

DOCTRINA

IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS PENAIS

Alberto Jorge Correia de Barros Lima

Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Professor de Direito Penal da Universidade Federal de Alagoas, Professor Convidado do Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Universidade Federal de Pernambuco, Juiz Presidente do 2º Tribunal do Júri em Maceió.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. O Direito Penal como instrumento de controle social. 2. Direito Penal e garantismo penal. I. A IMPOSIÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS. 1.1. Das regras e dos princípios como espécies de norma jurídica. 1.2. A proeminência dos princípios. 1.3. Estado Democrático de Direito e os princípios constitucionais penais. 1.4. O princípio da intervenção mínima. 1.5. Direito e moral: O princípio da lesividade. 1.6. O princípio da legalidade: suas funções e seus limites. 1.7. *Nulla poena sine culpa*: o princípio da culpabilidade. 1.8. A proporcionalidade e o princípio de humanidade. II. À GUISA DE CONCLUSÃO.

O juiz e o legislador são homens que se movem dentro do Direito como o prisioneiro dentro de seu cárcere.

(Paráfrase de uma citação de Eduardo Couture)

INTRODUÇÃO

1. O Direito Penal como instrumento de controle social formal

Existem vários instrumentos de controle social de que se vale o Estado para disciplinamento da conduta das pessoas. É que os comportamentos são esperados de determinado modo, tanto pelas próprias pessoas, quanto pelo próprio Estado, basicamente para manutenção da ordem vigente e sobrevivência da forma pela qual a sociedade organiza-se. O desvio de conduta, ou por outras palavras, a quebra das expectativas do grupo, faz gerar insegurança, receio, medo de ruptura com o status vigente. Para assegurar a manutenção dos

valores, da forma organizacional, além do próprio Estado, existe a família, a religião, a moral etc. Quando é o Estado que se vale de instrumentos para tal desiderato, dizemos que há um **controle social formal**, quando o controle é exercido por recursos utilizados por outros grupamentos (v.g. familiar, religioso, comunitário) chamamos de **controle social informal**.

Nas sociedades contemporâneas, caracterizadas pela pluralidade e pelo conflito, há, obviamente, uma crescente necessidade de multiplicação dos instrumentos de controle social, para submissão dos indivíduos aos seus postulados ideológicos, assegurando assim, que o modo de agir destes estará conforme as normas editadas pelo Estado.

Por controle social, deve-se entender o conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que pretendem promover e garantir a sujeição dos indivíduos aos modelos e às normas comunitárias. Esse controle dispõe de múltiplos sistemas normativos (v.g. ética, religião, Direito Civil, Penal); de diversos organismos (v.g. família, igreja, associações, sindicatos, meios de comunicação, judiciário); de uma variedade de estratégias de atuação ou respostas (prevenção, repressão); de diferentes modos de sanções (prêmios, reparação de danos, medidas restritivas de direito, privativas de liberdade) e de certos destinatários (estratos sociais mais pobres, estratos sociais privilegiados)¹.

O controle pelo Direito Penal, que é formal, é um *subsistema* no sistema global de controle social e, na atualidade, tem tido um aumento esquizofrênico (no sentido de perda de contato com a realidade)² nos denominados países periféricos, sobretudo para tentar

¹ MOLINA, Antônio García-Pablos de. *Derecho Penal – Introducción*. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense Madrid, 2000, p. 2-3.

² No Brasil é possível verificar o vertiginoso aumento das leis penais, principalmente a partir dos anos 90, que apenas de forma exemplificativa e muito parcial poderemos classificar em: **crimes contra os Direitos e Garantias Fundamentais** regulados pela Lei n. 7.716, de 05.01.89 – define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor; a Lei n. 8.072, de 25.07.90 – dispõe sobre os crimes hediondos; a lei n. 9.029, de 13.04.95 – proíbe práticas discriminatórias à fertilidade nas relações de trabalho e a Lei n. 9.455, de 07.04.97 – define os crimes de tortura; **crimes contra as funções e instituições do Estado**, regulados pela Lei n. 9.437, de 20.02.97 – institui o Sistema Nacional de Armas e a Lei n. 9.503, de 23.09.97 – institui o Código de Trânsito Brasileiro; **crimes contra o sistema**

controlar com o discurso punitivo as massas excluídas, cada vez mais crescentes.

Afirmam Zaffaroni & Pierangeli, que

“toda sociedade tem uma estrutura de poder (político e econômico) com grupos mais próximos do poder e grupos mais marginalizados do poder, na qual, logicamente, podem distinguir-se graus de centralização e de marginalização. Há sociedades com centralização e marginalização extremas, e outras em que o fenômeno se apresenta mais atenuado, mas em toda sociedade há centralização e marginalização do poder [...] esta ‘centralização-marginalização’ tece um emaranhado de múltiplas e protéticas formas de ‘controle social’ (influência da sociedade delimitadora do âmbito de conduta do indivíduo). Investigando a estrutura de poder explicamos o controle social e, inversamente, analisando este, esclarecemos a natureza da primeira.”³

tributário e o orçamento, definidos pela Lei n. 8.137, de 27.12.90 – define crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo e a Lei n. 8.212, de 24.07.91 – dispõe sobre o sistema de custeio da Previdência Social; **crimes contra a ordem econômica e o sistema financeiro**, regulados pela Lei n. 8.078, de 11.09.90 – institui o Código de Defesa do Consumidor; a Lei n. 8.137, de 27.12.90 – define os crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo; a Lei n. 8.176, de 08.02.91 – define crimes contra a ordem econômica e cria o sistema de estoque de combustíveis; a Lei n. 8.884, de 11.06.94 (lei antitruste) – dispõe sobre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e regula a responsabilidade por infrações à ordem econômica e a Lei n. 9.613, de 03.03.98 – dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens e direitos e, finalmente, os **crimes contra a ordem social**, regulados pela Lei n. 8.069, de 13.07.90 – institui o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei n. 8.489, de 18.11.76 – dispõe sobre a retirada de órgãos para fins científicos e terapêuticos; a Lei n. 8.672, de 06.07.93 – institui normas gerais sobre os desportos; a Lei n. 8.974, de 05.01.95 – dispõe sobre técnicas de engenharia genética; a Lei n. 9.263, de 12.01.96 – dispõe sobre o planejamento familiar; a Lei n. 9.434, de 04.02.97 – dispõe sobre a remoção de órgãos, partes e tecidos dos corpo humano e a Lei n. 9.605, de 13.02.98 que dispõe sobre os crimes ambientais.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 61.

O Direito Penal, pois, não é outra coisa senão, declaradamente, um dos instrumentos do controle social formal, com certas notas específicas, dadas pelo seu objeto⁴ – os crimes ou delitos e as contravenções – havidos como os mais pesados ataques aos bens jurídicos tutelados pelo Estado; seus fins explícitos (prevenção e repressão), de duvidosa eficácia, e os meios que utiliza – penas e medidas de segurança – caracterizados, dentre todos os instrumentos de controle social, como os mais severos para os indivíduos, em virtude da principal resposta penalógica atingir agudamente a liberdade das pessoas (penas privativas de liberdade), quando não alcançam suas próprias vidas (“pena de morte”), nos países que ainda admitem a pena capital.

O controle social exercido pelo Direito Penal se vale, entre nós, de um sistema de justiça criminal composto por três segmentos: o policial, de que faz parte a polícia judiciária; o judicial, formado pelo órgão de persecução penal (Ministério Público) e por órgão judiciais (juízos, juizados, varas criminais, câmaras criminais) e o segmento de execução, composto por órgãos judiciais (varas de execução e varas de execuções das penas restritivas de direito), órgãos administrativos (secretarias de justiça e coordenadorias de execução de penas restritivas de direito) e um complexo carcerário (cadeias públicas, presídios, penitenciárias, colônias agrícolas e industriais, casas de albergado e manicômios judiciários), que, na atualidade, por conta de inúmeros fatores, sofrem uma profunda crise, denunciada, de forma mais visível, pela insignificativa capacidade operacional⁵, pelos altos índices de reincidência, pela repressividade do segmento policial e de execução e lentidão do segmento judicial, enfim, pela própria seletividade e estigmatização de todo sistema penal.

⁴ Ver MOLINA, *Derecho Penal – Introducción*, cit. p. 3 e s.

⁵ Pesquisa realizada no Reino Unido demonstra que de cada 100 crimes cometidos, 50 chegam ao conhecimento da autoridade policial, 30 são investigados, 7 suspeitos são encontrados e 3 acusados são condenados (vide LEMGRUBER, Julita. As penas alternativas, in: *Segurança pública como tarefa do Estado e da sociedade* – Debates, n. 18, Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1998, p. 166. A autora sustenta que esses números não existem para o Brasil, mas, se existissem, seriam, certamente, escandalosos.

2. Direito Penal e garantismo penal

O Estado Democrático de Direito em que se constitui, segundo o artigo 1º da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil, fundamentado na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), tem como objetivo principal a promoção do bem de todos (CF, art. 3º, IV). A leitura primeira que se depreende destes dispositivos, localizados hierarquicamente no cimo da Carta Constitucional, é o reconhecimento de que a existência do Estado dá-se em função da pessoa humana e não o contrário. Em consequência, para atingir as metas de promover o bem dos seus cidadãos, os meios utilizados não poderão olvidar a dignidade destes. Por outras palavras, a República Federativa do Brasil, como Estado Democrático de Direito, tem como tarefa a efetivação da dignidade de todos e nessa dignidade encontra seus limites de atuação.

O Direito Penal, por ter como principal resposta no mundo contemporâneo a pena privativa de liberdade, de extremo rigor para o indivíduo, máxime por afetar direito fundamental da mais alta densidade e se achar, como já anotado, em uma profunda crise, há de se cercar de vários instrumentos que limitem a aplicação da sanção somente para casos extremos. Assim, um Estado Democrático de Direito que pretenda o bem de todos e que tenha como base a dignidade da pessoa humana não pode privar a liberdade do indivíduo por conta de escolhas aleatórias, irracionais ou puramente ideológicas, tampouco de afogadilho, ante o surgimento de “novas situações” emanadas da complexidade social do nosso tempo.

Mesmo que se enxerguem efeitos na chamada função simbólica do Direito Penal, a qual acredita na inibição do comportamento não desejado e na diminuição das tensões sociais, tão só pela elaboração de leis penais, mais severas de modo geral, não podemos admitir uma política criminal nesse nível, quando, no fundo, somos sabedores de que não haverá efetiva aplicação da lei ou de que, se houver, somente alguns estratos serão punidos. A Carta Constitucional garante o bem de todos, não sendo permitido maximizar a felicidade de alguns em detrimento da felicidade de muitos. Ademais, a prevenção pretendida com a linguagem sancionadora tem eficácia duvidosa.

Para Thomas Mathiesen, o argumento da prevenção geral, ou o efeito preventivo da prisão, consoante pesquisas, é muito modesto ou mesmo mínimo em grupos populacionais os quais se desejaria que

fossem fortes – grupos predispostos ao crime e de constantes infratores da lei – enquanto, talvez, seja mais intenso em grupos que por razões outras são de qualquer modo obedientes à lei.

Assevera Mathiesen que a ineficiência preventiva constitui-se em um problema de comunicação. A punição seria um modo pelo qual o Estado tenta comunicar mensagens, especialmente para grupos vulneráveis no seio social. Esse método de comunicação seria extremamente simples, rude, tosco. A própria mensagem seria de difícil transmissão, dada a incomensurabilidade da ação e da reação. Para Mathiesen o que surpreende mais não é o efeito mínimo da comunicação do castigo desejando obter a prevenção geral, mas a persistente crença política em tal meio de comunicação primário⁶. Por fim, o Direito Penal, como afirmou Roxin, não está legitimado, nem é adequado para a educação moral dos cidadãos⁷.

Não há de duvidar, considerando inclusive uma gama de outros fatores importantes, v.g. o forte aparato de poder estatal, que se faz mister um amplo rol de mecanismos garantidores do direito fundamental da liberdade, havendo somente possibilidade de privação temporária desse direito, ainda assim, por imperativo de proporcionalidade, quando a conduta criminalizada representar lesão tão ou mais intensa que a perda da liberdade do agente criminoso. Desse modo, a Constituição, através de princípios, que chamaremos princípios constitucionais penais, além de princípios constitucionais não-penais influentes em matéria penal, limita a intervenção penal, fixando balizas intransponíveis ao legislador ordinário e ao próprio juiz criminal. Nesse passo o juiz torna-se também o garantidor desse sistema, mormente com a ferramenta do controle da constitucionalidade que lhe é conferida.

É por isso que Ferrajoli afirma que

“a sujeição do juiz à lei já não é de facto, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à lei somente quando válida, ou seja coerente com a Constituição. E

⁶ MATHIESEN, Thomas, *A Caminho do Século XXI – Abolição, um Sonho Impossível?* In: *Conversações Abolicionistas – Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva*, Org. Edson Passeti e Roberto B. Dias da Silva. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 273.

⁷ ROXIN, Claus. *Iniciación al derecho penal de hoy*. Trad. Muñoz Conde e Luzón Pena. Sevilha: Univ. de Sevilha editora, 1981, p. 28.

a validade já não é, no modelo constitucionalista-garantista, um dogma ligado à existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência – mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz – dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos”⁸.

Por isso, cremos, mereça revisão a tradicional *teoria geral do direito*, cujo traço característico “foi e continua sendo até os dias de hoje o *formalismo*, ou seja, a idéia de que o direito positivo em vigor constitui um objeto independente, passível de ser descrito e conhecido por uma ciência jurídica, sem referência alguma a elementos alheios ao direito ou a um ideal de justiça qualquer”⁹.

A inserção dos valores transportados com os princípios, agora constitucionalmente positivados, ao contrário do apartamento proposto pelo positivismo jurídico metodológico, obriga a consideração dos mesmos pelo juiz na aplicação do direito, sem fugir da perspectiva dogmática.

Todavia, doutro lado, a Constituição, *densificando* determinados **bens jurídicos**, traça também uma série de indicativos criminalizadores, entendendo necessária a proteção penal para os comportamentos lesivos a esses bens.

A Carta Constitucional de 1988 pautou como indicação criminalizadora ao legislador ordinário, entre outras condutas, aquelas decorrentes do preconceito racial, as lesivas ao meio ambiente, ao consumidor, à intimidade etc. Contudo, essas indicações, como as demais previstas na Carta Federal, não escapam dos marcos impostos pelos princípios constitucionais que limitam a intervenção penal.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. O Direito Como Sistema de Garantias. *Revista do Ministério Público*. Lisboa, n. 61, p. 29-49.

⁹ RABENHORST, Eduardo R. *Filosofia ou Teoria do Direito*, p. 79. Texto entregue pelo autor aos discentes do Doutorado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

Portanto, devem ser entendidas em cotejo com os princípios reportados, mesmo porque, como será adiante explanado, estes situam-se, axiologicamente, no cimo do subsistema constitucional, servindo de diretriz às próprias indicações constitucionais criminalizadoras, impondo ao legislador ordinário a ponderação necessária quando da feitura de regras incriminadoras.

Esse trabalho pretende demonstrar os limites, entre os mais importantes, de um Direito Penal fincado em um Estado Democrático de Direito; os instrumentos hermenêuticos de que se vale a melhor doutrina para fixação da intervenção penal e tenciona também tornar evidente que a operacionalidade efetiva do Direito Penal passa pela análise dos princípios, perdendo sentido a apartação destes com a teoria geral do crime.

I. A IMPOSIÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

1.1. Das regras e dos princípios como espécies de norma jurídica

As normas jurídicas constitucionais, pode-se dizer de logo, compreendem tanto os princípios quanto as regras. A idéia de princípio, segundo Picazo, é derivada da linguagem da geometria, designando as verdades primeiras¹⁰. Entretanto, não há como deixar de ver que a palavra princípio é um vocábulo polissêmico. Anota Carrió que, na linguagem comum, o conceito de princípio vincula-se, no mínimo, a sete focos de significação. Relaciona-se com a idéia de propriedade fundamental, núcleo básico; regra, guia ou orientação; fonte geradora, causa ou origem; finalidade, objetivo, proposta ou meta; premissa, axioma, verdade teórica postulada como evidente, essência; regra prática de conteúdo evidente, verdade ética inquestionável; e com as idéias de máxima, provérbio, aforismo¹¹.

