menor potencial ofensivo (considerados, agora, aqueles cuja pena máxima cominada ao delito não ultrapasse 2 – dois – anos).

Antes, porém, de iniciarmos nossa análise, convém salientarmos que os juizados especiais criminais têm sede constitucional, uma vez que a Carta Maior de 1988 disciplinou: “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (...)”

² SILVA, José Alfredo de Paula. Juizados Especiais Criminais: expectativas e frustrações. Disponível na Internet:

<<http://www.ibccrim.org.br/opinioes/ampliacao/0038>>, 11.09.2002.

Parágrafo único. Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.”

2. AVANÇOS E DEFICIÊNCIAS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

A administração da Justiça Penal, até o advento da referida Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n.º 9.099/95), gozava, tanto no âmbito da comunidade jurídica quanto também entre os leigos, de significativo descrédito causado pelo burocratizante procedimento aplicado às contravenções e aos delitos de menor potencialidade ofensiva³.

Pode-se afirmar, assim, que o sistema consensual estabelecido com a implantação dos juizados especiais criminais, desde a Lei 9.099/95, não foi causa apenas de avanço, mas de verdadeira revolução no âmbito da processualística penal. Isso porque, como vimos, houve uma verdadeira ruptura com o modelo tradicional de encarceramento e de indisponibilidade irrestrita até mesmo da ação penal pública incondicionada.

Os juizados especiais criminais quebram toda a rigidez própria do procedimento tradicional, utilizando-se de medidas desburocratizadoras, propugnando pela economia, celeridade e efetividade processuais. Outrossim, procuram reduzir significativamente os efeitos da chamada *vitimização secundária*, trazendo o ofendido para o procedimento criminal em uma posição de destaque.

Os operadores do direito, longe de se tornarem meros aplicadores da norma jurídico-penal, assumem, no contexto dos juizados especiais criminais, a posição de responsáveis pela conciliação na órbita penal⁴, munidos, agora, de certos institutos consolidados desde o início da vigência da Lei n.º 9.099/95: conciliação, aplicação de medidas alternativas ao encarceramento (penas restritivas de direito ou multa), suspensão condicional do processo.

As peculiaridades desse novo sistema consensual é fruto de

³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 15.

⁴ Cf., neste sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo, RT, 1996, p. 18.

elogios inclusive no exterior⁵, e, em face de sua originalidade, embasada no princípio da discricionariedade regradada (ou regulada), não se identifica com as formas de barganha, encontradas no direito norte-americano, do *guilty plea* e do *plea bargaining*⁶.

Todas essas características dos juzados criminais visam desafogar a Justiça Criminal tradicional, encarregada, após o advento deles, apenas dos delitos mais graves e que exigem um procedimento penal menos célere, ampliando, assim, o acesso à justiça. Mas será que isso realmente ocorre? Deixaram os juzados especiais criminais alguma impertinente lacuna? A adoção de técnicas meramente despenalizadoras é realmente a solução para a prevenção e efetiva repressão da criminalidade? Senão, vejamos algumas de suas omissões e pontos negativos.

Em primeiro lugar, é de se ressaltar, como já o fizemos na introdução do presente estudo, que seria mais coerente com as modernas exigências da Ciência Criminal se tivesse o legislador se preocupado em também reduzir o âmbito de atuação do Direito Penal, até porque muitos dos delitos existentes hoje não necessitam da intervenção desse ramo essencialmente violento. As leis dos juzados especiais criminais não podem ser motivo de descanso dos estudiosos do direito, e também do próprio legislador, com relação à imperante batalha por amplo processo de descriminalização e procura por meios alternativos outros à prisão.

Aliás, quanto a isso, já leciona Luiz Flávio Gomes: *“De outro lado, a existência dos juzados especiais criminais não pode constituir obstáculo para um amplo programa de descriminalização. Há muitas infrações de menor potencial ofensivo que não têm mais nenhum sentido. São puras infrações administrativas. Isso não significa, entretanto, que os juzados desaparecerão. Mas é bem provável que sua competência terá que ser redesenhada, atribuindo-se-lhes novas funções”*⁷.

Outra questão que vem trazendo problemas para a escorreta

⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Criminais Federais**, Seus Reflexos nos Juizados Estaduais e Outros Estudos. São Paulo, RT, 2002 (Série as ciências criminais no século XXI, v. 8), p. 82.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. 1996, p. 16.

⁷ GOMES, Luiz Flávio. 2002, p. 86.

aplicação das leis de juizados especiais criminais é a omissão do legislador quanto à hipótese de descumprimento da transação de que trata o art. 76 da Lei n.º 9.099/95.

Muitas decisões, *contra legem*, vêm aplicando a pena de prisão quando há o descumprimento da transação penal, não obstante inúmeros acórdãos do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser juridicamente impossível a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade, sem o devido processo legal e sem defesa⁸. O STF entende que, *in casu*, dever-se-ia ser oferecida a denúncia ou requisitada a instauração de inquérito policial pelo Ministério Público⁹.

Mas a posição do Pretório Excelso não encontra harmonia na doutrina e mesmo na jurisprudência. Há quem entenda que a admissão do oferecimento de denúncia, quando do descumprimento da transação, exige a previsão legal, estando o STF, quando assim a admite, exorbitando de sua competência constitucional e substituindo-se ao legislador¹⁰. O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, já entendeu que a homologação da transação impede a instauração de ação penal, fazendo, pois, coisa julgada¹¹.

A problemática é tão profunda que alguns juízes deixam até mesmo de homologar a transação a fim de se aguardar o seu

⁸ RE 268.320/PR, Rel. Min. Otávio Gallotti, 1.ª T., DJ 10/11/2000, p. 00105.