Na linguagem jurídica, há também conceituações distintas, porém, contemporaneamente, o avanço doutrinário mais significativo

¹⁰ *Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F. de Castro*, cit. por BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 228.

¹¹ *Notas Sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 209-212.

para caracterização dos princípios foi a revelação de sua normatividade¹². Canotilho, na trilha de Dworkin¹³ e Alexy, foi taxativo quando afirmou que as regras e princípios são duas espécies do gênero norma jurídica¹⁴. Entre nós, Paulo de Barros Carvalho, incisivamente já **prelecionou** que “os princípios são normas, com todas as implicações que esta proposição apodítica venha a suscitar”¹⁵. Embora utilizando da metodologia tradicional, distinguindo princípios de normas, faz ver Ivo Dantas que a ampla maioria dos princípios constitucionais catalogados no título I da Constituição de 1988 coincidem com o conteúdo das cláusulas pétreas do artigo 60, § 4º, da Carta Magna¹⁶, o que, de certa forma implica na concepção de normatividade dos princípios, pois, neste caso, os mesmos se colocam como limites jurídicos que o legislador de reforma não pode transpor. Souto Maior Borges, apesar de também distinguir princípios de normas, acentua que os primeiros são sim normas de direito, aduzindo que essa distinção é um dos mais elevados problemas do Direito Constitucional da atualidade¹⁷.

A diferenciação que se faz entre princípios e regras é uma distinção entre duas espécies de normas. A tarefa é difícil, mas são muitos os critérios propostos à distinção estabelecida.

¹² BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, cit. p. 230.

¹³ Ver *Los Derechos en Serio*, Barcelona, Ariel, 1989.

¹⁴ *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 166.

¹⁵ Sobre os Princípios Constitucionais Tributários. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, RT, n. 55, jan./mar. 1991, p. 149. Na senda da normatividade dos princípios, vários estudos foram produzidos entre nós, além do excelente trabalho, acima citado, de Paulo Bonavides, no capítulo ‘Dos Princípios Gerais do Direito aos Princípios Constitucionais’ (p. 228) destacam-se: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, RT, 1990, p. 125; ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, São Paulo, RT, 1995, p. 6. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 450-1 e com diferente contorno, BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p. 288; 291-2.

¹⁶ *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*, Rio de Janeiro, Lumem Juris, 1995, p. 53-4; 103.

¹⁷ Pró-dogmática – Por uma hierarquização dos princípios constitucionais, *Revista de Direito Público*. São Paulo, Malheiros, n. 1, 1993, p. 143.

O critério mais freqüentemente utilizado, segundo Alexy, é o da generalidade¹⁸. Os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade, ao passo que as regras têm grau relativamente baixo de generalidade. Canotilho afirma que os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado, enquanto as regras possuem abstração relativamente reduzida¹⁹.

Outra distinção faz-se com base no critério da determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem indeterminados, precisam de mediações concretizadoras, advindas do legislador, ou do próprio juiz; as regras são suscetíveis de aplicação imediata.

Os princípios são “standards” (modelos), juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” ou na “idéia de direito”; as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

Os princípios são fundamentos de regras, vale dizer, são normas que constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante. Assim, afirma Alexy que o critério decisivo nessa distinção é que os princípios são normas que determinam que algo seja realizado da melhor maneira possível²⁰.

É importante dizer que, no caso de conflito entre os princípios, deve o intérprete fazer uma ponderação entre eles, harmonizando-os. A opção por um, em determinado caso, não implica eliminação do outro do sistema. Com as regras é diferente. Por conterem “fixações normativas” definitivas, fica insustentável a validade simultânea de regras contraditórias²¹, resultando em eliminação de uma delas (antinomia).

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionais, Madrid, 1997, p. 83.

¹⁹ Vide *Direito Constitucional*, cit. p. 166 e s.

²⁰ Ver *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit. p. 84 e s.

²¹ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit. p. 166-7.

1.2. A proeminência dos princípios

O ordenamento jurídico, para muitos juristas, constitui um sistema²², uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem²³. Em um sistema, diz-se, não devem coexistir normas incompatíveis, pois elas não convivem isoladamente, umas enleiam outras, têm um certo relacionamento entre si, o que implica exclusão de quaisquer incompatibilidades²⁴. Os princípios compõem os alicerces desse sistema, sendo os núcleos fundamentais do mesmo, uma vez que sustentam toda construção normativa do ordenamento jurídico, servindo-lhe de diretriz. Por isso é que se fala do caráter de fundamentalidade dos princípios, tanto por conta da sua importância estruturante no sistema jurídico, como por seu papel fundamental no ordenamento, dada a sua posição hierárquica (princípios constitucionais)²⁵.

Pode-se afirmar, seguindo os passos da concepção sistemática, que a ordem jurídica brasileira configura um sistema de normas. Esse sistema é composto por vários subsistemas que têm como fundamento de validade a Constituição²⁶. Mas a própria Constituição compõe um subsistema, o mais importante por certo, que paira superior em relação aos demais, face ao seu singular posicionamento hierárquico, achando-se no cimo do ordenamento,

²² O pensamento sistemático, segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr. (*Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1995, p. 67) foi transposto da teoria da Música e da Astronomia para a Teologia, para a Filosofia e para a Jurisprudência (Ciência do Direito). Anota Tercio que o termo sistema vulgariza-se e se torna mais preciso com a obra de Christian Wolf. Entretanto, o uso pioneiro do termo “sistema” (derivado do grego *synhistanai* – “colocar junto”), tanto para denotar organismos vivos, como para sistema social, é atribuído ao bioquímico Lawrence Henderson. Desde essa época, a locução “pensamento sistêmico” passou a significar a compreensão de um fenômeno contextualmente. (Vide CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*. Trad. Newton R. Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 2001, p. 39).

²³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. M. Celeste dos Santos. Brasília: UNB, 1996, p. 71.

²⁴ BOBBIO, *ibidem*, p. 80.

²⁵ CANOTILHO, *op. cit.* p. 166.

²⁶ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 224.

contendo as diretrizes essenciais que orientam e vinculam a totalidade do sistema jurídico nacional.

Como um subsistema, as normas que compõem a Constituição não podem ser interpretadas apartadamente, pois umas condicionam outras, influenciando-se mutuamente, de modo que não se pode interpretar umas sem ter presente a significação das demais. Cada norma constitucional concorre para integrar o sentido das outras, formando uma rede interpenetrante, que confere coerência e unidade ao sistema pela conexão recíproca de significados²⁷.

Todas as normas assentes na Constituição Federal são superiores hierarquicamente às demais normas do sistema, ainda que a matéria tratada por aquelas sejam meramente formais, não dizendo respeito aos elementos básicos ou institucionais da organização política. Basta que a matéria seja introduzida no corpo da Constituição para gozar da garantia e do valor superior que lhe confere o texto constitucional.

Todavia, entre as normas constitucionais, podemos afirmar, os princípios são as linhas mestras, os núcleos fundamentais da Constituição, havendo uma superioridade dos mesmos face às regras. É que o subsistema constitucional estrutura suas normas, hermeneuticamente, de forma escalonada. Mas a hierarquia aqui é tomada axiologicamente. Por veicularem valores jurídicos mais importantes, os princípios são normas que ocupam posições privilegiadas na Constituição.

O ordenamento jurídico nacional, pois, traduz-se em princípios, logicamente anteriores às regras. Os princípios constitucionais são os alicerces do sistema, disposição fundamental que se irradia sobre as demais normas, servindo-lhes de **critério interpretativo**, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do próprio sistema. Assim, pairam superiores sobre as regras. Apontando a direção e mostrando o sentido a partir do qual devem ser compreendidas as outras normas, a violação dos princípios, conforme ficou assentado em passagem já clássica na literatura jurídica nacional, é bem mais grave que a transgressão de uma regra qualquer, pois desatender a um princípio significa não apenas ofender a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 184.

comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, pois significa insurgência contra todo o sistema e corrosão de sua estrutura principal²⁸.

1.3. Estado Democrático de Direito e os princípios constitucionais penais

O Estado Democrático de Direito consagrou a junção dos princípios próprios do Estado Liberal e dos princípios inerentes ao Estado Social e como o todo é mais do que a soma das partes²⁹, ou, em uma linguagem dialética, como a síntese supõe uma superação dos componentes básicos isoladamente considerados, o Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa do Brasil (CF, art. 1º) é, ou pretende-se, uma superação dos modelos de estado Liberal e Estado Social, vincado na concepção democrática de realizar o bem de todos respeitando o direito das minorias (CF, art. 3º, IV) e atuando mediante procedimentos estabelecidos que não façam nenhuma concessão ao arbítrio, todavia que possibilitem a participação dos múltiplos setores sociais na elaboração desses próprios procedimentos, impregnando-os não só de legalidade, mas também de legitimidade.

Os princípios constitucionais penais são, é possível dizer, uma exigência de racionalização e legitimação impostas pela Carta Constitucional para elaboração e operacionalização do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito. São limites democráticos que estreitam e condicionam tanto as possibilidades de formulações legislativas penais referentes à privação da liberdade e da vida humana, direitos fundamentais, **quanto à atuação judicial** concernente à interpretação das regras criminais existentes.

Há autores³⁰ que distinguem – e o fazem corretamente – os princípios constitucionais penais dos princípios constitucionais

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo, RT, 1988, p. 230.

²⁹ HEISEMBERG, Werner. *Der Teil und das Ganze*, citado por CAPRA, Fritjof, in: *A teia da vida*, cit. p. 41-2.

³⁰ PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gerson dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 22-3. Entre nós, LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 10-1.

pertinentes à matéria penal, afirmando que os primeiros fazem parte diretamente do subsistema penal, em face do seu próprio conteúdo, ao passo que os segundos têm conteúdo heterogêneo, traçando linhas específicas (v.g. família, economia, administração pública) mas também, é preciso registrar, linhas gerais (v.g. igualdade, isonomia entre os sexos), vinculando tanto o legislador civil, administrativo, tributário, quanto o legislador penal que intervier na respectiva matéria.

Os princípios constitucionais penais, explícitos e implícitos por sua conexão e compatibilidade com os primeiros, e os princípios constitucionais influentes em matéria penal estão presentes na Constituição Federal, por isso mesmo, são hierarquicamente superiores às normas penais ordinárias, devendo essas, por imperativo da superioridade hierárquica, amoldarem-se às irradiações daqueles, sob pena de incompatibilidade e conseqüente inconstitucionalidade se lhes forem posteriores, ou simples revogação se lhes forem anteriores³¹.

Por tudo que já foi exposto, insistimos em afirmar que, em nível de interpretação, toda a teoria do crime deve ser guiada segundo

³¹ O Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento de que se lei **anterior** é incompatível com a Constituição esta é simplesmente revogada pelo critério cronológico – a norma posterior prevalece sobre a norma precedente (*lex posterior derogat priori*):

“...O entendimento de que leis pré-constitucionais não se dispõem, vigente uma nova Constituição, a tutela jurisdicional de constitucionalidade *in abstracto* – orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 – 95.993 – 99.544) – foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988. A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores. (STF – ADI 129 (MC) – SP – TP – Rel. Min. Francisco Rezek – DJU 28.08.1992)

“...Não cabe a ação direta de inconstitucionalidade, por se tratar de lei anterior à Constituição em vigor. De acordo com orientação firmada pelo STF, na ADIN nº 2, 06.02.1992, a hipótese é de revogação da lei anterior, se contrária à nova Constituição, e não de inconstitucionalidade do mesmo diploma...” (STF – ADI 9 – DF – T.P. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 24.04.1992).

a ação difusiva e contagiante dos princípios constitucionais reportados, não havendo possibilidade de dissociação das categorias penais da irradiação fundamentante das normas constitucionais³², **isso tanto na interpretação das regras de aplicação e criminalizadoras, quanto na análise da prova colhida.** O problema da interpretação não se cinge apenas ao ajuizamento do sentido das expressões normativas (proposições), mas vai além, quando antes enfrenta a avaliação dos fatos e, após, a subsunção dos mesmos à lei.

Neste trabalho interessam-nos os princípios constitucionais penais, ditos fundamentais, quais sejam o princípio da intervenção mínima, da lesividade, da legalidade, da culpabilidade e o princípio da humanidade, além de seus corolários.

1.4. O princípio da Intervenção Mínima

A rigor, a resposta penalógica privativa de liberdade, ao menos aquelas de média e longa duração, deve servir somente à tutela dos direitos fundamentais. Mesmo a pena privativa de liberdade de curta duração (reclusão, detenção) e a prisão simples não podem vingar havendo outros modos, menos gravosos, para composição do litígio. Como já afirmado, não é permitido educar com a liberdade dos outros. O princípio da intervenção mínima, com sede constitucional, irradia determinações limitadoras à atuação do legislador e do juiz na incriminação de condutas, legitimando-os a agir, criminalizando comportamentos, somente em marcos estreitos de casos específicos.

Para o legislador, no momento da feitura de leis criminalizadoras de comportamentos, é imposto, primeiramente, o corolário da fragmentariedade, que, bem acentuado por Bricola, é uma contradição com uma visão *omnicompreensiva* da tutela penal e que impõe de um lado, uma seleção de bens jurídicos ofendidos a proteger-se e, de outro, as formas de ofensas³³. Pode-se afirmar pois, que somente poderão ser objeto do Direito Penal os bens jurídicos

³² A supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento opera a recusa da interpretação conforme as leis, o que pode levar à inconstitucionalidade. O essencial é que se interprete a lei segundo as normas constitucionais superiores, nunca ao contrário.

³³ BRICOLA, Franco. *Politica Criminale e Scienza del Diritto Penale*. Bologna: Il Mulino, 1997, p. 190.

mais relevantes, que, em um Estado Democrático de Direito, para nós, são os bens jurídicos que a Carta Constitucional considera como fundamentais à pessoa humana e os essenciais para aquela comunidade concreta onde ela conviva. Ainda assim, apenas quando forem atingidos através de fortes ofensas. Por outras palavras, não é toda forma de ofensa aos bens jurídicos mais densos que legitimam a intervenção do legislador criminal, mas, tão só, aquelas que afetem mais duramente esses bens jurídicos.

Ademais, em um segundo momento, o princípio exige que observe o legislador se é adequada a criminalização do comportamento, ou seja, se a criminalização é, efetivamente, uma resposta que contenha, ao menos em níveis toleráveis, o comportamento *indesejado*. Em termos de aplicação do princípio da proporcionalidade, podemos formular a questão da pertinência, que revela se determinada medida representa o meio apropriado para levar a termo um fim e a necessidade, que verifica se a medida excede os limites indispensáveis à consecução do fim legítimo a que se almeja. Isso implica a segunda decorrência do princípio da intervenção mínima que é a subsidiariedade: a intervenção do Direito Penal somente se dá em último caso, como *ultima ratio*, onde não sejam suficientes outros procedimentos para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica³⁴.

Isso, parece-me, vai exigir do legislador a edição de leis temporárias. Claro que um acompanhamento estatístico da lei criminalizadora, lido por especialistas (v.g. criminólogos, penalistas), deverá fornecer subsídios para a manutenção, ab-rogação ou derrogação das leis. Todavia, não há como deixar de reconhecer, de logo, que a Carta Constitucional brasileira deixou de recepcionar vários tipos penais incompatíveis com o princípio abordado³⁵, bem assim que vários outros tipos incriminadores, editados após a Constituição, maltratam claramente o princípio.

³⁴ ROXIM, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. A.P. dos Santos e L. Natscheradetz. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993, p. 28.