⁹ “Consoante entendimento desta Corte, é possível o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, quando descumprido acordo de transação penal, cuja homologação estava condicionada ao efetivo pagamento de multa avençada” (RHC 11.382/SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, 5.ª T., DJ 26/08/2002, p. 00249).

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. 2002, p. 37.

¹¹ “Formulada pelo Ministério Público proposta de transação penal e homologado o acórdão por decisão judicial irrecorrível, na forma preconizada no art. 76, da Lei n.º 9.099/95, o descumprimento da obrigação acordada não enseja a reabertura da ação penal, com o oferecimento de denúncia” (RESP 190.194/SP, Rel. Min. Vicente Leal, 6.ª T., DJ 25/09/200, p. 00146). Cf., neste mesmo sentido, HC 10.198/SP, Rel. Gilson Dipp, 5.ª T., DJ 14/02/2000, p. 050.

cumprimento, sendo tal posicionamento contrário à regra do art. 76 da Lei n.º 9.099/90 (homologação realizada em audiência)¹².

Percebe-se que, em face da sua omissão, com o advento da Lei n.º 10.259/01, perdeu o legislador uma excelente oportunidade de dirimir a controvérsia, ainda que tal Lei se destinasse apenas à órbita federal.

Importante questão a ser aventada, ainda, é quanto à insatisfação das vítimas, destacadas na Lei dos Juizados Especiais Criminais, verificada em alguns casos face à falta de preocupação com a solução de seu conflito. Se, por um lado, a não obrigatoriedade do inquérito policial garantiu-lhe uma maior possibilidade de ver o seu conflito resolvido (diminuindo, inclusive, a possibilidade de ocorrer a prescrição da infração penal), por outro, tem encontrado uma barreira forte no grande número de processos e na pressão, sofrida pelos magistrados e exercida pelas corregedorias, que, a todo momento, exigem mais e mais produtividade¹³ dos julgadores. Essa pressão, aliada ao número de processos, termina por fazer com que a solução do litígio seja a prioridade e a satisfação dos interesses da vítima uma mera questão a ser relegada a um plano secundário.

Por fim, é de se ressaltar o problema que pode ser encontrado na maneira com que alguns julgadores vêm aplicando o instituto da conciliação. Tal problemática é, inclusive, denunciada por Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, *in verbis*: "*Quando a opção dos juízes é no sentido do restabelecimento do diálogo entre as partes, mais do que a pura e simples aplicação das fórmulas legais, há uma elevada possibilidade de que obtenha o reconhecimento da culpa, a*

¹² "É possível o oferecimento da denúncia por parte do órgão Ministerial, quando descumprido acordo de transação penal, cuja homologação estava condicionada ao efetivo pagamento do avençado. O simples acordo entre o Ministério Público e o réu não constitui sentença homologatória, sendo cabível ao Magistrado efetivar a homologação da transação somente quando cumpridas as determinações do acordo" (RHC 11.398/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5.ª T., DJ 12/11/2001, p. 00159). Cf, neste mesmo sentido, RHC 11.350/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª T., DJ 27/08/2001, p. 00355.

¹³ Cf., nesse sentido, AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Seis Anos de Juizados Especiais Criminais -Um Olhar Sócio-Jurídico. **Boletim do IBCCIM** n.º 107, Ano 9, Out./2001.

reparação dos danos e o restabelecimento de uma base mínima de sociabilidade que impeça o recurso à violência. Isso, no entanto, é dificultado por um habitus profissional dos magistrados no qual não há espaço para diálogo com as partes em audiência, e onde a resolução dos conflitos fica em segundo plano em relação à decisão quanto à autoria e materialidade do fato¹⁴.

Urge, pois, uma nova postura dos conciliadores (juízes ou terceira pessoa)¹⁵, sendo necessária a compreensão de que não são eles simples mediadores, meros elos de comunicação. A conciliação não é apenas uma formalidade estabelecida na lei, devendo o mediador servir como instrumento efetivo de persuasão, com vistas a garantir a composição do litígio, em toda sua plenitude, com a devida reparação dos prejuízos sofridos pela vítima. Isso, de fato, é o que interessa para o processo criminal objeto dos Juizados Especiais em exame.

3. A Lei n.º 10.259/01

A Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na órbita federal, não foi, em matéria penal, tão pródiga quanto em matéria cível, aludindo àquele campo apenas nos seus dois primeiros artigos.

O art. 1.º da Lei em exame dispõe sobre a possibilidade de aplicação da Lei n.º 9.099/95 sempre que não houver conflitos com as normas contidas na novel Lei de Juizados Especiais.

A seu turno, o art. 2.º estabelece que os Juizados Especiais Federais Criminais ficarão encarregados de julgar os feitos relativos às infrações de menor potencialidade ofensiva de sua competência, definindo tais infrações no seu parágrafo único: *“Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”*.

Poderia a Lei ter trazido, como já o dissemos, soluções para controvérsias ainda existentes na Lei n.º 9.099/95, uma vez que, inclusive, esta permanecerá sendo aplicada na órbita federal.

¹⁴ Idem, p. 25.

¹⁵ Cf., neste mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini et al. 1996, p.

Em que pese às omissões do legislador, duas questões são trazidas à tona com o advento deste Diploma: o conceito de menor potencial ofensivo tem aplicação também na esfera estadual, derogando-se a regra estabelecida no art. 61 da Lei n.º 9.099/95? Mais: o novo conceito de delitos de menor potencialidade ofensiva traz algum reflexo para a aplicação da suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei n.º 9.099/95? Procuraremos, nos próximos tópicos, analisar tais questões.