³⁵ Somente a título de exemplo, podemos observar que no adultério (CP, art. 240) e na sedução (CP, art. 217) ainda que se entenda importante o bem jurídico protegido e grave a lesão contra ele praticada, o que não nos parece, a resolução do problema estaria bem melhor delineada na esfera do Direito Civil, com a imposição, por exemplo, de multas, perda da guarda, perda de parte da meação.

O princípio da intervenção mínima nasce vinculado ao pensamento iluminista que pretendeu reduzir de forma geral toda legislação e em especial as leis penais³⁶. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, editada na Revolução Francesa, prescrevia no art. VIII: “a lei não estabelecerá senão penas estrita e evidentemente necessárias” e Beccaria acentuava: “proibir grande quantidade de ações diferentes não significa prevenir delitos que delas possam nascer, mas criar novos”³⁷.

A preocupação com o excessivo número de leis e os tentáculos do absolutismo despótico que pairavam ameaçadoramente contra a já hegemônica burguesia são o pano de fundo para o repúdio às leis que, em verdade, não eram as editadas pela nova classe que ascendia ao poder. A mudança de perspectiva dá-se notadamente no fato de que, sob o absolutismo, o Direito Penal vinga em função do Estado, enquanto sob o Estado Liberal burguês o Direito Penal vige para dar segurança ao indivíduo, sendo legítimo seu uso apenas dentro de balizas estreitas para preservação, principalmente, da vida e da propriedade³⁸.

O Princípio é constitucionalmente implícito, o que não nega, de modo algum, a sua validade no sistema³⁹, face à previsão positivada no parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal. Em um Estado Democrático de Direito, que tem como alicerce a Dignidade Humana (CF, art. 1º, III) e como objetivo o bem de todos (CF, art. 3º, IV), não se pode permitir ao legislador ordinário que criminalize comportamentos arbitrariamente, ainda que em nome de uma suposta maioria. Vê-se, pois, que o princípio da intervenção mínima é decorrente do princípio da dignidade humana e da determinação impositiva do artigo 3º, IV, da Constituição Federal, concernente à efetivação do bem de todos através da obrigatória ação

³⁶ Cf. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, cit. p. 27.

³⁷ “Il proibire una moltitudine di azioni indifferenti non è prevenire i delitti che ne possano nascere, ma egli è un crearne dei nuovi...” BECCARIA, Cesare, *Dei Delitti e Delle Pene*. 4. ed. Milano: Rizzole Editore, s/d, p. 91.

³⁸ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e Sensibilidade – Fundamentos do Direito Penal Moderno*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 65-6.

³⁹ Ver BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 85.

dos Poderes Públicos. Ademais, a vida e a liberdade, direitos fundamentais expressamente garantidos pelo art. 5º, caput, da Constituição Federal, somente podem ser privados ou restritos se estritamente necessários para a própria tutela dos direitos fundamentais.

Por transportar consigo uma garantia fundamental do indivíduo, consistente em critério *lógico-antecedente* na criação de regras limitadoras da liberdade de ir, vir e ficar, o princípio tem aplicabilidade imediata (CF, art. 5º, § 1º), independente de reconhecimento expreso, como já visto, e também de lei regulamentadora.

1.5. Direito e moral: o princípio da Lesividade

O princípio da lesividade, conhecido também por princípio da ofensividade⁴⁰, é um princípio garantidor da impossibilidade da construção do ilícito penal senão quando o fato for ofensivo, lesivo, ou simplesmente perigoso, ao bem jurídico tutelado. Impõe ao legislador e também ao juiz que só seja incriminado aquele comportamento que lesione ou ameace de lesão bens jurídicos alheios. Ao legislador impõe-se o princípio, face sua natureza constitucional, impedindo-o de criminalizar condutas que, visto os interesses e valores sociais, já foram consagradas como inofensivas. Em nível jurisdicional o princípio condiciona o juiz a descriminalizar comportamentos que, embora formalmente típicos, concretamente são inofensivos ao bem jurídico tutelado, abrangendo, nesse aspecto, o princípio da insignificância.

A insignificância revela-se um excelente critério norteador interpretativo para o juiz. Considerando a interpretação a partir do

⁴⁰ Há autores (vide LOPES, Maurício Antônio Ribeiro, *Teoria Constitucional do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2000, p. 531-2) que distinguem a lesividade da ofensividade, entendendo que a primeira diz respeito a contraposição entre o direito e a moral e a segunda é pertinente ao conteúdo material do conceito de delito. Para nós não procede a distinção. É que, quando se diz que o comportamento meramente imoral não pode ser criminalizado, significa dizer também que a conduta não comporta qualquer lesividade (dano ou perigo de dano) a bens jurídicos penalmente protegidos.

caso concreto, é possível aferir se a lesividade ao bem jurídico foi efetivamente significativa, ou ao revés, patenteou-se sem importância, de pouquíssima monta, resultando, pela observação da realidade fática, a não concretização do tipo penal. Óbvio que ao intérprete não cabe a seleção dos bens jurídicos tuteláveis, assim, por exemplo, as lesões havidas com os delitos de menor potencial ofensivo não são necessariamente insignificantes, mas, é impossível afastar a interpretação dos fatos haurida pelo juiz e, exatamente nessa interpretação, ele está autorizado a verificar se no caso concreto a lesão revelou-se ou não bem aquém daquela prevista *in abstracto* pelo legislador. A doutrina, já interpretando, concorda, por exemplo, que um mero hematoma configura lesão corporal leve, mas, há de se investigar a sede e extensão dessa lesão (v.g. na face, em um dos pés, extensa, minúscula etc). Há necessariamente uma divergência proporcional entre o resultado pouco lesivo e a criminalização da conduta e é o juiz o aferidor dessa distância. A tipicidade, assim, fica condicionada a essa investigação⁴¹.

O princípio como marco delimitador tendente a evitar que o sistema afaste-se dos contornos de um Direito Penal da ofensa é aceito e tecnicamente sistematizado na Itália, é comum no ordenamento espanhol e também na Alemanha, onde a doutrina na contraposição entre “desvalor do resultado” e “desvalor da ação” privilegia o primeiro, evitando o risco de uma volta ao Direito Penal de mera vontade ou da perigosidade⁴².

Indaga-se entre nós acerca da ofensividade efetiva dos denominados delitos de perigo abstrato. Os delitos de perigo são aqueles em que a conduta do agente põe em risco de dano o bem ou bens jurídicos protegidos pela norma; esse risco constitui em si o “desvalor da ação”. Dividem-se em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. A diferença, segundo muitos doutrinadores

⁴¹ Para Zaffaroni (*in Manual de Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires: Ediar, 1991, p. 475) a insignificância da afetação exclui a tipicidade, todavia, adverte o professor portenho, a insignificância só pode surgir à luz de uma finalidade geral, não podendo estabelecer-se mediante considerações isoladas.

⁴² PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal*, cit. p. 80.

nacionais⁴³, está em que nos primeiros o perigo precisa de comprovação, enquanto nos segundos o perigo é inerente à ação, não necessitando de demonstração. Na verdade, nesses últimos, ante a importância do “desvalor do resultado”, a lei inverte o ônus da prova. Não é que o perigo não precise de demonstração, mas cabe ao agente (acusado) fazer a prova de que não havia o perigo⁴⁴. Mas essa inversão é possível em matéria penal? Parece-nos que não. O princípio da lesividade obriga o juiz, no caso concreto, a averiguar se efetivamente era possível que a conduta praticada pelo agente pudesse causar lesão a um bem juridicamente protegido.

O juízo de perigo, adverte Muñoz Conde, é sempre um juízo *ex ante*, emitido pelo juiz, situando-se no instante em que a ação se realizou. “Para estabelecer se a ação realizada era perigosa para o bem jurídico, isto é, que era provável que produzisse uma lesão, é preciso que o julgador conheça, a situação de fato, na qual se realiza a ação que está julgando (conhecimento ontológico) e conheça ademais, as leis da natureza e as regras de experiência, pelas quais se possa deduzir que essa ação, realizada dessa forma e nessas circunstâncias, possa produzir geralmente a lesão de um bem jurídico (conhecimento

⁴³ Ver PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo, RT, 2000, p. 152; NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 108; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo I. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 13; JESUS, Damásio. *Direito Penal*, vol. I. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 167. Esse autor, todavia, mudou seu posicionamento em confusa passagem sobre a “formulação típica nos crimes de perigo abstrato”, chegando a concluir que “não são admissíveis os crimes de perigo abstrato ou presumido em nossa legislação”. Vide *Crimes de Trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 4-5.

⁴⁴ A doutrina prevalente alemã, segundo Palazzo, *Valores Constitucionais e Direito Penal*, cit. p. 81, insistiu numa transformação substancial da categoria, sustentando, interpretativamente, em concreto, uma possibilidade de *prova contrária de não-perigosidade*, que não conseguiu, no entanto, bom acolhimento jurisprudencial. O mesmo autor, no estudo comparativo citado, informa que a doutrina italiana já propõe a formulação de um dispositivo genérico que, junto à enunciação da legalidade, seja capaz de eliminar a subsistência do crime quando o fato, ainda que se amolde ao tipo, revele-se concretamente inofensivo (p. 82 e 83).

nomológico)''⁴⁵. Claro que, feitas essas considerações e verificando o julgador que não houve o perigo, não há que se falar em crime, que exige no mínimo o risco de lesão para os bens jurídicos protegidos. A simples desobediência à norma não pode ser criminalizada, máxime, quando, utilizando os mesmos critérios do princípio da insignificância, aceito de há muito pela jurisprudência⁴⁶, verifica-se que a ação, embora desvalorada pelo legislador, não produziu, no caso examinado, nenhum perigo para o bem jurídico produzido. Se é verdade que o Direito Penal é descontínuo, só podendo ir até onde seja necessário para proteção do bem jurídico, a tipicidade apresenta não só um caráter formal, mas também material, ou seja, típico é somente o fato que além de amoldar-se ao preceito (descrição da conduta proibida), acarreta lesão (dano ou perigo de dano) significativa a um bem jurídico penalmente tutelado⁴⁷.

Quatro são as funções do princípio para Nilo Batista⁴⁸, todas impondo limites ao legislador quando da incriminação de condutas. Assim, não é permitida a incriminação de propósitos, de inclinações interiores. As idéias, desejos e aspirações não podem sofrer censura penal. Vedadas estão também as incriminações de atitudes que não ultrapassem o espaço do próprio autor. O Direito Penal, em vista da questão da *exterioridade* e *alteridade*, coloca frente a frente, no mínimo, dois sujeitos e somente está legitimado quando o comportamento afeta bens jurídicos **alheios**. Desta forma, não se pode criminalizar a fase dos atos preparatórios (CP, art. 31), a *autolesão*, o

⁴⁵ CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*, trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado, Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 87-8

⁴⁶ TACrim. Apel. 614.803/7, Rel. Saraiva Medeiros, 19.12.1990; TACrim. Apel. 262.549, Rel. Silva Franco, 09.11.1982; TACrim. Apel. 481.889/1, Rel. Gonçalves Nogueira, 31.08.1987, cf. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*, São Paulo, RT, 1997, p. 224-5; 229.

⁴⁷ Ver ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, cit. p. 28-9. Do mesmo autor ver *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Trad. Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1972, p. 53 e s. Entre nós, seguindo a orientação perfilhada por Roxin, TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 133-4; BITENCOURT, Cezar Roberto, *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1995, p. 39-40.

⁴⁸ *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, cit. p. 92-4.

uso de substâncias entorpecentes quando ninguém, além do usuário é afetado. A terceira função proíbe a incriminação de meros estados ou condições existenciais. A *essência* das pessoas, o *ser*, o *universo* que cada um traz consigo não pode sofrer censura penal. O direito é ordenamento de regulação da conduta e não de regulação do autor. Finalmente, o princípio veda a incriminação de condutas *desviadas*, desaprovadas pelo corpo social mas que não afetam qualquer bem jurídico. Não pode haver criminalização pelo uso de barba comprida, colorida, de “piercings”, de tatuagens “exóticas” em todo corpo, de práticas sexuais “incomuns”, de vestimentas etc.

A exemplo do princípio da intervenção mínima, o princípio da lesividade não está positivado explicitamente na Carta Constitucional, todavia vige como princípio implícito. O legislador de um Estado Democrático de Direito que se funda na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e tem como objetivo o bem de todos (CF, art. 3º, IV), não pode restringir a liberdade do indivíduo por condutas que não lesem ou não ponham em perigo de lesão qualquer bem jurídico.

1.6. O princípio da legalidade: suas funções e seus limites

O terceiro princípio é o mais difundido. Trata-se do princípio da legalidade, que engloba os princípios da anterioridade da lei e o da tipicidade fechada (taxatividade) e encontra abrigo expresso no artigo 5º, inciso XXXIX da Carta Constitucional Brasileira, sendo repetido na abertura do Código Penal, exatamente no seu artigo 1º, *verbis*: “não há crime sem lei (legalidade) anterior (anterioridade) que o defina (taxatividade). Não há pena sem prévia cominação legal”.

A abrangência do princípio inclui tanto a pena cominada pelo legislador, como a pena aplicada pelo juiz e a pena executada pela administração. Obviamente, amplia-se o princípio para as eufemísticas Medidas de Segurança que, se no rigor da técnica distinguem-se das penas em face de se embasarem na controvertida perigosidade do agente, na verdade não deixam de ser espécie do gênero sanção penal⁴⁹.

⁴⁹ VALEJJO, Manuel Jaén. *Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 22.

Surge historicamente com a revolução burguesa⁵⁰ que o erigiu a princípio fundamental e, a partir de então, passou a figurar nas declarações de direitos e posteriormente nas constituições ditas liberais-democráticas dos países de *civil law*. É assim que o princípio encontra-se assente sinteticamente no artigo 25/2 da Constituição italiana e no artigo 103/2 da Constituição Alemã, sendo descrito de

⁵⁰ A doutrina não é concorde sobre as origens do princípio da legalidade, enxergando alguns autores (vide HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. I, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 35-6 e MANZINI, Vincenzo. **Tratatto di Diritto Penale Italiano**, vol. I. Torino, 1961, p. 55) sua progênie no direito romano, registrando Hungria que, com o surgimento das *quaestiones perpetuae*, instituídas ao tempo e Silla, e com a *ordo judiciorum publicorum*, a analogia foi vedada e os magistrados foram obrigados a observar a previsão legal anterior para os crimes e as penas a serem aplicadas quanto aos *crimina publica* em face das denominadas *leges Corneliae* e *Juliae*. Há também autores (vide LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Legalidade Penal**. São Paulo: RT, 1994, p. 17) que, fincados na diferenciação entre o Estado constitucional e o Estado absolutista, dizem que a origem do princípio deve-se ao fato histórico consignado expressamente no artigo 39 da *Magna Charta Libertatum*, imposta ao Rei João Sem Terra, no ano de 1215: “nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país” (tradução de MIRANDA, Jorge. **Constituição de Diversos Países**, Lisboa, Imprensa Nacional, vol. I, 1979, p. 335). Discorda Rosa Maria Cardoso da Cunha (**O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 30-2), parecendo-nos que com razão. Para essa autora, a estrutura do Direito Romano, com possibilidade de linhas alternativas ou analógicas de solução, era incompatível com o princípio da legalidade e, ainda que se enxergue o germen deste no Direito Romano, ele teria valor e significado diverso, ante a diversidade com o nosso sistema. Com relação à “Magna Carta Inglesa”, assegura que o direito feudal era avesso à idéia nuclear que inspira a regra da legalidade, ou seja, a idéia de uma justiça regular ou disciplinada. Demais, o texto da Magna Carta era uma garantia formal de natureza processual endereçada apenas aos “homens livres”, conceito aplicado aos barões, condes, senhores feudais, sujeitos que podiam reclamar direitos. Entende a autora que o princípio, significando a racionalização do poder de punir, surgiu com a reforma da Justiça Penal européia iniciada no século XVIII.

maneira mais ampla nos artigos 25/1, 53/1, 9/3 e 81 da Constituição espanhola.

Os conseqüências do princípio dizem respeito à necessidade de lei para a criação de crimes (reserva legal) e, portanto, à proibição do estabelecimento de crimes pelos costumes, à vedação da analogia *in malam partem* e à exigência da *tipicidade fechada*, além da proibição da retroatividade *in pejus* da lei penal.

A reserva legal condiz tão somente com a criação de crimes e de penas; assim, não é correto afirmar que a única fonte do Direito Penal é a lei formal, escrita. A univocidade de fonte restringe-se à incriminação de condutas, ou agravamento da situação do agente. Obviamente que o juiz, operando segundo a análise do caso concreto, pode-se valer dos costumes (fonte secundária) para, por exemplo, descriminalizar uma conduta, sem que esteja com isso ferindo a legalidade, estando em consonância inclusive com a regra legal de interpretação preconizada no artigo 5º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (LICC), que determina: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Em geral, não se aceita uma função derogatória aos costumes (*desuetudo* penal), no entanto, parte da doutrina tem desde Welzel⁵¹ admitido, conquanto restritivamente e como princípio de interpretação, a adequação social da conduta. A adequação determina a atipicidade do comportamento que, embora típico, seja socialmente aceito ou adequado. Por conseguinte, poderíamos dizer que no jogo do bicho, ao menos com relação à figura do *apontador* (aquele que faz as apostas), considerando que os resultados são divulgados nos meios de comunicação de massa, tendo em conta a necessidade de emprego cada vez mais escasso, visto que o policial, a dona de casa, o comerciante etc. fazem suas apostas costumeiramente, o fato não é típico em face da aceitação social da ampla maioria. Também no caso do atirador de facas circense há uma função derogatória dos costumes (*desuetudo* penal). O fato, por ele praticado, é típico (CP, art. 132, caput); sua atividade não é regulamentada por lei; a vida e a incolumidade física são bens indisponíveis, não se podendo falar em consentimento do ofendido.

⁵¹ *Derecho Penal Alemán*. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yañez Pérez. Santiago: Jurídica do Chile, 1970, p. 83.

Acatando-se o princípio, ainda que parcial e casuisticamente, não há como deixar de enxergar a inserção dos costumes⁵² também como fonte do Direito Penal, mesmo que uma fonte secundária, mas fonte que gera, como visto acima, conseqüências importantes.

A proibição do emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar as penas tem sofrido críticas. Alguns autores, em homenagem aos valores constitucionais e até aos princípios de Direito Internacional, entendem correto o uso da analogia *in malam partem*⁵³. Em que pese os argumentos favoráveis à utilização da analogia e a eloqüência de se dizer que nenhum fato que apresenta periculosidade deveria ser excluído do julgamento do judiciário, cremos que essa maneira de pensar reveste-se de um lirismo, de um entusiasmo por uma sociedade que não existe. As pretensões idílicas de uma coletividade sã não encontram ressonância em nossa época. Vivemos em um mundo de complexidades, de indeterminação, do relativismo, de absolutização das diferenças, onde a balança da justiça já não tem apenas dois pratos. “antes digitaliza em termos reais interesses múltiplos e múltiplos interesses”⁵⁴.

A criminalização sempre foi procedida pelos grupos assentes no Poder, segundo seus interesses e mesmo quando atende outros anseios, não encontram operacionalidade efetiva⁵⁵. Deste modo,

⁵² BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, cit. p. 71.

⁵³ ANTUNES, Ruy da Costa. *Da Analogia no Direito Penal*. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, no concurso para livre docente de Direito Penal, 1953.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil ? *In Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Org. Eros R. Grau e Willis S. Guerra Filho, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 114.

⁵⁵ Os presos brasileiros são efetivamente pobres. O censo produzido em maio de 1993 já constatava que noventa e cinco por cento (95%) eram absolutamente pobres e noventa e oito por cento (98%) deles não tinham condição de contratar um advogado. Esta condição de pobreza foi verificada também pelos censos posteriores, mantendo-se praticamente o mesmo percentual. Não é por acaso que, dos crimes praticados por esses indivíduos, aproximadamente cinquenta e um por cento (51%) são delitos contra o patrimônio, demonstrando a prevalência dessa modalidade, frente a percentuais como quinze por cento (15%) de

permitir a utilização da analogia *in pejus* é, de um lado, deixar os cidadãos relegados a governos mais ou menos autoritários e ao beneplácito de interpretações bem mais amplas do Poder Judiciário e, de outro, saber que a analogia somente será efetivada para infrações que de fato são operacionalizadas (delitos contra o patrimônio em geral), onde o Sistema Penal, ainda que pouco, funciona, claro que para determinados estratos sociais, exatamente as camadas menos favorecidas da população. Isso para não adentrarmos na instigante consideração acerca da subversão da própria noção de culpabilidade, que dificilmente pode existir “sem a consciência da violação do *dever jurídico*, ou possibilidade dessa consciência”⁵⁶.

Rosa Maria Cardoso da Cunha⁵⁷ afirma que, na prática, os tribunais têm utilizado a analogia *in malam partem* ainda que veladamente, citando o caso de decisões que admitem os crimes de difamação e injúria contra a pessoa jurídica. A lei penal incrimina nos artigos 139 e 140 a difamação praticada contra “**alguém**”, expressão que, segundo a autora, a doutrina tradicionalmente referiu à pessoa física.

Com relação à injúria, não procede, de há muito, o argumento, porquanto a jurisprudência contemporânea é uníssona quando afirma que a honra subjetiva, ou o juízo que fazemos de nós

homicídios, onze por cento (11%) por tráfico de drogas, sete por cento (7%) de crimes contra os costumes, sobrando apenas dezesseis por cento (16%) para todas as outras modalidades de infrações penais (Censo Penitenciário de 1995, Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Política Criminal, Brasília, Imprensa Nacional, 1997, p. 34). Também não é casual o fato de setenta e seis por cento (76%) dos presos, a maioria do contingente de enclausurados, conforme revelou o censo de 1993, ser analfabeta ou semi-alfabetizada (Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito, destinada a investigar o Sistema Penitenciário Nacional, Diário do Congresso Nacional, ano XLIX, suplemento ao nº 57, terça feira, 19 de abril, Brasília, 1994, p. 14-5). Já em 1994 a pesquisa indicava que oitenta e sete por cento (87%) dos aprisionados não haviam completado o primeiro grau (Censo Penitenciário Nacional realizado pelo Ministério da Justiça e divulgado no Jornal do Magistrado, órgão oficial da AMB, ano VII, abril/96, n. 34, p. 8).

⁵⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, cit. p. 24.

⁵⁷ *O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 104.

próprios só é inerente às pessoas físicas, logo a pessoa jurídica não pode ser vítima do delito⁵⁸, vez que lhe é impossível sentir-se injuriada. Pertinente à difamação, ainda que não fosse razoável estender-se o conceito de **alguém** para uma pessoa jurídica, não enxergo aí uma analogia, senão uma interpretação gramatical condizente, inclusive, com o termo, que significa pessoa, não especificamente pessoa física, mas pessoa. Ademais, a interpretação faz-se em cotejo com a efetiva possibilidade da pessoa jurídica ser lesada em virtude de dano em sua reputação, ou seja, na sua honra objetiva, naquilo que a coletividade pensa a seu respeito. E essa lesão – independente de defender-se ou não a criminalização (eu não defendo) – pode acarretar sérios prejuízos para a pessoa jurídica, seus sócios, seus empregados etc. Impossível seria estender o homicídio – “matar **alguém**” – a “morte” da pessoa jurídica, tanto que esse exemplo nós não encontramos.

A exigência da determinação taxativa, da taxatividade ou tipicidade fechada, que consiste na precisão das expressões da norma ou do preceito, evitando-se termos vagos, ambíguos e indeterminados, é a mais pretensiosa função do princípio.

A vedação de palavras vagas e indefinidas torna-se, em termos absolutos, praticamente, inviável. Assim, pode-se objetar, que a lei penal “reproduz significações ditadas por códigos lingüísticos e por múltiplos processos de interação social”: os termos contidos na lei não são unívocos; mesmo que qualificadas como técnicas, as palavras da lei mantêm também imprecisões; o signo submete-se à gradual e incessante mudança em sua significação, frente ao tempo e determinada por forças sociais e históricas; o signo depende de sua correlação com a totalidade e outros signos. Por fim, pode-se ainda colocar a “dependência que a significação jurídica possui de termos que integram campos associativos ausentes em seu discurso”⁵⁹.

⁵⁸ “A pessoa jurídica pode ser sujeito passivo do crime de difamação, não, porém, de injúria ou calúnia. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. (STF – INQ 800 – RJ – T.P. – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 19.12.1994)”

⁵⁹ CUNHA, Rosa Maria Cardoso. *O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade*, cit. p. 95-105.

Contudo, o princípio, nessa função, determina ao legislador o máximo de precisão. Na descrição do comportamento proibido, se não é exatamente possível descrevê-lo categoricamente, que a proposição não seja obscura, que se evite ao máximo ambigüidades, ou seja, estreite-se o quanto puder a margem discricionária do intérprete. Os instrumentos de técnica legislativa estão postos exatamente para isso: pena que muitas faculdades de Direito não disponham em seus currículos dessa matéria de relevo.

Finalmente, o princípio da legalidade tem por escopo proibir a retroatividade da lei penal que de qualquer modo prejudique o agente, função histórica que surge para reagir contra as leis *ex post facto* e que, de tão valorada pelo legislador constituinte, foi objeto de dispositivo autônomo (CF, art. 5º, XL). Essa função dirige-se tanto ao legislador, proibindo a ele a criação de leis penais criminalizadoras, retroativas, como ao órgão jurisdicional, vedando-lhe a aplicação retroativa de regras penais *in pejus*, empregando-se também relativamente às medidas de segurança.

No caso da sucessão de leis penais no tempo, não enxergamos problema algum em que o juiz utilize-se das disposições mais favoráveis de cada uma delas, aplicando-as ao caso concreto. Nessa hipótese, excepcional, o juiz não está criando uma nova lei. Como duas ou mais regras, criadas pelo legislador, tocaram a infração, cabe ao magistrado, utilizando-as, definir o que de mais benéfico pode ser aplicado ao agente.

Mesmo que se denuncie a ambigüidade, imprecisão, vagueza das leis postas, não obstante as denúncias da utilização pelos tribunais da analogia em prejuízo do réu, ainda que os próprios costumes ingressem, de certa forma, interagindo com a regra jurídica, na criminalização do comportamento, as poucas, e por vezes esdrúxulas, exceções exemplificadas⁶⁰, ao invés de negarem o princípio, categoricamente o afirmam. Não podemos prescindir do princípio da legalidade, nem mesmo em nome das boas intenções, para, baseados na ordem de valores produzidos no texto da Constituição, criminalizar fatos que, embora não tipificados legalmente pelo legislador, sejam

⁶⁰ Vide CUNHA, Rosa Maria Cardoso. *O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade*. cit. p. 104.

“substancialmente criminosos”⁶¹. Sob que perspectiva deve-se encarar esses fatos, à luz de que justiça e interpretação? Quem são os juizes hercúleos desbravadores de uma denominada “legalidade material”? Ora, se já existem imprecisões assente o princípio, o que dizer se retirado esse norte? O componente ideológico vai sempre existir na feitura de qualquer lei e, por certo, vingaria, mais facilmente se fosse possível maior abertura, afinal, quem são os seres humanos **escolhidos** para revelar os valores constitucionais?

1.7. *Nulla poena sine culpa*: o Princípio da Culpabilidade

O penúltimo princípio constitucional penal a ser aqui examinado é o princípio da culpabilidade, responsável pelo expurgo de qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, chamada de responsabilidade objetiva ou a responsabilidade transubjetiva. Vinga também o princípio como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, seja-lhe reprovável (censurável)⁶² e ainda significa elemento de *medida* da pena, a ser observado pelo juiz no caso concreto.

Assim, a palavra culpabilidade implica, em Direito Penal, um significado tríplice. O primeiro corresponde propriamente ao princípio da culpabilidade aqui tratado, o qual impede, como visto, à responsabilidade objetiva, exigindo mesmo, para que o fato seja típico, a responsabilização subjetiva do agente por dolo ou, no mínimo, culpa. Dolo ou culpa do agente e, portanto, responsabilidade subjetiva são requisitos da conduta, sem a qual não há de se falar em fato típico e por conseguinte em infração penal. Deste modo, os resultados absolutamente imprevisíveis, fruto dos atos reflexos, do acaso, não poderão ser imputados a quem quer que seja.

O segundo corresponde à noção de culpabilidade como antecedente necessário para aplicação de qualquer penalidade, como

⁶¹ Ver a abordagem favorável a uma “legalidade material”, retirada dos valores constitucionais em CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 58-61.

⁶² BATISTA Nilo, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, cit. p. 103.

uma terceira categoria, ao lado da tipicidade e da ilicitude, cuja presença é fundamental para aplicação de uma pena. Como assinala Muñoz Conde, “esse conceito de culpabilidade descansa, contudo, em umas premissas indemonstráveis, que o questionam, e é entendido como reprovação que se faz a uma pessoa por ter podido atuar de modo distinto daquele como realmente atuou”⁶³. Adverte esse autor que os penalistas são colocados em uma difícil situação, por carecer em decidir entre extremos igualmente questionáveis: de um lado aceitar que o homem pode atuar livremente e com isso admitir o conceito de culpabilidade ou, por outro, negar a capacidade de atuação livre do ser humano, negando, por conseqüência, a culpabilidade como categoria inclusa na teoria geral do crime.

O derradeiro significado diz respeito à culpabilidade como medida da pena, funcionando como padrão para fixação da pena em determinado marco, servindo ao juiz, aliada a outros elementos, na individualização da sanção daquele determinado autor. Também aqui há incertezas. A culpabilidade, como medida da pena, já foi entendida com fórmulas do tipo “intensidade do dolo” e “grau da culpa”, mas, após a reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro, em 1984, vem sendo explicada como juízo⁶⁴ de reprovabilidade, não só em razão das condições pessoais do agente, como também devido à situação de fato em que ocorreu seu comportamento.

Sintetizando, pode-se afirmar que, em termos gerais, de acordo com o princípio da culpabilidade, a aplicação da pena está condicionada pela existência do dolo ou da culpa, da capacidade de comporta-se de acordo com as exigências do direito (imputabilidade), da consciência de ilicitude e da exigibilidade de outra conduta, ainda assim, exige o princípio que, no momento da individualização da pena, a sanção seja proporcional ao fato praticado. Esta é a tradução, em noção dogmática, do princípio político-filosófico da *nulla poena*

⁶³ *Teoria Geral do Delito*, cit. p. 126.

⁶⁴ Juízo, segundo Miguel Reale “é a ligação lógica de um predicado a algo, com o reconhecimento concomitante de que tal atributividade é necessária, implicando sempre uma ‘pretensão de verdade’.” Acrescenta Reale, que “não podemos conhecer sem formular juízos” e, antes, faz a seguinte indagação: “quando formulamos um juízo? Quando emitimos uma apreciação a respeito de algo, quer negando, quer afirmando uma qualidade” (cf. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 59).

sine culpa, de base antropológica da autodeterminação como capacidade do homem⁶⁵.

A noção de culpabilidade como expurgo da responsabilidade objetiva, sem embargo da construção do conceito de *dolus malus* pelos romanos, constituído de um elemento anímico-intencional⁶⁶, foi, sem dúvida, expressão do liberalismo clássico enfiado com as concepções medievais fundadas em crenças e superstições. De início verificou-se que a culpabilidade prendia-se, tão só, a um liame psíquico entre o agente e o fato tido por delituoso. A causalidade estava no plano físico, a culpabilidade no psíquico. Desenhava-se então a primeira teoria da culpabilidade, a teoria psicológica, admitida tanto pelos partidários da denominada Escola penal Clássica, tendo a sua frente Carrara, como pelo racionalismo da chamada Escola Positiva⁶⁷.