4. O NOVO CONCEITO TRAZIDO PELO ART. 2º DA NOVEL LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS FEDERAIS

Para fixar a competência em razão da matéria, trouxe a Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais uma nova conceituação de delitos de menor potencial ofensivo: crimes cuja pena máxima cominada não seja superior a 2 (dois) anos ou multa.

A nova previsão, adstrita, a princípio, ao âmbito da Justiça Federal, choca-se com o contido no art. 61 da Lei n.º 9.099/95, uma vez que este último Diploma, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na órbita estadual, estabeleceu o conceito de menor potencialidade ofensiva para as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima cominada não fosse superior a 1 (um) ano.

A incoerência fica comprovada quando da análise de casos práticos, logicamente se tal se der sem a realização de uma atividade hermenêutica mais apurada. Imagine-se a prática de crime de desacato contra funcionário público federal (art.331, do Código Penal Brasileiro), cuja pena é de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa. Neste caso, haveria a competência do juizado especial criminal federal em virtude do que dispõe o art. 2º da Lei n.º 10.259/01 dantes mencionado (com todas as benesses próprias de tal procedimento, como vimos anteriormente). Agora, se o mesmo crime de desacato for praticado contra funcionário público estadual, não estaríamos diante de infração de competência do juizado especial criminal estadual em face da pena máxima cominada ao delito ser superior ao estabelecido no art. 61 da Lei n.º 9.099/95.

É óbvio que as situações são idênticas. Portanto, devem, obrigatoriamente, receber da legislação o mesmo tratamento, sob pena de se ferir o princípio da igualdade insculpido no art. 5º da Carta Maior de 1988.

É impossível, assim, um tratamento diferenciado em relação a uma infração penal de competência da Justiça Federal e aquela de competência da Justiça Estadual, justamente porque inexistente qualquer fundamento plausível, como vimos no exemplo supra, para tal discriminação.

Como bem salienta Fernando da Costa Tourinho Filho: *“É verdade que referido diploma trata das infrações de menor potencial ofensivo da alçada federal, mas, não se pode admitir, sem forte dose de absurdidade, haja, num mesmo ordenamento, dois conceitos de ‘menor potencialidade ofensiva’: um para a Justiça Estadual e outro para a Federal, tanto mais quanto não há entre nós um Código Penal Federal e Códigos Penais Estaduais”*¹⁶.

O ferimento ao princípio da igualdade, em caso de se permitir os dois conceitos, evidencia, desta forma, a existência de uma problemática em relação às regras que disciplinam o conceito de crime de menor potencial ofensivo nas Leis n.º 9.099/95 e 10.259/01, sendo, pois, necessária uma atividade hermenêutica tendente a solucionar a incoerência estabelecida pelo legislador federal.

Com relação à matéria existem duas posições distintas: *sistema bipartido* (dois conceitos autônomos e independentes para o âmbito federal e estadual, face à incoerência estabelecidas pelos dois Diplomas) e o *sistema unitário* (conceito único para todos os juizados especiais criminais, federais ou estaduais)¹⁷.

5. A Ampliação do Conceito de Crime de Menor Potencial Ofensivo

Acreditamos que o novo conceito de menor potencial ofensivo deve também abarcar os juizados especiais criminais estaduais.

Não se trata de inconstitucionalidade, conforme será visto, mas tão somente de uma incoerência superável por princípios

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando. *O conceito de infração de menor potencial ofensivo dado pelo art. 61 da Lei n. 9.099/95 foi alterado pelo parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259, de 12-7-2001?* Disponível na Internet: <<http://www.ibccrim.org.br/opinioes/ampliacao/0034>>, 24.6.2002.

¹⁷ Cf., neste sentido, GOMES, Luiz Flávio. 2002, p. 18.

consagrados no direito. Em verdade, a não-ampliação do conceito de crime de menor potencial ofensivo, para o âmbito estadual, é que irá trazer uma situação dúbia, não autorizada constitucionalmente porque violadora do princípio da isonomia.

Alguns argumentam no sentido de que deve ser declarada a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 2º da Lei n.º 10.259/01. Entendemos não haver fundamento plausível para tal postura, uma vez que a violação do princípio da igualdade se dá apenas quando se verifica o parâmetro da Lei anterior (art. 61 da Lei n.º 9.099/95). E por que inconstitucional não seria, justamente, o art. 61 que fixava o conceito de menor potencial ofensivo em 1 (um) ano da pena máxima cominada? Não existe, de acordo com a Constituição, um conceito escorrito ou equivocado de infração de menor potencial ofensivo que permita a declaração de inconstitucionalidade de um ou outro dispositivo. Nesse mesmo sentido, convém destacar as palavras de Luiz Flávio Gomes: *“Ademais, de modo algum se extrai da Constituição brasileira que ela tenha pretendido instituir dois conceitos (distintos) de infração de menor potencial ofensivo: um para o âmbito federal e outro para os Estados. Aliás, sendo ambos regidos pela Lei 9.099/95, não há mesmo justificativa para isso”*¹⁸.

Como se vê, a solução para a controvérsia não pode se dar no plano da inconstitucionalidade. Inconstitucional é, sim, a perpetuação dessa verdadeira incoerência trazida com a multirreferida lei dos juizados especiais federais.

Desta forma, não pode haver disciplinamentos autônomos do conceito de infração de menor potencial ofensivo, seja em lei que disponha sobre juizados especiais criminais na órbita estadual ou mesmo na federal.

Assim, em vista da aplicação dos princípios da igualdade, proporcionalidade e da aplicação da lei penal mais benéfica, deve-se ampliar o conceito constante do art. 2º da Lei n.º 10.259/01, abarcando os juizados especiais criminais estaduais. Aliás, como bem salientou Damásio de Jesus: *“A não se adotar essa orientação,*

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. 2002, p. 20.

absurdos poderão ocorrer na prática, em prejuízo de princípios constitucionais, como da igualdade e da proporcionalidade”¹⁹.

De outra parte, cai por terra, também, qualquer argumentação no sentido de não aceitar a aplicação do art. 2º da Lei n.º 10.259/01 na órbita estadual em face do objetivo de tal Diploma (estabelecimento dos juizados especiais na órbita federal). Deve-se lembrar que houve várias discussões quanto à possibilidade de aplicação das regras da Lei n.º 9.099/95 também na Justiça Federal quando de sua entrada em vigor²⁰. A problemática foi solucionada quando se entendeu possível a ampliação, admitindo-se, por exemplo, a suspensão condicional do processo às infrações de competência da Justiça Federal cuja pena mínima não fosse superior a 1 (um) ano – art. 89 da Lei n.º 9.099/95.

6. A Suspensão Condicional do Processo Após o Advento da Lei n.º 10.259/01

A Lei n.º 10.259/01 traz ainda uma outra problemática. Ao estabelecer, para a infração penal, o conceito de menor potencial ofensivo, ampliando-o, como vimos, também para a órbita estadual, haveria algum reflexo também com relação à suspensão condicional do processo?

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou: *“A Lei n.º 10.259/01, ao definir as infrações penais de menor potencial ofensivo, estabeleceu o limite de dois (2) anos para a pena mínima (sic.) cominada. Daí que o artigo 61 da Lei n.º 9.099/95 foi derogado, sendo o limite de um (01) ano alterado para dois (dois) anos, o que não escapa do espírito da Súmula 243 desta Corte. Recurso provido para afastar o limite de um (01) ano, e estabelecer o de dois (02) anos, para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo”²¹.*

¹⁹ JESUS, Damásio de. Ampliado o Rol dos Crimes de Menor Potencial Ofensivo, <<http://www.ibccrim.org.br/opinioes/ampliacao/11316>>, 27.7.2001.

²⁰ Cf., nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Prisão**. 3 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 64.

²¹ RHC 12.033/MS, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª T., DJ 09/09/2002, p. 00234.

Parece-nos equivocada a postura do Superior Tribunal de Justiça com relação à ampliação do limite para concessão da suspensão condicional do processo, sobretudo porque inexistente qualquer norma expressa em relação à matéria²².

Outrossim, não existe nenhuma dependência entre o limite de 1 (um) ano – referente à pena mínima cominada ao delito - para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo, de que trata o art. 89 da Lei n.º 9.099/95, e o conceito de infração de menor potencial ofensivo previsto no art. 61 do mesmo Diploma, ampliado, agora, com o advento do art. 2º da Lei n.º 10.259/01. Note-se que o critério utilizado nas duas situações, inclusive, é distinto: pena mínima, para a suspensão condicional do processo; e pena máxima, para os delitos de menor potencialidade ofensiva.

A suspensão condicional do processo se adequa, em verdade, a um conceito de delito de média potencialidade ofensiva e que, apenas em vista de sua gravidade mediana, recebe da legislação o benefício da suspensão (medida despenalizadora).

7. Conclusões

1. Os juizados especiais criminais, ao implantarem um sistema consensual, revolucionam e rompem com o chamado “sistema clássico”, na medida em que trazem para a processualística penal medidas de despenalização, descarcerização, enfatizando a conciliação, a transação e a reparação do dano.

2. Apesar dos avanços implementados, principalmente em relação à desburocratização, economia, celeridade e efetividade processuais, com vistas sempre a desafogar a Justiça e atingir os objetivos sociais, políticos e jurídicos do processo, os juizados especiais criminais ainda possuem lacunas e problemas que devem ser sanados.

²² No mesmo sentido: GOMES, Luiz Flávio. Os Juizados Especiais Federais Criminais. In: **Anais do Seminário Juizados Especiais Federais: inovações e aspectos polêmicos**, 18-19 mar. 2002, p. 100-1.

3. A Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, instituiu os Juizados Especiais Criminais na órbita federal, definindo, em seu art. 2º, um novo conceito de infração de menor potencial ofensivo.

4. O novo conceito de delito de menor potencial ofensivo, trazido pela Lei n.º 10.259/01, choca-se com aquele estabelecido pelo art. 61 da Lei n.º 9.099/95, sendo, pois, inadmissível o tratamento desigual em relação a uma infração penal de competência da Justiça Federal e aquela de competência da Justiça Estadual.

5. Por ser impossível o disciplinamento autônomo do conceito de infração de menor potencial ofensivo, até porque ofenderia a isonomia constitucionalmente assegurada, urge a necessidade de se solucionar a incoerência criada, aplicando-se, *in casu*, os princípios da igualdade, proporcionalidade e da lei penal mais benéfica, ampliando-se, consequentemente, o conceito de menor potencial ofensivo também na órbita estadual.

6. A ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo não traz qualquer consequência para a suspensão condicional do processo.

PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A POLÍTICA DE AÇÃO AFIRMATIVA NO BRASIL

Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti

Promotora de Justiça. Secretária de Planejamento do CEFAF. Pós-graduanda em Direito Constitucional pelo CESMAC/AMPAL

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceito e origem das políticas de ação afirmativa. 3. Preconceito étnico e social no Brasil. 4. O Princípio da Igualdade. 5. As políticas de ação afirmativa no Brasil e o princípio constitucional da igualdade. 6. Conclusão.