A apuração da dogmática penal percebeu a insuficiência da concepção psicológica para explicar determinados acontecimentos (v.g. a culpa inconsciente) e introduziu no conceito de culpa um dado normativo, um juízo e valor, a reprovabilidade do ato praticado. O dolo e a culpa, então espécies de culpabilidade, convertem-se em “elementos” dela, juntamente com a imputabilidade e a exigibilidade de comportamento diverso, segundo a formulação iniciada por Frank e ultimada, com esmero, por Mezger⁶⁸, conhecida por teoria normativa.

Mas, permaneceu no mosaico do dolo a *consciência da ilicitude*. A teoria normativa ainda incluía o liame psíquico no conceito de culpabilidade, como um dado essencial, pelo menos no dolo. Dohna, decisivamente empreendeu esforços para a percepção de que, no juízo de culpabilidade, do mesmo modo que na constatação da ilicitude, nos achamos ante o resultado de uma valoração. Assim,

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, cit. p. 609.

⁶⁶ TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, cit. p. 220.

⁶⁷ VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal – o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências*. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 27.

⁶⁸ MEZGER, Edmund. *La Culpabilidad en el Moderno Derecho Penal*. Valladolid: Univ. de Valladolid, 1956.

apartou a valoração (reprovabilidade) e seu objeto (dolo), reduzindo o conceito de culpabilidade à valoração do objeto. Seus passos foram seguidos pela doutrina da ação finalista (conhecida entre nós por teoria finalista da ação) com Welzel posicionando o dolo, que naquele autor havia ficado sem posição, no tipo (subjetivo). “como uma espécie da vontade final da ação”⁶⁹.

Welzel, pode-se dizer, estruturou os elementos técnico-dogmáticos da infração penal, valendo-se das concepções psicológica e normativa antes existentes, corrigindo a posição do dolo e da culpa, retirando do interior do primeiro a consciência do ilícito que, na sua versão, fazendo parte da culpabilidade, transformar-se-ia em consciência **potencial** da ilicitude. Mas, foi além, eticizando o Direito Penal do então pós-guerra, eliminou a possibilidade de reprovação da essência do ser humano, daquilo que cada ser humano é, afastando-se muito das chamadas concepções de *culpabilidade de autor*, ou *Direito Penal do autor* e suas variantes⁷⁰.

O objeto do juízo de culpabilidade, ainda nos dias atuais é motivo para embate doutrinário⁷¹, ante a profusão de idéias que desembocam ora no engenho de algumas construções intelectuais, ora em absurdos psicodélicos e, vez por outra, em constatações mais lúcidas, ou seja, com maior aproximação do conhecimento, mas que também comporta falhas.

Parece-me que, em um Estado Democrático de Direito, não há como fugir da obviedade que a censura de culpabilidade recai sobre **o fato** praticado pelo autor. A tônica sobre **o autor** torna-se a um só

⁶⁹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal – uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 91.

⁷⁰ Ibidem, p. 93.

⁷¹ Para um maior aprofundamento sobre o tema vide BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Coimbra, Coimbra editora, 1967; REALE JR., Miguel. *Teoria do Delito*. São Paulo, RT, 1998 e Concepção Existencial de Bettiol. *Ciência Penal* 2. São Paulo, Bushatsky, 1974, p. 225-233; DIAS, Figueiredo. *Liberdade, culpa; Direito Penal*. 3. ed., Coimbra, Coimbra editora, 1995. Do mesmo autor: *O problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*. 5.ed. Coimbra, Coimbra editora, 2000 e ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa, Vega, 1993.

tempo autoritária e ilógica. Em uma coletividade plural, com interesses em conflito, no interior de um Estado que sequer logrou a legitimação, ante ao fato de que na verdade é determinado, apesar do discurso de que determina, não há como exigir modelo de personalidade.

Mesmo aspectos mínimos referentes à “personalidade do agente”, por exemplo, cremos de difícil apreciação. Em geral, quando os juízes e tribunais apreciam subjetivamente o réu, expressam-se com fórmulas vazias (v.g. “personalidade voltada para o crime” {!?!}, “caráter mal formado” {!?!} “altamente periculoso” {!?!}). Ainda que o juiz dispusesse de uma enorme gama de elementos contidos nos autos, o que é raro, e mesmo que tivesse uma sólida formação em psicologia, dificilmente poderia apreciar os aspectos pertinentes ao caráter, às tendências, ao modo de ser e ao que impulsionou o acusado à infração penal. Várias seriam as objeções. Sob qual parâmetro medir-se-ia o caráter ou a personalidade do agente, seu modo de ser, o que o impulsiona para a infração? Sob o parâmetro do “homem médio”? Mas o que é o “homem médio” em uma coletividade dispare, marcada, exatamente, por interesses conflitantes? Qual o ser humano pretendido pelo Estado e que condições ofertou o Estado a esse ser humano para exigir dele determinada postura, se é que pode exigir? Quem ou que grupos e interesses estão por trás da “vontade” do Estado? Como ter determinadas expectativas nesse admirável mundo novo, quando não se sabe se a vontade é “livre” ou fruto da aguda *prodigiosidade* da mídia?

Definitivamente, não é possível julgar o ser humano pelo que é, senão e tão somente pelo que ele faz. Cada um de nós é um universo, cada ser humano é único, com seus padrões, sua forma de vida, suas tendências. A complexidade tece todas essas considerações.

O princípio da culpabilidade, embora descrito, parcimoniosamente, no artigo 18 do Código Penal brasileiro, em combinação com seu parágrafo único, não está assente explicitamente na Carta Constitucional, mas em si, é implícito, dadas sua compatibilidade e coerência com os demais princípios expressos na Constituição. Ademais, seus dois corolários são expressos na Carta Federal. O primeiro diz respeito à intranscendência, asseverando que a responsabilidade penal é sempre pessoal, não podendo passar da

pessoa do agente⁷², achando-se consignado no art. 5º, item XLV. O segundo trata-se da individualização da pena, que prescreve que a sanção imposta considere, especificamente, aquela determinada pessoa condenada, encontrando positividade no art. 5º, item XLVI.

1.8. A proporcionalidade e o princípio de humanidade

Merece atenção, por fim, o princípio da humanidade, o qual tem como fundamento que a pena deve sempre considerar a característica óbvia de que todo condenado é humano, assim nenhuma sanção pode ser estabelecida visando grande sofrimento ao condenado, pois o Direito não pode desconhecê-lo como pessoa humana.

Ser pessoa é um atributo que não têm os seres irracionais⁷³. Bem por isto, há quem sustente que o ser humano e suas características únicas e fundamentais – liberdade, dignidade, fim próprio – são, na verdade, anteriores e superiores ao Direito, que, com o Estado, constituem simples meios quando se consideram em relação aos valores supremos da pessoa⁷⁴. Em um aporte antropocêntrico, é verdade, Kant afirma que homem é o único ser que não pode ser considerado meio para qualquer fim, porque ele é um fim em si mesmo⁷⁵. Essa argumentação limita toda e qualquer sanção penal aos postulados da racionalidade e proporcionalidade.

As emoções, inseparáveis do crime, não devem nos fazer perder de vista que as sanções, por mais duras que sejam, à luz de tantas pesquisas sérias já realizadas, contribuem minimamente para redução da criminalidade e, definitivamente, não são instrumentos de ensino. Isso não implica deixar de lado a responsabilização do delinqüente, tampouco que o cumprimento da pena, especialmente as

⁷² O Decreto Nº 3.048, de 06 de Maio de 1999, no art. 116 e seguintes trata do **auxílio-reclusão** para os dependentes dos presos segurados da previdência social, o que revela a preocupação com a intranscendência.

⁷³ PÉREZ, Jesús González. *La Dignidad de la Persona*. Madrid: Civitas, 1986, p. 24.

⁷⁴ XIFRA HERAS, Jorge. *Curso de Derecho Constitucional*. Barcelona: Bosch, 1957, p. 338-9.

⁷⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1992, p. 78.

penas privativas de liberdade, se dê sem dano e sem dor, o que seria utópico⁷⁶. Contudo, os marcos da racionalidade e da proporcionalidade são barreiras intransponíveis em um Estado Democrático de Direito. Penalizar é possível, todavia não podemos mais fazer da pena a violência contra a violência, até porque a história da violência das penas sempre foi mais ignominiosa para a humanidade que a história da violência dos crimes. Se não toleramos a vingança privada, porque admitiríamos a vingança pública?⁷⁷

Inadmissíveis, portanto, são as penas de mutilação, castração, lobotomia, açoites, etc. A prisão perpétua com o seu caráter de definitividade, de eliminação da esperança, contraria o senso de humanidade. A denominada “pena de morte”, encerra, de logo, uma incompatibilidade entre o conceito de pena e o conceito de morte. É que se faz necessário o ser humano vivo para cumprir a pena. Se todos estamos destinados à morte, como afirmou Heidegger⁷⁸, a “pena de morte” equívale à antecipação da morte. No dizer de Reale⁷⁹: “a morte não pode ser matéria de pena, pois elimina, no ato da sua aplicação, aquele mesmo a quem ela se destina”.

Embora decorra diretamente do princípio da dignidade humana, o princípio da humanidade é expresse no art. 5º, III e XLVII do texto constitucional.

II. À GUIA DE CONCLUSÃO

No Estado Democrático de Direito os princípios são limites, balizas, “mandados de otimização” devidamente positivados no ápice do ordenamento jurídico e, ao contrário das críticas referentes à sua excessiva abertura, mesmo numa perspectiva dogmática, aberta é verdade, temos que eles, ao revés da indeterminação, irradiam comandos delimitadores para ação do legislador e do juiz,

⁷⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, vol. 1. Barcelona: Bosch, 1981, p. 36.

⁷⁷ LINS E SILVA, Evandro. Pena de Morte, in *Pena de Morte*. Rio de Janeiro: Destaque, p. 15.

⁷⁸ Apud REALE, Miguel. Pena de Morte e Mistério, in *O Direito Como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 282-3.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 284.

demarcando suas possibilidades criativas, impedindo-os de oferecer respostas incompatíveis com a abrangência irradiada, que sigam em oposição às determinações traçadas e impostas.

Como normas jurídicas, apesar da elevada carga axiológica, os princípios devem ser entendidos deontologicamente, e aqueles materializados explicita ou implicitamente na Carta Constitucional não podem ser contrariados por lei inferior, sob pena de inconstitucionalidade desta, se posterior a Constituição, ou revogação se anterior. O instrumental de controle da constitucionalidade passa, necessariamente, pela ponderação de bens e por um outro princípio, o da proporcionalidade.

A lei aprovada pelo legislativo, sancionada e promulgada pelo Executivo presume-se, fortemente, constitucional. A decisão judicial de declarar a inconstitucionalidade material de uma norma jurídica, seja através do controle difuso, seja pelo controle concentrado, carece de um estudo atento e de argumentos sólidos por parte do juiz, preservando o princípio constitucional da separação dos poderes.

Fornecendo critérios para os juízes no controle da constitucionalidade das leis, o princípio da proporcionalidade torna-se um mecanismo constitucional para aferir se os meios empregados por elas são justificados por sua finalidade.

Compõe-se o princípio em questão de três elementos ou subprincípios: a pertinência ou aptidão, que revela se determinada medida representa o meio apropriado para levar a termo um fim baseado no interesse público; a necessidade, que verifica se a medida excede os limites indispensáveis à consecução do fim legítimo a que se almeja; o terceiro elemento consiste na proporcionalidade mesma; tomada *stricto sensu*, a utilização da proporcionalidade impõe uma obrigação e uma interdição: obrigação de fazer uso dos meios adequados e interdição relativa ao uso e medidas desproporcionais.

A inconstitucionalidade ocorre, diz Bonavides citando Stern, quando a medida é “excessiva”, “injustificável”, vale dizer, não cabe na moldura da proporcionalidade.⁸⁰

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. O Princípio Constitucional da Proporcionalidade e a Proteção dos Direitos Fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n 34, p. 279-281, 1999.

Os princípios constitucionais penais, a seu turno, forjados como garantias, demarcam as limitações aos direitos fundamentais, mormente o direito de liberdade, fazendo do legislador um servidor da Constituição, estreitando seu espaço de intervenção na feitura das leis penais incriminadoras e, do juiz, um operador atento ao controle do legislado, ao mesmo tempo que circunscrito, preso, limitado às respostas (decisões) não incompatíveis com o emanado dos princípios.

A liberdade, concebida modernamente como um direito fundamental do indivíduo não se submeter senão às leis, de não poder ser preso ou detido pelo efeito da decisão arbitrária de um ou de muitos indivíduos⁸¹, carece de instrumentos eficientes para sua proteção, mormente para os estratos sociais mais vulneráveis, que não têm arsenais outros em suas defesas. Deste modo, os princípios da intervenção mínima, lesividade, legalidade, culpabilidade e humanidade, além de seus corolários, limitam as possibilidades de criminalização, tanto na elaboração da regra incriminadora, quanto na atividade jurisdicional. A imperfeição de algum desses princípios ou de todos não deve enfraquecer sua utilização, mas antes servir de estímulo na busca **constante** de aperfeiçoamento, já que o saber não é algo estático e carecemos de mecanismos que fortaleçam as metas (obrigações) do Estado Democrático de Direito.

⁸¹ CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In *Filosofia Política 2*. Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 10.

FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS E CONCUBINATO ADULTERINO

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho

Juiz de Direito. Professor de Direito Civil da UFAL. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Privado do CESMAC/BJ Maceió. Mestrando em Direito pela UFPE.

SUMÁRIO

1. Concepção de família e entidade familiar. 2. Compreensão do concubinato adulterino e do adultério. 3. Intervenção do Estado nas relações de família. 4. A crise do sistema monogâmico. 5. O concubinato adulterino na jurisprudência. 6. A doutrina e o concubinato adulterino. 7. Considerações finais.

O amor paira acima das convenções sociais, dizia Eça de Queiroz. Parafraseando o autor, diríamos: o amor paira acima das convenções legais. Retomaremos a essas assertivas, ao final da nossa palestra.¹

Fachin² cita passagem do acórdão relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do Superior Tribunal de Justiça, STJ, onde consta interessante referência: “Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de relação intersubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: “Oui, monsieur, l’amour”³ [Sim, senhor, o amor]”. Entendemos, com o devido

¹ Palestra proferida durante o III Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em Ouro Preto, Minas Gerais, durante o período de 24 a 27 de out. de 2001, promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Minas Gerais, OAB-MG, e Instituto Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM.

² FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 93.

³ Trata-se do Recurso Especial 148.897-MG, julgado em 10 fev. 1998, por unanimidade.

respeito, tratar-se de um grande equívoco. O amor, o afeto, no mais amplo sentido, é uma possibilidade em todas as relações de família; portanto, importa, sim, para o direito, de sorte que, excluída essa perspectiva, teremos, apenas, uma visão parcial do direito de família.

1. CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA E ENTIDADE FAMILIAR

Importante precisar, inicialmente, a compreensão de *família* e *entidade familiar*. 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*⁴ (grifo nosso).

As expressões *família* e *entidade familiar* não encontram definição na Constituição Federal, CF, tampouco a legislação infraconstitucional cumpriu esse desiderato, até porque não nos parece tarefa do legislador fazê-lo. Cabe, portanto, à doutrina em abstrato e aos juízes e tribunais diante de caso concreto definir a extensão de uma e outra expressão, a fim de verificar qual a proteção que o Estado pretende oferecer e a qual família, bem assim a exata compreensão da expressão *entidade familiar*.

A expressão *entidade familiar* somente foi incorporada a texto legislativo com o advento da CF de 1988, que a ela se refere expressamente em seu art. 226, §§ 3º e 4º⁵. A CF em vigor menciona a proteção do Estado à família, que não se confunde com o instituto da *entidade familiar* referido, igualmente, pelo texto constitucional.

⁴ O conceito proposto encontra-se inserido na dissertação de mestrado do autor, a ser defendida na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), em fase de conclusão, que versa sobre a temática “Entidades Familiares Constitucionalizadas”, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo.

⁵ Os parágrafos terceiro e quarto do art. 226, da C. F. reconhecem a união estável e a entidade monoparental ou unilinear, respectivamente: “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”. “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

O termo *família* é utilizado em sentido amplo, que pode ter o amplíssimo significado de *família brasileira* ou, p. ex., de parentes unidos segundo laços consangüíneos, que corresponde, segundo o Código Civil, até o sexto grau, bem assim as denominações *família natural* e *família substituta* adotadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA⁶, que incluem, portanto, as mais diversas acepções do termo, em sua acepção jurídica⁷.

A partir do estudo do conceito de entidade familiar, dentro de uma abordagem dos princípios constitucionais de direito de família, tentaremos chegar à conclusão, preliminar, de que a menção expressamente feita pela CF de 1988 ao casamento, a união estável e à entidade monoparental ou unilinear, é apenas exemplificativa.

O texto constitucional consagrou, em matéria de direito de família, os seguintes princípios: com acepção genérica, a liberdade e a igualdade; como princípios específicos, o pluralismo das entidades familiares e a afetividade; todos informados e conformados ao atendimento do princípio maior, a dignidade da pessoa humana, considerado como primado.

Queremos destacar, para os fins desta palestra, os princípios específicos do direito de família, quais sejam, o pluralismo das entidades familiares e a afetividade, que serão abordados e pontuados a partir de uma inter-relação com os princípios genéricos, da liberdade e da igualdade, sempre dentro de uma perspectiva de atendimento ao princípio maior, da dignidade da pessoa humana.

O princípio do pluralismo das entidades familiares, encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares, rompe com a orientação legal centenária, que vem desde as Ordenações do Reino e que influenciou as Constituições brasileiras do império e as republicanas, com

⁶ V. Código Civil, arts. 330 e 331. O Projeto de Código Civil, rel. Dep. Ricardo Fiúza, aprovado em 15 ago. 2001, em seu art. 1.592, limita o parentesco ao quarto grau. Cf. <www.camara.gov.br> pesquisado em 01 out. 2001. V., também, Lei nº 8.069/90, ECA, especialmente os arts. 25 a 52.

⁷ A respeito das várias acepções do termo família v. LIRA, Ricardo Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. In: Vicente Barreto (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 26-7.

exceção da CF em vigor, as quais reconheciam, tão-somente, o casamento como exclusiva entidade familiar e, como tal, a única idônea a receber a proteção do Estado.

Atualmente, com o expreso reconhecimento da união estável e da família monoparental, rompeu a CF de 1988, definitivamente, com o *aprisionamento* da família nos moldes restritos do casamento. Ao invés da segurança imposta, o pluralismo reconhecido como fato e valor social, hoje incorporado ao ordenamento como princípio. No entanto, o legislador foi ainda muito tímido, pois deixou de reconhecer expressamente outras formas de relações afetivas, com caráter de estabilidade⁸, como entidade familiar, a exemplo do concubinato adúltero, vez que o dogma da monogamia ainda supostamente prevalece, bem assim as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo, onde imperam os preconceitos de uma falsa moral social e religiosa ditados não se sabe por quem. Reconhece-se, porém, que uma interpretação à vista dos valores e princípios constitucionais certamente superará os óbices de uma hermenêutica fechada e estéril.

Dizemos, pois, *unidade* no sentido de *núcleo*, que pode compreender a forma mais tradicional e ocorrente do casal casado, com ou sem filhos, vivendo sob o mesmo teto: além da união estável e da entidade monoparental ou unilinear, mencionadas expressamente pela CF. Dentro dessa perspectiva incluem-se os arranjos menos usuais, no entanto, cada vez mais ocorrentes, a exemplo das já citadas uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo e as relações concubinárias adúlteras, bem assim a situação das pessoas que, pelos mais diversos motivos, vivem sozinhas.

Quando mencionamos a possibilidade de manifestação de afeto, é porque, a despeito de entendermos a afetividade como um princípio implícito do Direito de Família, aplicável às *entidades familiares*, portanto, com força obrigatória, no sentido de se tratar de norma jurídica, embora, repita-se, implicitamente posta, entendemos que ela, a afetividade, é uma *possibilidade* antevista pelo Estado nas relações dos partícipes das mais diversas *entidades familiares*. Contudo, esse mesmo Estado somente intervirá em ditas relações à

⁸ A respeito v. SILVA, Américo Luís Martins. *A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 188, para quem “[...] onde houver estabilidade na união, presume-se existir alguma organização familiar[...]”.

2. COMPREENSÃO DO CONCUBINATO ADULTERINO E DO ADULTÉRIO

Ainda introdutoriamente, precisamos delimitar a compreensão do termo *concubinato adulterino*, a fim de que, realizadas essas precisões terminológicas, possamos chegar à caracterização do concubinato adulterino como entidade familiar.

Entendemos o *concubinato adulterino* como uma *relação estável entre duas pessoas de sexos diferentes, constituída faticamente, com possibilidade de manifestação de afeto, presumidamente pública e de modo contínuo*. O Projeto de Código Civil (cit.), em seu art. 1.727, refere ao concubinato como “as relações não eventuais ente o homem e a mulher, impedidos de casar [...]”.

É importante esclarecer que, havendo separação de fato, pública, contínua e duradoura, estaremos diante de união estável, e não de concubinato¹¹.

A questão do *adultério* diz respeito à ocorrência, simultânea, para ao menos um dos partícipes do concubinato, o homem ou a mulher, de um casamento, onde não há o rompimento jurídico ou fático da relação, caracterizando, tecnicamente, o descumprimento do dever de fidelidade, mencionado pelo Código Civil em vigor¹², ensejando a existência de ilícitos na esfera penal e civil.

O adultério é tipificado como crime no âmbito criminal¹³, embora atualmente verifique-se nítida tendência à descriminalização,

¹¹ O Projeto de Código Civil, em seu art. 1.723, parágrafo 1º, menciona expressamente a exclusão dos separados de fato da incidência do impedimento de pessoas casadas, seguindo, por conseguinte, a tendência manifestada pela jurisprudência, inclusive do STJ, conforme se observa do Resp 86.302/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 17.06.1999. <www.stj.gov.br>, pesquisado em 15 out. 2001.

¹² V. CC, art. 231, inc. I. O Projeto de Código Civil, retoma a menção das hipóteses que podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida, com a finalidade de possibilitar a separação judicial litigiosa, incluindo entre as quais o adultério (art. 1.573, inc. I). Trata-se de grave equívoco do legislador, porque retoma a tormentosa questão da prova da culpa nas relações de família.

¹³ V. CP, art. 240. V. GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 87-8, ao citar a exposição de motivos do projeto de Código Civil de Coelho

medida que, de maneira direta ou indiretamente, alguém manifeste a falta da afetividade em suas conseqüências jurídicas, como, p. ex., quando uma fática separação por mais de dois anos comprovados enseja o divórcio direto, sem que haja a necessidade de se manifestar o motivo, pois que, nestes casos, entendemos que o legislador presume não mais haver o afeto.

A possibilidade de manifestação de afeto se dá através da convivência, que está no sentido de familiaridade, com ou sem coabitação, com ou sem relações íntimas, bastando a convivência.

A publicidade e a estabilidade completam os requisitos para a possibilidade de manifestação de afeto em uma entidade familiar, de sorte que não se requer notoriedade, mas, sim, o conhecimento, ao menos por pessoas mais íntimas, da existência da entidade familiar⁹, o que é facilitado através da durabilidade da relação ou situação, o que não deverá ser determinado com prazo aprioristicamente fixado por legislação, como aconteceu com a Lei 8.971/94, especialmente em seu art. 1º¹⁰.

⁹ CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre: à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 73-5. V., também, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 3. ed. Belo Horizonte: Dey Rey, 1996, p. 45-50.

¹⁰ A lei referida regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e em seu artigo 1º dispõe: "A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole [...]". Entendemos que o mencionado dispositivo é inconstitucional, vez que acrescenta requisito essencial não mencionado pela CF. Ademais, ainda que assim não se entendesse, a regra encontra-se revogada pelo art. 1º da Lei nº 9.278/96, a qual não menciona qualquer prazo de convivência. O Projeto de Lei nº 2.686/96 encaminhado ao Congresso, à guisa de solucionar a regulamentação infraconstitucional da união estável, retoma a questão da fixação do prazo. O projeto de Código Civil, relator dep. Ricardo Fiuza, <www.camara.gov.br>, em seu art. 1.723, não faz referência a prazo de convivência.

inclusive é o que consta do recente Anteprojeto de Código Penal, parte especial. Ademais, enquanto não ocorre a mudança legislativa, os penalistas propõem a aplicação do direito penal mínimo ou do princípio da adequação social¹⁴ de sorte que não se permita, em pleno século XXI, no mundo ocidental, a penalização de fato que importa, tão-somente, à esfera privada, individual, dos envolvidos, descabendo a intervenção estatal mais séria, com privação da liberdade, em casos dessa natureza.

Na seara cível, o Código Civil em vigor menciona entre os impedimentos absolutos, a proibição do casamento do “cônjuge adúltero com o có-réu, por tal condenado”¹⁵. O projeto de Código Civil (cit.) não impede o cônjuge adúltero, ao novo casamento, suprimindo “esse tolo impedimento”, na expressão de Rodrigues¹⁶.

A tendência da doutrina, porém, é considerar, cada vez mais, a questão atinente à esfera íntima dos envolvidos, de modo a abandonar a perspectiva de uma separação-sanção por descumprimento do dever conjugal de fidelidade, sistemática que deve prevalecer na hipótese de rompimento de outras relações afetivas, como a união estável e as parcerias entre pessoas do mesmo

Rodrigues, declara que o autor do projeto referido teve a idéia de autorizar a dissolução do vínculo no caso de adultério, mas recuou diante de certas perspectivas. Segundo essas perspectivas, acrescenta Orlando Gomes: Coelho Rodrigues “tendo chegado à conclusão de que o adultério do homem, embora menos grave, deveria também autorizar o divórcio, pondera: ‘se não estou muito enganado, no dia da exequibilidade da lei, que o fizer, noventa por cento, pelo menos, das senhoras casadas da nossa sociedade poderão propor a dissolução de seu casamento, o que equivaleria à dissolução da própria sociedade’”.

¹⁴ OLIVEIRA, Marcos Aurélio Costa Moreira de. O Direito Penal e a Intervenção Mínima. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 17, p. 145-152, jan./mar. 1997; v. também OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de e FONSECA, André Isola. Conversa com um abolicionista minimalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 21, p. 13-21, jan./mar. 1998 e BITENCOURT, César Roberto. *Lições de direito penal: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 31-9.

¹⁵ CC, art. 183, inc. VII.

¹⁶ RODRIGUES, Sílvio. *Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 43. v. 6.

sexo¹⁷. Como consequência, cabe desprezar qualquer efeito jurídico negativo ao adultério¹⁸, tais como, em relação à guarda de filhos, alimentos, entre outros, partindo-se para uma perspectiva de separação-ruptura, fundada, apenas, na fática separação. No caso de separação judicial litigiosa fundada no descumprimento do dever de fidelidade, em face da ocorrência do adultério, é possível mesmo sob a égide da Lei nº 6.515/77, alegar a parte ré que a infração não tornou a vida em comum insuportável, pois a ofensa foi perdoada¹⁹. O Brasil ainda adota, quanto à separação judicial, um sistema misto, onde se admite a discussão da culpa, no entanto, facilita-se a separação e o divórcio por ruptura²⁰.

3. INTERVENÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

A questão supra tem relacionamento direto com a temática da intervenção do Estado nas relações de família²¹. Trata-se de tema atual que, no entanto, ainda não encontrou um desenvolvimento

¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A culpa no desenlace conjugal. *Direito de família e ciência humanas*, São Paulo: Jurídica Brasileira, n. 3, p. 133-151, 2000, especialmente quando menciona: “a tendência é, portanto, da substituição do malfadado princípio da culpa, pela instalação do simples princípio da ruptura, expressão, aliás, já incorporada em nosso ordenamento jurídico, inclusive no texto da Lei do Divórcio.”

¹⁸ V. Súmula nº 447, do STF, que mencionava: “É válida a disposição testamentária em favor do filho adulterino do testador com sua concubina”. A referida súmula tinha por objetivo restringir a aplicação do dispositivo legal constante do art. 1.719, do CC, que proíbe ao testador casado dispor em favor de sua concubina. Entendemos que tal dispositivo é inconstitucional, por mencionar proibição somente ao homem. Ademais, contraria a Constituição, porque, em se considerando o concubinato adulterino como *entidade familiar*, não há sentido para a regra proibitiva, vez que a proteção estatal prevista no art. 226, da CF, também abrange o *concubinato adulterino*.

¹⁹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito de Família*. 1994, p.217-218, v. 6.

²⁰ A posição encontra-se inserida na própria CF, especialmente em seu art. 226, § 6º.

²¹ A respeito v. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. In: *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. Carlos Alberto Bittar (coord.). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 58-9, ao tratar sobre os limites recíprocos da família e do Estado, introduz discussão sobre a temática.

doutrinário e jurisprudencial satisfatório. Entendemos, no que concerne à intervenção estatal no âmbito da família e das entidades familiares, que a intervenção do Estado deve se dar apenas no sentido da proteção, nos precisos termos da CF²², e não numa perspectiva de exclusão. Portanto, não cabe ao Estado predeterminar qual a entidade familiar que se pode constituir, mas, apenas, declarar a sua formação, outorgando-lhe a proteção social, por considerá-la base da sociedade.

Portanto, um Estado que se quer democrático, onde a dignidade da pessoa humana é erigida à condição de fundamento da república²³, não pode, sob pena de contrariar frontalmente o ordenamento constitucional, partir de uma perspectiva de exclusão de arranjos familiares, entenda-se, tecnicamente, entidades familiares não mencionadas expressamente pela CF, a que denominamos *entidades familiares implicitamente constitucionalizadas*, como é a hipótese do *concubinato adulterino*.

Dados estatísticos dos últimos censos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE²⁴, mostram-nos que a entidade familiar mais tradicional, o casamento, constituído do casal, com ou sem filhos, vivendo sob o mesmo teto, passa a constituir situação em declínio, vez que em termos percentuais aproxima-se daqueles que vivem em união estável, enquanto aproximadamente 20% (vinte por cento) das entidades é monoparental, 5% (cinco por cento) constituem

²² V. CF, art. 226, *in verbis*: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

²³ V. CF, art. 1º, inc. III.

²⁴ Cf. <www.ibge.gov.br> pesquisado em 15 out. 2001. A respeito v. BERQUÓ, Elza. Arranjos Familiares no Brasil: uma visão demográfica. In: Fernando A. Novais (coord.) e Lilia Moritz Schwarcz (org.). **História da Vida Privada no Brasil** – Contrastes da intimidade contemporânea. Vol. 4. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 415, onde a autora ressalta que “o comportamento matrimonial dos brasileiros nas últimas décadas alterou-se em alguns aspectos, mantendo-se em outros. Aumentou o número de separações e divórcios, conservou-se o da média das idades ao casar, e o papel das uniões não legalizadas cresceu na preferência das pessoas”. V., também, v. SILVA, Américo Luís Martins, **A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 163, que menciona “ [...] a significativa e ininterrupta queda do número de casamentos realizados anualmente [...]”.

parcerias entre pessoas do mesmo sexo²⁵ e 9% (nove por cento) de pessoas vivem sozinhas²⁶.