1. Introdução

O presente trabalho visa discutir um dos temas mais polêmicos do Estado Democrático de Direito: a política de ação afirmativa.

Em princípio será feito um estudo histórico da ação afirmativa nos Estados Unidos, berço dessas políticas e o modelo seguido pelo Brasil.

A partir da questão do racismo e do preconceito racial, será realizado um estudo do princípio constitucional da igualdade e posteriormente serão analisados os projetos de ação afirmativa desenvolvidos no Brasil, com maior enfoque na constitucionalidade das cotas reservadas para negros nas Universidades.

Por fim, à guisa de conclusão, serão discutidas a aplicabilidade, vantagens, desvantagens das políticas de ações afirmativas no direito brasileiro e apresentadas sugestões para a implementação de novas políticas compensatórias destinadas a eliminar as perversas desigualdades sociais e econômicas que atingem o povo brasileiro.

2. Conceito e origem das políticas de ação afirmativa

A ação afirmativa é um conjunto de estratégias políticas que visa promover a igualdade de oportunidades sociais, mediante um tratamento preferencial daqueles que, historicamente, têm sido os perdedores na disputa pelos bens escassos de nossa sociedade (empregos, vagas em universidades, participação política etc.), a fim de mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais, promovendo a justiça social.

Significa também a concepção de políticas de discriminação positiva, beneficiando os segmentos da população que – devido ao preconceito e à falta de oportunidades – encontram-se em situação de desvantagem na sociedade. Essa estratégia traduz-se pela reivindicação e adoção de políticas de cotas para minorias sociológicas (deficientes físicos, negros, mulheres, judeus) em universidades, empresas, órgãos públicos etc.

Segundo JOAQUIM GOMES, "as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego".¹

A primeira política de ação afirmativa surgiu nos Estados Unidos da América, em 1941, no governo de FRANKLIN D. ROOSEVELT, como resposta a uma grave crise de mão-de-obra branca que tornou-se escassa durante a 2ª. guerra mundial. A legislação determinou que as empresas de material bélico teriam de abrir vagas para trabalhadores negros em seus quadros. Para garantir efetividade à norma criou-se o *Fair Employment Practices Committee*, órgão responsável pelo respeito à igualdade das condições de trabalho independentemente de sua origem racial.

¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

A expressão ação afirmativa (*affirmative action*) surgiu em 1961 e é atribuída ao Presidente Kennedy, que determinou a adoção de medidas compensatórias às empresas que ampliasse a representatividade das diversas raças entre os seus empregados.

Em 1972, como parte do Plano de Filadélfia, o Presidente NIXON modificou as leis existentes para que a discriminação positiva fosse possível. Os critérios de raça ou sexo poderiam ser tomados como fator de discriminação, desde que no sentido inverso ao que historicamente tinham servido.

A partir do governo REAGAN, em 1981, a postura da Casa Branca passou a sugerir, discretamente, o esgotamento do modelo de ação afirmativa, através também de decisões de juízes e governos no sentido de vetarem crescentemente a discriminação positiva.

No Brasil, as políticas para o combate ao preconceito racial nunca foram levadas muito a sério. Dados estatísticos revelam que aqui o racismo se reveste de outra roupagem. É mais requintado e muitas vezes imperceptível a olhos desatentos. É o chamado "racismo cordial", o racismo à brasileira, em que o branco finge que não discrimina e o negro finge não ser discriminado.

Em razão desses fatos, apesar dos altos índices de desigualdades (sobretudo da raça negra no Brasil), somente no ano de 1999 a discussão sobre a implementação de políticas afirmativas passou a ser tratada de forma mais responsável. O Projeto de Lei n. 605/99, de autoria do senador JOSÉ SARNEY, estabeleceu cotas para negros no acesso aos cargos e empregos públicos, à educação e aos contratos de fundo de financiamento ao estudante de ensino superior. No mesmo sentido a lei estadual n. 3.708/01, do Estado do Rio de Janeiro, que instituiu cotas de até 40% para as populações negras e pardas no acesso à Universidade Estadual do Rio de Janeiro e do Norte Fluminense.

3. Preconceito étnico e social no Brasil

Todos têm seus "pré-conceitos", que nada mais são que conceitos pré-constituídos sobre determinado assunto ou tema. Problema surge quando o preconceito é fonte de discriminação contra determinada raça ou gênero. Apesar de o Brasil ser um país de

preconceituosos, os brasileiros de um modo geral não se consideram como tal.

A questão da discriminação contra a cor negra no país é um problema cultural e sociológico. Nas suas múltiplas manifestações, a discriminação constitui a valorização generalizada e definitiva das diferenças, reais ou imaginárias, em benefício de quem a pratica, não raro como meio de justificar um privilégio. Discriminar nada mais é do que insistir em apontar ou em inventar diferenças, valorizar e absolutizar essas diferenças, mediante atividade intelectual voltada à legitimação de uma agressão ou de um privilégio.

Principalmente após a 2ª. grande guerra mundial, em que várias atrocidades foram praticadas contra os judeus, surge a tendência de extirpar dos ordenamentos jurídicos preceitos discriminatórios. O princípio da igualdade adquire dimensão universalizante.

Surgiram então, diversos instrumentos normativos internacionais de combate à intolerância racial. São os exemplos mais contundentes: Declaração Universal dos Direitos do Homem, das Nações Unidas, em 1948; Convenção n.º 111 da OIT, aprovada em 1958, Convenções da UNESCO contra Discriminação na Educação aprovada em 1960 entre outras.