Quanto ao concubinato adulterino, não existem dados estatísticos precisos a respeito da ocorrência fática da mencionada relação²⁷, no entanto, é fato que desde a colonização, no contexto de casa grande e senzala, tão bem retratado por Gilberto Freire²⁸, passando pelos movimentos de conquista do interior, cujo mais conhecido é o movimento bandeirante²⁹, até os dias atuais, a realidade social ao longo da história insistiu em contrariar a determinação legal, de sorte que relações paralelas, duráveis, sempre ocorreram e continuam existindo. Resta a seguinte pergunta: Como o direito vai encarar esta realidade? Antes de respondermos a indagação, parece-nos pertinente a máxima de Ripert, que pontua: “quando o direito ignora a realidade, a realidade se volta contra o direito, ignorando o

²⁵ Segundo o relatório de Alfred Kinsey, elaborado entre 1938 e 1947, e publicado em 1948, um percentual correspondente a 10% da população norte-americana era formado por homossexuais. Utilizamos o percentual correspondente a 5% à falta de dados estatísticos mais precisos sobre a situação.

²⁶ <www.ibge.gov.br> (cit.). ALBUQUERQUE Fº, Carlos Cavalcanti de. *A Situação Jurídica de Pessoas Solitárias*. Inédito. No referido artigo colacionamos dados estatísticos a respeito dos *singles* em outros países, onde se constata na Suécia, com percentual de 40%, Dinamarca (36%), Inglaterra (35%), Alemanha (30%), França (30%) e Estados Unidos (26%), referente a unidade domiciliares ocupadas por uma só pessoa. Sobre os diversos arranjos familiares, numa perspectiva histórico-demográfica v. BERQUÓ, Elza. Arranjos Familiares no Brasil: uma visão demográfica. In Fernando A. Novais (coord.) e Lilia Moritz Schwarcz (org.). *História da Vida Privada no Brasil – Contrastes da intimidade contemporânea*. 1998, p. 432-5.

²⁷ A instrução do IBGE para realização dos questionários do censo 2000 não incluiu uma perquirição sobre os novos arranjos familiares, daí porque não existem dados estatísticos sobre outras entidades familiares além do casamento, da união estável e da entidade monoparental.

²⁸ FREIRE, Gilberto. *Casa Grande e senzala*. 8. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1954.

²⁹ VIANA, Rui Geraldo Camargo. Evolução Histórica da Família Brasileira. In *Direito de Família: a família na travessia do milênio*. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/Dey Rey, 2000, p. 325-331.

direito”. Trata-se da consagração do princípio da primazia da realidade social.

4. A CRISE DO SISTEMA MONOGÂMICO

A crise do sistema monogâmico apresenta-se patente. A legislação vem acentuando a crise. Medidas legislativas, no âmbito constitucional e infraconstitucional, como o reconhecimento expresso de outras entidades familiares, dentro de uma perspectiva pluralista; a possibilidade da dissolução do vínculo de casamento, com o divórcio e do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, entre outras, vem-nos mostrando que, paulatinamente, a situação de exclusividade do casamento e do casamento exclusivo, monogâmico e indissolúvel, com filhos havidos na relação de conjugalidade, mesmo no contexto jurídico, vem decrescendo.

Segundo Engels³⁰ o surgimento da propriedade individual deu causa ao nascimento e proliferação de vários institutos: o casamento monogâmico, a prostituição, o adultério. Ainda, para o mesmo Autor, a prostituição é um dos pilares que dão base de sustentação ao *sistema monogâmico* de casamento. Silva, seguindo o mesmo entendimento, assevera que “[...] a prostituta sempre teve dois papéis importantíssimo na sociedade: alcarar o ânimo dos celibatários, prolongar os casamentos instáveis e, até mesmo, os estáveis”. E conclui: “[...] a prostituição funciona como um mecanismo estabilizador do sistema monogâmico de casamento [...]”³¹.

A realidade social é bem diferente daquela vislumbrada por Engels³², no entanto, os dias atuais vem-nos mostrando que estão desaparecendo os elementos necessários para a predominância da monogamia delineada pelo amor romântico. Assim, pois, verificamos um declínio da importância do casamento oficial, aliada a um aumento significativo do número de separações e divórcios, com a experiência do casamento-rompimento-recasamento. Além disso, é

³⁰ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991, p. 66-91.

³¹ SILVA, Américo Luís Martins. *A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 192-193.

³² ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 1991, p. 66-91.

nítida uma maior preferência pelas uniões livres e surgem no cenário outros arranjos familiares menos usuais.

Dados estatísticos do último censo, realizado em 2000, pelo IBGE³³, evidenciam para o total do país, uma relação de 96,87 homens para cada 100 mulheres, como resultado de um excedente de 2.696.545 mulheres em relação ao número de homens.

Levando em consideração a referida situação, ou seja, o excesso do número de mulheres em relação ao número de homens no Brasil, que vem repetindo-se ao longo dos últimos censos, e considerando que a diferença média de idade ao casar é de quatro anos, Berquó³⁴, apresenta-nos interessante estimativa do número hipotético de mulheres para cada homem no universo dos não-casados, por faixa etária, onde se comprova o seguinte:

Idade (em anos)	Número de mulheres para cada homem
20-24	2,1
25-29	5,0
30-34	11,3
35-39	21,6
40-44	33,3
45-49	48,0
50-54	56,7

5. O CONCUBINATO ADULTERINO NA JURISPRUDÊNCIA

É escassa a jurisprudência dos tribunais acerca do concubinato adulterino. Antes da CF vigente, o Supremo Tribunal Federal, STF, nas poucas oportunidades em que se pronunciou sobre a temática, adotou negar qualquer efeito, inclusive patrimonial, ao concubinato adulterino. Observemos julgado do STF assim ementado:

³³ *Sinopse Preliminar do Censo Demográfico 2000*, vol. 7. Rio de Janeiro: IBGE, p. 1-34

³⁴ BERQUÓ, Elza. Arranjos Familiares no Brasil: uma visão demográfica. 1998, p. 436.

“Sociedade de fato em concubinato: resultando este de adultério, que a lei repele como crime, não pode ter efeitos de natureza patrimonial e não provada a participação efetiva da mulher na formação do patrimônio do concubino, casado e com filhos, não tem a concubina direito à meação dos bens do companheiro, pertencentes ao casal”³⁵.

O voto que fundamentou a decisão, datada de 1975, do Ministro Cordeiro Guerra, assevera que “[...] não é possível admitir-se a superposição simultânea da sociedade conjugal e do concubinato sob pena de desmoronar a instituição do matrimônio [...]”. Outro integrante da Turma julgadora, o Ministro Moreira Alves, atestou que “[...] entendo que a **Súmula** citada não abrange ligações adulterinas como na espécie” (grifo no original). A súmula referida é a de nº 380³⁶.

Em decisão mais recente, datada de 1985, portanto, dez anos após, mais ainda anteriormente à CF em vigor, houve divergência no próprio Tribunal que, desta feita, decidiu, por maioria, afirmando o entendimento que “a ação de partilha patrimonial promovida pela concubina não pode prosperar se o réu é casado, vista que tanto conduziria ao despropósito da dupla meação”³⁷.

O Relator sorteado, Ministro Aldir Passarinho, com voto vencido, asseverou, citando o entendimento esposado pelo Desembargador Werter R. Faria, do TJ-RS, que não seria justo, em nome do repúdio moral ao concubinato, favorecer a mulher legítima, atribuindo-lhe a quota da concubina. E concluiu o Ministro Aldir Passarinho:

“[...] A mim parece, *data venia*, que não tem suporte em qualquer princípio de moralidade é que venha a concubina a perder tudo aquilo que reconhecidamente foi fruto do seu labor, empregado

³⁵ STF: Rec. Ext. nº 81.707-RJ, relator Min. Cordeiro Guerra, à unanimidade, datado de 12 set. 1975. In RTJ n. 75, p. 965-968.

³⁶ A Súmula 380, estabelece *in verbis*: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

³⁷ STF: Rec. Ext. nº 103.775-RS, relator Min. Aldir Passarinho, relator para o Acórdão Ministro Francisco Rezek, por maioria, datado de 17 set. 1985. In RTJ n. 117, p. 1264-1271.

na aquisição do imóvel juntamente com aquele que era seu concubino, vindo este e sua esposa a ficar com tudo, mediante uma manobra sobremodo ardilosa e condenável”³⁸.

O condutor do voto vencedor, Min. Francisco Rezek, assenta em suas razões de decidir que “semelhante ação não pode prosperar quando o réu seja casado, pesando sobre o seu patrimônio uma meação necessária”; além disso, não se refere a súmula 380 à relação adulterina³⁹.

O outro integrante da Turma julgadora, o Min. Cordeiro Guerra, assevera:

“[...] Não é possível que a família seja entregue aos caprichos sentimentais dos homens desatentos aos seus deveres conjugais [...]. Seria uma heresia jurídica, que atingiria os fundamentos da moral constituída”⁴⁰.

No STJ, a partir da vigência da CF de 1988, não houve mudança do entendimento anteriormente esposado pelo STF. Vejamos a respeito o seguinte julgado:

“Concubinato. Partilha de Bens. Ação de Indenização ajuizada pela Concubina.

Não enseja o recurso especial o reexame de matéria probatória (Súmula nº 7 do STJ). Inviável, ademais, a pretensão reparatória por tratar-se, no caso, de concubinato aduterino. Inocorrência de afronta à lei federal e dissídio pretorinão não configurado.

Recurso de que não se conhece” (g. n.)⁴¹.

O Relator do acórdão, Min. Barros Monteiro, assenta no relatório o que consta da sentença recorrida:

³⁸ STF: Rec. Ext. nº 103.775-RS, relator Min. Aldir Passarinho, relator para o Acórdão Ministro Francisco Rezek, por maioria, datado de 17 set. 1985. In RTJ n. 117, p. 1269.

³⁹ Ibidem, p. 1270

⁴⁰ Ibidem, p. 1270.

⁴¹ STJ: Rec. Esp. nº 5.202-CE, relator Min. Barros Monteiro, por unanimidade, datado de 11 dez. 1990. <www.stj.gov.br> pesquisado em 15 out. 2001.

“[...] A jurisprudência hodierna, certamente diante das dificuldades aqui apontadas, optou pela não atribuição de efeitos jurídicos à relação concubinária estabelecida ante impedimento incontornável para o matrimônio entre os companheiros, tachando a união natural, no caso, de concubinato impuro e adúltero [...]”.

As dificuldades apontadas dizem respeito a identificação da real colaboração para construção do patrimônio que se pretende partilhar, o que levaria a necessidade da dupla meação.

Em seu voto, o Ministro Relator assevera: “cuida-se de concubinato mantido simultaneamente com o casamento civil do réu. Já aí se denota um óbice ao deferimento da partilha de bens pretendida [...]”.

Entendemos, no entanto, que o óbice citado não é jurídico, mas de ordem fática, pois em se identificando qual a contribuição direta, com capital ou com trabalho, de cada um, companheiro e companheira, deve o patrimônio ser dividido entre ambos, não havendo qualquer direito para o cônjuge, visto que interpretação diferente levaria ao enriquecimento sem causa por parte deste.

6. A DOUTRINA E O CONCUBINATO ADULTERINO

A doutrina, em sua maioria, tem ignorado o concubinato adúltero, a que não faz qualquer referência. Alguns compêndios de direito de família se limitam a referir a impossibilidade do reconhecimento do concubinato em que pelo menos um dos partícipes é casado, afirmando que qualquer consideração a respeito fere o sistema monogâmico de família e de casamento, considerando como dogma, de sorte que nenhuma consideração deve a mencionada relação ter no âmbito jurídico.

Outros autores enfrentam o tema de maneira direta, embora negando o reconhecimento do concubinato adúltero como entidade familiar, como família no mais estrito sentido. Pereira assevera o seguinte:

“[...] o Direito não protege o concubinato adúltero. A amante, amásia, ou qualquer nomeação que se dê à pessoa que, paralelamente ao vínculo de casamento, mantém uma outra relação, uma segunda ou terceira ... ela será sempre a outra, ou o outro, que

não tem lugar em uma sociedade monogâmica. Alguns autores preferem nomear essas relações como “concubinato impuro”, em oposição a “concubinato puro”, ou “honesto” [...] ou aqueles em que não há impedimento legal para o estabelecimento da relação. É impossível ao Direito proteger as duas situações concomitantemente, sob pena de contradizer todo o ordenamento jurídico”⁴².

Para Czajkowski não se pode considerar o concubinato adulterino como entidade familiar. Diz o autor que “ [...] é inviável no sentido de ser juridicamente inaceitável [...]”. Eis as suas colocações:

“[...] Quando ocorrer tal situação, na prática, o mais correto é indicar que o adúltero continua integrando tão-só a família constituída pelo matrimônio.

Nesta ótica o casamento sempre deve prevalecer sobre as relações concubinárias adulterinas. Se é o varão o cônjuge adúltero e tem fora do casamento, com a concubina, um filho, pode-se somente considerar como uma entidade familiar à parte, a concubina e seu filho, nos termos do art. 226, § 4º, da CF, excluído o pai [...]. O concubino devidamente não se insere em nenhum contexto familiar, neste âmbito. Não forma com a mulher adúltera uma entidade familiar porque esta mulher integra, como esposa, a família constituída pelo casamento, com seu marido”⁴³.

Existem os que reconhecem, apenas, efeitos patrimoniais às relações concubinárias adulterinas, no âmbito do direito das obrigações, como sociedade de fato, fora, portanto, do contexto do Direito de Família. Verifiquemos o posicionamento de Gama, para o qual “é imperioso reconhecer que mesmo de tais uniões concubinárias advêm efeitos que o Direito não pode desconhecer, por aplicação dos princípios tradicionalmente reconhecidos [...]”⁴⁴.

⁴² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*, 1995, p. 74-5.

⁴³ CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre à luz das leis 8.971/94 e 9.278/96*, 1996, p. 49-50.

⁴⁴ GAMA, Guilherme Pereira Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, p. 488.

Interessante mencionar posicionamento de Silva, que entende haver uma “união estável adulterina”, considerando que a Lei nº 9.278, de 10.5.96, não faz qualquer referência quanto ao estado civil dos partícipes⁴⁵

Observamos, portanto, que os pronunciamentos judiciais e doutrinários admitem, quando muito, a partilha do patrimônio construído com o esforço comum, mencionando haver entre os partícipes uma sociedade de fato. Não se cogita da existência de uma *entidade familiar*, ressalvada a posição acima referida.

Sobre a posição de Silva (cit.) concordamos que estamos diante de uma entidade familiar; porém, de uma *nova* entidade familiar, que não se confunde com a união estável, não sendo o *concubinato adulterino* espécie desta, de sorte que deverá ser dispensado à situação um tratamento jurídico próprio, sem desconsiderar que se trata de uma *entidade familiar*.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo a nossa concepção inicialmente proposta de entidade familiar, como *unidade integrada pela possibilidade de manifestação de afeto*, verificamos, a partir de uma abordagem interdisciplinar, que “a vida afetiva é a dimensão que dá cor, brilho e calor a todas as vivências humanas [...] experiência essa que afeta a totalidade individual e que, por isso mesmo, recebe o qualificativo de afetiva [...]”⁴⁶.

Segundo Dalgallarrondo (cit.) distinguem-se cinco tipos básicos de vivências afetivas: 1. Humor ou estado de ânimo; 2. Emoções; 3. Sentimentos; 4. Afetos; 5. Paixões. A manifestação afetiva, pois, não é necessariamente exclusiva. Ademais, não importa para o Direito impor tipos padrões de comportamentos, pois enquanto houver desejo irão se manifestar relações familiares, entenda-se, *entidades familiares* divergentes daquelas estabelecidas aprioristicamente, de sorte que não há como aprisionar o afeto,

⁴⁵ SILVA, Américo Luís Martins. *A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 383.

⁴⁶ DALGALLARRONDO, Paulo. *Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais*. Porto Alegre: ARTMED, 2000, p. 100.

restringindo-o às relações de casamento, de união estável e a entidade monoparental. O pluralismo das entidades familiares impõe o reconhecimento de outros arranjos familiares além dos expressamente previstos constitucionalmente.