Ao comentar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, como importante marco histórico na conquista de direitos, NORBERTO BOBBIO afirma:

Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.²

² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 28.

A Convenção 111 da OIT, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 62.150, de 23 de janeiro de 1968, exorta os países membros a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa área, art. 1.º.

O Brasil é signatário de várias convenções e tratados internacionais de combate às formas de discriminação. Mas muito pouco ou quase nada tem sido feito para combater o preconceito étnico e de gênero no país.

Há no Brasil uma coexistência pacífica entre as diversas raças. Uma discriminação e um preconceito escondidos sob um manto de cordialidade. Para a lei todos são iguais em direitos e obrigações. Mas na prática os direitos e as oportunidades não.

Os índices de desigualdades sociais do Brasil retratam essa triste realidade. As estatísticas mostram que os homens brancos ganham em média quase duas vezes e meia (142,2%) mais que os homens negros e quatro vezes (295%) mais que as mulheres negras. O analfabetismo no Brasil é em torno de 19%. Na raça negra é de 40%. Uma criança negra ou parda de até 5 anos tem 67% mais chance de morrer que uma criança branca (IBGE, 1997).

A má qualidade de vida da população negra e parda no Brasil está diretamente ligada ao racismo que bloqueia o pleno desenvolvimento da pessoa humana. A desigualdade econômica e a má distribuição de renda têm suas bases fincadas no racismo e na discriminação racial. A pobreza e a miséria têm cor e se apresentam quando os indivíduos pertencem ao grupo negro ou pardo.

O tratamento jurídico e social do problema do preconceito étnico no Brasil é logicamente compatível com o fato de ter sido um dos últimos países do mundo a abolir a escravidão e o primeiro a proclamar possuir uma democracia racial. A democracia racial é desmascarada pelos índices das desigualdades sociais presentes no país, onde existe um verdadeiro funil racial.

O quadro abaixo mostra as desigualdades entre brancos e negros em várias áreas no Brasil.

Os dados revelam que as políticas de ação compensatórias ou afirmativas para a população afrodescendente devem ser encaradas de forma responsável pelas autoridades públicas do país, que não podem mais fechar os olhos para o problema. O problema existe e precisa ser encarado de frente. Soluções emergenciais de curto e longo prazos devem ser apresentadas pelos governantes nacionais.

IDH – O Brasil ocupa a 69ª. Posição no ranking mundial do IDH. Se fosse considerada só a população negra ocuparia o 101º. Lugar. Na conta feita apenas com brancos, o país sobe para a 46ª. Posição.
MISÉRIA – Os negros representam 45% da população brasileira, mas no universo de miseráveis eles são 70%.
RIQUEZA – No grupo que está no topo da pirâmide social, o 1,7 milhão de pessoas mais ricas do país, há nove brancos para cada negro.
ANALFABETISMO – para cada brasileiro branco que não sabe ler nem escrever há dois negros nessa condição.
ESCOLARIDADE – na média, os brancos têm sete anos de estudo, enquanto os negros chegam a cinco anos.
UNIVERSIDADE – Entre os brasileiros em mais de 25 anos que têm curso superior completo, há um negro para cada cinco brancos.
DESEMPREGO – Em São Paulo, a taxa de desemprego dos homens brancos é de 14%. A dos negros é 21%.
HABITAÇÃO – 26% dos brancos vivem em casas sem rede de esgoto adequada. No grupo dos negros, o índice é de 48%.

Fontes: Dieese, Seade, Ipea e Marcelo Paixão.³

O Brasil é um país cheio de desigualdades. Mas com relação aos negros e pardos elas são gritantes. Portanto, a viabilização de

³ MENDONÇA, Ricardo. Onde estão os negros? In: Veja on-line, edição 1780, dez. 2002, disponível em: <<http://www.veja.abril.com.br>>.

políticas compensatórias surge como uma forma de garantir a essa parcela da população brasileira a efetivação do princípio da igualdade, instituído pela Carta Constitucional de 1988.

Não existe conflito constitucional entre a adoção de políticas compensatórias e o princípio da igualdade é o que se demonstrará na próxima seção.

4. O Princípio da Igualdade

A igualdade, princípio jurídico-filosófico cultivado e disseminado a partir das revoluções políticas dos séculos XVII e XVIII, constitui um dos pilares da democracia moderna e componente essencial da noção de Justiça.

O Direito Constitucional moderno tem engendrado teorias e mecanismos tendentes a privilegiar a promoção da igualdade e a condenar todas as formas de discriminação. Foi a partir dessas experiências institucionais que se edificou o conceito de igualdade perante a lei. Uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas.

Posteriormente, a partir do século XIX ganhou corpo no constitucionalismo moderno a concepção de igualdade jurídica formal. Segundo esta idéia, a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie. Abstrata por natureza e levada a extremos por força do postulado da neutralidade estatal. O princípio da igualdade perante a lei foi identificado, durante longos anos, como a garantia da concretização da liberdade. A experiência demonstrou, contudo, que a igualdade pautada em postulados formais nada mais era que uma mera ficção.

Constatou-se que a igualdade de direitos não era, sozinha, capaz de garantir aos menos favorecidos as oportunidades asseguradas apenas aos indivíduos mais privilegiados. Seria imprescindível colocá-los todos em um mesmo nível de partida. Urgente, portanto, era a adoção de uma concepção substancial da igualdade, que levasse em consideração não apenas certas condições fáticas e econômicas,

mas também certos comportamentos inevitáveis da convivência humana - a discriminação.

O juiz americano Harry Balckmun disse, no caso *University of Califórnia v. Bakkee*, em 1978 que *"In order to get beyond racism, we must first take account of race. There is no order way. And in order to treat some persons equally, we must treat them differently. We cannot – we dare not – let the Equal Protection Clause perpetuate racial supremacy"*.⁴

É necessário repensar-se o conceito de igualdade, a partir de uma perspectiva material ou substancial, que leve em conta desigualdades concretas presentes na sociedade. É preciso promover a justiça social, assegurando igualdade de oportunidades a todos, sobretudo aos excluídos sociais.

A par dessa situação, a sociedade passou a cobrar do Estado a tomada de posições, através da adoção de políticas públicas mais voltadas aos seus anseios e necessidades prementes.

Surgiram, então, no Brasil as políticas de ação afirmativa, baseadas na experiência dos Estados Unidos. O Estado abandonou a sua tradicional posição de neutralidade e de mero espectador dos embates que eram travados no campo da convivência entre os homens e mulheres e passou a atuar ativamente na busca da concretização da igualdade positivada no texto constitucional.

Nesse sentido é a opinião de CARMEN LÚCIA ROCHA:

Em nenhum Estado Democrático, até a década de 60, e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade

⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. cit. p. 35.

igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política.⁵

As ações afirmativas instituídas sob o manto dessa nova concepção do princípio da igualdade constituem o mais ousado e inovador experimento constitucional concebido pelo Direito no século XX. Um verdadeiro instrumento de proteção e de combate às mais diversas formas de discriminação, conforme se verá.

5. As políticas de ação afirmativa no Brasil e o princípio constitucional da igualdade

Conforme amplamente vislumbrado pela doutrina clássica, no conteúdo jurídico do Estado de Direito enquadram-se duas noções acerca do princípio da igualdade. Harmonizam-se, portanto, a aceção formal do princípio da igualdade, mediante a qual se veda ao Estado todo tipo de tratamento discriminatório negativo. Coíbem-se atos administrativos, judiciais ou expedientes normativos do Poder Público que privem o indivíduo do gozo das liberdades públicas fundamentais com base em critérios não objetivos tais como a raça, a religião ou a classe social. A aceção material do novo paradigma de igualdade impõe ao Estado o dever de promover a igualdade material de oportunidades por meio de políticas públicas e leis que atentem para as especificidades dos grupos menos favorecidos, compensando, desse modo, as eventuais desigualdades de fato decorrentes do processo histórico e da sedimentação cultural.

As referidas aceções do princípio da igualdade são manifestações de duas gerações sucessivas de direitos fundamentais. Nota-se que a segunda aceção absorve e amplia os contornos da primeira. Explica-se. O princípio da igualdade material não só veda o tratamento discriminatório, como também preconiza a implementação

⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, p. 35, 1996.

de políticas públicas tendentes a exterminar ou mitigar as desigualdades de fato.

A diferença centra-se na postura do Estado em relação à igualdade, posto que, enquanto o Estado Liberal se limita a não produzir institucionalmente a “desequiparação”, o Estado Social, berço da segunda geração, arroga para si a missão de produzir a equalização como compromisso constitucional.

Fazendo uma análise paralela entre a visão acima esposada e os objetivos para os quais se propõem as ações afirmativas, pode-se afirmar que tais políticas não ferem a ordem constitucional vigente. Tratam-se, portanto, de políticas constitucionais.

Além disso, existem vários dispositivos que não só possibilitam a implementação das ações afirmativas, como, sobretudo, impõem ao Poder Público a sua adoção, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão.

A partir do seu preâmbulo existem vários dispositivos constitucionais que preconizam a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e a promover a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. A mensagem é clara no sentido do próprio reconhecimento da existência das desigualdades e do dever de combatê-las.

Destaca-se também, um pouco adiante, o art. 3º, mediante o qual são definidos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. O citado artigo queda-se extremamente enfático ao consignar tanto a redução das desigualdades sociais e regionais como a erradicação da pobreza e marginalização (inciso III). E também a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV). E ainda o art. 170 da Constituição reforça, uma vez mais, o objetivo de erradicação da desigualdade já manifestado nos objetivos da República no seu inciso VII.

Afora os dispositivos acima mencionados – verdadeiros fundamentos constitucionais do dever de implementação das ações afirmativas –, pode-se ainda colher do texto magno outros

dispositivos de cuja interpretação se extrai comandos taxativos para a adoção dessas políticas.

Assim, há casos em que o constituinte quis ser ainda mais explícito, criando mandamentos específicos de legislar em favor, por exemplo, de pessoas portadoras de deficiências físicas, a fim de garantir-lhes uma representatividade mínima no serviço público, a teor do que dispõe o art. 37, VIII e, assim, iniciar uma política distributiva, compensando as dificuldades enfrentadas ao longo de um processo histórico de exclusão.

A par disso, atento para as disparidades salariais no mercado de trabalho, determinou, ainda, no art. 7º, XX, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.

Tais exemplos demonstram a necessidade da implementação das ações afirmativas e, ainda, acusam – conforme expõe Celso Antônio Bandeira de Mello – que somente há ofensa ao princípio constitucional da igualdade quando “a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímén* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.”⁶

Diante do exposto, vê-se que a interpretação dos dispositivos acima mencionados deve ser realizada de maneira ampla, primando pela promoção do progresso social, preservando a estabilidade das instituições e sobretudo assegurando os direitos humanos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

6. Conclusão

O Brasil possui uma dívida incalculável com os negros, em razão dos vários séculos em que utilizou a mão-de-obra escrava como forma de produção. As estatísticas mostram que passados 100 anos da abolição da escravidão no Brasil, o negro não ascendeu significativamente na pirâmide social. Hoje existem menos negros nas Universidades brasileiras que na África do Sul sob o *apartheid*.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. 9 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 41.

Em face dessas constatações discute-se a necessidade de adoção de políticas compensatórias, as chamadas ações afirmativas. A exemplo do que foi feito nos Estados Unidos, a reserva de cotas para negros nas universidades públicas ganhou espaço.

Sustentada sua justiça e constitucionalidade, a ação afirmativa como medida política é bastante heterodoxa na tradição brasileira, mais afeita a políticas sociais populistas ou de caráter assistencial. No imaginário nacional, propor uma política desta natureza parece significar ter que romper com a cômoda idéia de que, afora os casos isolados, não existe racismo no Brasil, o que é uma grande falácia.

A sociedade brasileira até então não se pronunciava sobre as questões relacionadas ao racismo por não admitir a existência do preconceito étnico no país. Mas quando surgiu a idéia de adotar cotas para negros e pardos nas universidades públicas acendeu no país uma chama que estava adormecida. E o fogo se propagou de forma tal que hoje todos discutem cotas para negros nas universidades. A grande maioria se posiciona radicalmente contra, porém não apresenta outras soluções mais eficientes para minimizar o problema atual dos índices negativos em relação à população brasileira afrodescendente.

Mas quem é afrodescendente no Brasil? Questão difícil de ser respondida, em razão da grande miscigenação das raças do país. Por isso o critério adotado pela lei, em que pesem as várias e severas críticas, foi o da autodefinição, como faz o IBGE nas suas pesquisas.

O Brasil é um país de alta mobilidade social (deslocamento vertical na pirâmide de renda) e de mobilidade social ascendente nos últimos anos (quem muda de classe, em geral o faz para cima). A educação é apontada como a principal causa de mobilidade social ascendente no Brasil (responsável por 75% dos casos). Em face dessa constatação, já que a educação tem sido a chave do processo de ascensão social no Brasil, mas apenas um número restrito de negros tem acesso a ela, é que se instituiu a política de cotas no país, através do Projeto de Lei n. 605/99, de autoria do senador JOSÉ SARNEY.

O problema do preconceito de raça no Brasil não é o único, já que o preconceito de gênero também é muito forte e presente, segundo dados estatísticos apresentados neste artigo.

A política de cotas se justifica como uma ação emergencial e temporária que não deve ter a pretensão de solucionar os problemas estruturais, assentados solidamente numa sociedade cheia de desigualdades. Mas deve minimizar as conseqüências dessas injustiças sociais, entre elas, a desigual representação de pessoas discriminadas no sistema educativo superior.

É fundamental não perder de vista que a implantação de cotas para negros e negras constitui uma medida parcial e limitada para tentar reduzir uma das conseqüências da gritante desigualdade racial brasileira. Trata-se de um instrumento emergencial cristalizado a partir de uma conscientização da injusta situação em que se encontra uma enorme parcela da população do país. Deve ser vista como uma ação transitória e necessariamente complementada por outras medidas que atuem na base da discriminação sofrida por negros, mulheres, pobres, indígenas e outros grupos ainda impedidos do exercício da plena cidadania.

Constata-se que as políticas compensatórias até então instituídas no Brasil não resolvem o problema das desigualdades. Só políticas sérias de inserção da população pobre nos meios de produção, independentemente da cor da pele, seriam medidas destinadas a minimizar e até acabar com as desigualdades de oportunidades sociais.

Portanto, apresenta-se como políticas de base para serem viabilizadas a longo prazo:

- a) investimentos maciços em educação pública de excelente qualidade desde a tenra idade;
- b) políticas de desestímulo ao trabalho infantil;
- c) de geração de emprego e renda para as famílias pobres;
- d) políticas para desestimular o êxodo rural;
- e) reforma agrária urgente.

Enfim, políticas públicas diferentes das que estamos acostumados a ver. Ao invés de dar o peixe, ensinar o homem e a mulher a pescar, como ensina o ditado chinês e com isso poder alimentar sua família e viver com dignidade.

E como ações emergenciais para tratar o problema das desigualdades e da discriminação sofrida pelos afrodescentes no Brasil, urge que sejam adotadas medidas efetivas, tais como:

a) cotas nas universidades públicas para negros e pardos pobres em percentual igual ao estabelecido para os deficientes físicos;

b) incentivos à iniciativa privada para a contratação de negros e pardos;

c) cursinhos pré-vestibulares para pessoas comprovadamente carentes, independentemente da cor da pele, a exemplo do que já é realizado em Pernambuco, com o Prevupe;

d) cotas para pessoas comprovadamente pobres nas instituições privadas de ensino superior.

De todas essas políticas a mais importante, sem dúvida é a educação, porque os especialistas em educação são unânimes em afirmar que a única política pública efetiva para implementar a justiça social é o investimento pesado na escola pública. É numa escola pública que proporcione formação sólida que negros, pardos e pobres poderão encontrar a base necessária para ascender profissional e socialmente.

Por fim, espera-se que com o presente trabalho seja plantada mais uma semente na discussão sobre o tema das ações afirmativas no Brasil e que sejam instituídas políticas públicas visando a dar oportunidade para que os brasileiros, negros, pardos, amarelos, índios, brancos e todos pobres tenham resguardada a sua cidadania e possam exercê-la plenamente um dia.