Afinal, existindo a possibilidade de manifestação de afeto, através da convivência, publicidade e estabilidade, estaremos diante de uma *entidade familiar*. Indubitavelmente em relações simultâneas estáveis, existe convivência, vida em comum, e, também, um mínimo de publicidade, pois ao menos algumas pessoas, parentes próximos, amigos íntimos, têm conhecimento daquela relação.

Negar essa perspectiva significa negar a própria realidade, pois o concubinato adulterino importa, sim, para o Direito. As relações intersubjetivas estabelecidas repercutem no mundo jurídico, pois os concubinos, que preferimos chamar de *companheiros*, convivem, às vezes têm filhos, existe construção patrimonial em comum. Destratar mencionada relação não lhe outorgando qualquer efeito atenta contra a dignidade dos partícipes, companheiro(a), filhos porventura existente; além disso, reconhecer apenas efeitos patrimoniais, como sociedade de fato, consiste em de uma mentira jurídica, porquanto os companheiros não se uniram para constituir uma sociedade. Por fim, desconsiderar a participação do companheiro(a) casado(a) na relação concubinária, a fim de entendê-la como monoparental em havendo filho(s), ofende o princípio da livre escolha de entidade familiar, de família, pois que estaríamos diante de uma entidade monoparental *imposta*.

Retornando, agora para concluir, verificamos que Freud colocou como nossa estrutura de base o desejo. Não adianta aprisionar o ser humano, homem ou mulher, estabelecer este ou aquele relacionamento, exclusivo ou simultâneo; o amor, o afeto às vezes não se manifesta com exclusividade. Aqueles sentimentos não se submetem a amarras. O poeta Djavan, alagoano de boa cepa, com sensibilidade peculiar, pode definir a situação:

“[...] O amor é como um raio
Galopando em desafio
Abre fendas cobre vales
Revolta as águas dos rios
Quem tentar seguir seu rastro
Se perderá no caminho [...]”.

DIREITOS POLÍTICOS: CONCEITO E SUSPENSÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Humberto Pimentel Costa

Promotor de Justiça. Especialista em Direito Processual e mestrando em
Direito Público.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Delimitação dos direitos políticos. 3. Noções de improbidade administrativa. 4. Da suspensão dos direitos políticos em razão de improbidade administrativa. 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A partir do advento do Estado de Direito, com as Revoluções Burguesas, em especial com a Revolução Francesa, em 1789, começaram a ser sedimentados o que hoje são chamados direitos fundamentais.

A Teoria dos Direitos Fundamentais permeia todo o arcabouço necessário à compreensão do Direito Público hodierno, em face de sua íntima ligação com o Direito Constitucional, que tem por mister, este último, na concepção de Hely Lopes Meirelles¹, cuidar da anatomia do Estado, no tocante às suas formas, sua estrutura e sua substância.

Inicialmente, foram sendo agregados ao patrimônio jurídico do homem os direitos individuais, ou de liberdade, que se constituem em direitos oponíveis ao Estado, salvaguardas contra os abusos inerentes à concentração de poder. Como esclarece Palhares Moreira Reis:

“A liberdade é, pois, condição essencial para uma perfeita realização da ordem social, porque traduz uma limitação ao exercício, pelo governante, das prerrogativas do Poder.”² (grifos nossos).

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 31.

² PALHARES MOREIRA REIS, Antônio Carlos. *Introdução à ciência política*. 4. ed. Recife: Ed. UFPE, 1983. p. 44.

Desde então, e progressivamente, outras gerações de direitos fundamentais vêm sendo reconhecidas, como os direitos sociais, estes com ênfase na igualdade, e os direitos relativos aos interesses difusos, cujo enfoque é norteado pela solidariedade.

É natural que os direitos mais antigos estejam mais bem delimitados, inclusive protegidos por *remédios jurídicos* ou garantias constitucionais. Tanto é assim que Paulo Bonavides, ao comentar a linha de ascensão aqui referida, assevera que:

“Os direitos da primeira geração – **direitos civis e políticos** – já se consolidaram em sua projeção e universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão.”³ (grifos nossos).

É nesse contexto que se encontram os direitos políticos, integrantes da primeira geração dos direitos fundamentais e premissa básica do presente estudo.

O perfil dos direitos políticos varia de Estado para Estado, conforme o maior ou menor grau de participação do indivíduo nos assuntos concernentes às atividades de governo. Do mesmo modo, ainda que considerado um mesmo Estado, a amplitude dos direitos políticos, invariavelmente, não é constante ao longo de sua história.

Com efeito, conforme vai amadurecendo o regime democrático, com a solidificação de suas raízes de liberdade, mais amplos vão se tornando os direitos políticos, como mais numerosos passam a ser os seus detentores.

A importância do tema, que diz respeito à capacidade legítima de interferir nas questões de Estado, faz com que o tratamento dos direitos políticos, no Brasil, receba atenção constitucional. É matéria intimamente relacionada com o exercício da cidadania e com o Direito Eleitoral.

O objetivo desta empreitada acadêmica é, a partir de uma noção suficientemente esclarecedora do que sejam os direitos políticos, no sistema brasileiro atual, analisar uma das possibilidades jurídicas de sua mitigação.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 517.

A Constituição Federal, em seu art. 15, veda a cassação de direitos políticos, ao passo em que enumera, em lista exaustiva, as hipóteses de sua perda ou suspensão.

Muito embora não seja extenso o rol de possibilidades constitucionais de oclusão dos direitos políticos, posto que distribuídos nos apenas cinco incisos do art. 15 da Lei Maior, seus fundamentos e implicações demandam um amplo estudo, desde que se pretenda, com profundidade, compreender o sentido e alcance da dicção constitucional.

Tal tarefa, malgrado se afigure estimulante, foge dos parâmetros recomendados para um trabalho desta envergadura.

Dentre as possíveis causas de suspensão dos direitos políticos encontra-se a improbidade administrativa, mencionada no inciso V, do já referido art. 15 da Constituição Federal. A escolha desta possibilidade, a um só tempo, delimita suficientemente o objeto de pesquisa e conduz o estudo por uma seara ainda não muito palmilhada.

Isso porque a improbidade administrativa, inovação que é da Constituição Federal de 1988, somente em junho 1992, com a Lei nº 8.429, recebeu os contornos de sua regulamentação.

Portanto, a tarefa a ser aqui desincumbida consiste em analisar, no direito brasileiro atual, o que seriam os direitos políticos, assim como a sua suspensão, em decorrência da prática de improbidade administrativa.

Essa missão impõe uma delimitação, tão precisa quanto possível, do que seriam os direitos políticos, como colocado alhures, bem como uma visão panorâmica do que viria a ser improbidade administrativa, tendo em consideração que o interesse reside apenas nos seus efeitos, na medida em que a Constituição Federal autoriza a suspensão dos direitos políticos em função do seu reconhecimento.

2. DELIMITAÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

Ao se buscar uma conceituação para os direitos políticos percebe-se que a idéia está por demais ligada às noções de cidadania e de soberania popular, matizes que coloreem a concepção de Estado Democrático de Direito, como se auto-intitula a República Federativa do Brasil, no art. 1º da Constituição Federal.

Sob uma óptica pragmática e superficial, pode-se até dizer que cidadania se confunde com direitos políticos, ou seja, que o cidadão é o indivíduo detentor de direitos políticos, em conformidade com o estatuído pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante, essa identidade não está de todo correta. Cidadania tem, inegavelmente, um espectro mais amplo, que engloba mesmo os direitos políticos, sem contudo com eles ser equivalente.

A Constituição Federal, ao cuidar dos direitos políticos, deu aos mesmos uma conotação profundamente funcional, como adiante será observado.

Exemplo da mirada que confunde, integralmente, cidadania com direitos políticos, pode ser encontrado no discurso de Guilherme Peña de Moraes:

“A cidadania equivale à qualificação política da nacionalidade. Vale dizer: a cidadania é a qualidade da pessoa que, por estar no gozo dos direitos políticos, integra o povo, vindo a intervir no processo governamental, através da participação positiva na vida política e na direção dos assuntos públicos.”⁴

No mesmo sentido é a definição trazida por Francisco Xavier da Silva Guimarães:

“Cidadania, a seu turno, é o conjunto de prerrogativas de direito político conferidas à pessoa natural, constitucionalmente asseguradas e exercidas pelos nacionais, isto é, pelos que detêm a faculdade de intervir na direção dos negócios públicos e de participar no exercício da soberania.”⁵

Não é muito diversa a conceituação trazida por Teori Albino Zavascki:

“Direitos Políticos ou Direitos de Cidadania: o conjunto dos direitos atribuídos ao cidadão que lhe permite, através do voto, do exercício de cargos

⁴ MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Nacionalidade: lineamentos da nacionalidade derivada e da naturalização extraordinária*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000. p.10.

⁵ GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Nacionalidade: aquisição, perda e reaquisição*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 7.

públicos ou da utilização de outros instrumentos constitucionais e legais, ter efetiva participação e influência nas atividades de governo.”⁶

José Afonso da Silva⁷ percebe uma nova dimensão da cidadania, decorrente da idéia de *Constituição dirigente*, que vem sendo construída como um sistema de previsão e efetivação dos direitos sociais. Tal perspectiva recebe, como diz o autor, “*o influxo do progressivo enriquecimento dos direitos fundamentais do Homem*”.

Ao comentar o inciso II, do art. 1º, da Constituição Federal, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, o mesmo autor assevera:

“Cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento dos indivíduos como pessoas integradas na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexas-se com o conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essenciais do regime democrático.”⁸

A percepção da não coincidência entre cidadania e direitos políticos fica mais clara ao se observar o teor do art. 68 da Constituição Federal:

“Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos políticos: perda, suspensão e controle jurisdicional. *Ciência Jurídica*. n. 58, p. 291, jul./ago. 1994.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 140-142.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 96.

§1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - ...

II – nacionalidade, **cidadania**, **direitos** individuais, **políticos** e eleitorais.” (grifos nossos).

É regra comezinha de interpretação que a constituição não traz, em seu texto, palavras ou expressões inúteis. A menção à cidadania, em separado da alusão aos direitos políticos, evidencia que, em verdade, não são exatamente a mesma coisa.

Os direitos políticos podem até corresponder às acepções mais incipientes do vocábulo *cidadania*, ou mesmo ser *cidadania em sentido estrito*, porém não mais mero sinônimo. Como dito, a Teoria dos Direitos Fundamentais traz para dentro do conceito de cidadania não só os direitos individuais (civis e políticos), mas inclui também os direitos sociais e os relativos aos interesses difusos.

Partindo para os direitos políticos em si, mister se faz não confundi-los novamente, desta feita com as decorrências da condição de eleitor, ou mesmo com a capacidade de votar e ser votado.

Quanto à condição de eleitor (*ius suffragii*), e suas implicações, situação adquirida por meio do alistamento eleitoral, de fato há acentuada semelhança, considerando que o efetivo exercício dos direitos políticos, invariavelmente, exige essa condição. O mesmo não se pode dizer no tocante à capacidade eleitoral passiva (*ius honorum*).

Basta levar em conta os ocupantes de cargos públicos incompatíveis com a filiação partidária, como ocorre com os magistrados e com os membros do Ministério Público. Para a ocupação desses cargos é necessário que se esteja em pleno gozo dos direitos políticos, muito embora esses cidadãos não possam, via de regra⁹, uma vez investidos no cargo, concorrer a eleições.

⁹ O art. 29, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal de 1988, assegurou ao membros do Ministério Público, então em exercício, o direito de optar pelo regime anterior, o que torna possível, de forma residual, a existência de membros do Ministério Público não incompatíveis com a filiação partidária e detentores de capacidade eleitoral passiva (*ius honorum*).

Além do sufrágio, adverte Pedro Henrique Távora Niess¹⁰, o conceito de direitos políticos alcança o direito de propor ação popular e o direito de organizar e participar de partidos políticos. Antônio Carlos Mendes¹¹ afirma que o “*ius suffragii*” é uma espécie dos direitos políticos.

Mas não há que se entender que o alistamento eleitoral faz nascer os direitos políticos. Em verdade, a aquisição da qualidade de eleitor é pressuposto para o exercício dos direitos políticos, que são anteriores. Pode haver o caso de não alistado que sofra a suspensão ou perda dos direitos políticos, estando então impossibilitado de alistar-se e, em consequência, de exercer os direitos políticos.

Tanto é assim que a Constituição Federal, no § 3º do art. 14, ao estabelecer as condições de elegibilidade, exige, a um só tempo, o pleno exercício dos direitos políticos, no inciso II, e o alistamento eleitoral, no inciso III.

Pontes de Miranda, comentando a Constituição de 1967, empresta argumento para a opinião defendida:

“O que deixa de alistar-se, exprime-se. Abstenção de alistar-se não é voto, mas é vontade. Não inscrito nas listas eleitorais, o cidadão influi no resultado: é menor o número que concorre contra alguém que não teria as preferências do que se não alistou.”¹²

A verdadeira matriz geradora dos direitos políticos é a nacionalidade, embora seja possível possuir nacionalidade sem direitos políticos, posto que as hipóteses constitucionais de suspensão e perda dos direitos políticos não se exaurem na perda da nacionalidade.

Como coloca Antônio Carlos Mendes¹³, é possível reduzir os direitos políticos a uma raiz comum ou um núcleo aglutinante

¹⁰ NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos: condições de elegibilidade e inelegibilidade*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 1.

¹¹ MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 79.

¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda constitucional nº 01 de 1969*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, Tomo IV, 1987. p. 555.

¹³ *Introdução à teoria das inelegibilidades*. 1994. p. 73.

fundamental. Este se encontra, designadamente, diz o autor, na nacionalidade, pressuposto inafastável de toda construção da teoria dos direitos políticos. Disso resultaria, lógica e cronologicamente, o direito-dever de alistamento eleitoral, emergindo, da condição jurídica de eleitor, o poder de participação, direta ou indireta, na condução da coisa pública.

Adriano Soares da Costa, muito embora considere o direito de votar a expressão maior do direito político, afirmando que com ele se confunde, e que a perda do direito político é perda da condição de cidadão, de eleitor¹⁴, sustenta que:

“A suspensão dos direitos políticos é a privação provisória do seu exercício: tem-se direitos políticos, posto não se possa exercê-los até que certa condição se dê. Quem tem sua incapacidade civil absoluta decretada, possui direitos políticos, embora a incapacidade tolha o seu exercício válido. Passada a causa da incapacidade, restabelecida a capacidade civil, o titular dos direitos políticos pode voltar a exercê-los.” (grifos nossos).

Não sendo os direitos políticos sinônimo de cidadania e de capacidade eleitoral ativa (*ius suffragii*), apesar de estarem bastante próximos das duas categorias, sendo mais restrita que a primeira e mais ampla que a segunda, como acima defendido, cumpre trazer à colação uma conceituação útil ao objeto deste estudo.

Torquato Jardim, lembrando lição de Pimenta Bueno, transcreve uma definição útil, que sintetiza, ainda que de forma genérica e utilizando expressões de outrora¹⁵, o perfil dos direitos políticos:

“Os direitos políticos são as prerrogativas, atributos, faculdades, ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos.

São o *jus civitatis*, os direitos cívicos, que se referem ao Poder Público, que autorizam o cidadão ativo

¹⁴ COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral*. Belo Horizonte : Del Rey, 1998, p. 39 e 69.

¹⁵ A expressão *cidadão ativo* não encontra acolhida na doutrina elaborada posteriormente à Constituição Federal de 1988.

a participar na formação ou exercício da autoridade nacional, a exercer o direito de vontade (...)."¹⁶

3. NOÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Novidade trazida pela Constituição Federal de 1988, a expressão improbidade administrativa é daquelas que podem confundir, num primeiro momento, aquele que busca uma cognição imediata.

O dispositivo constitucional, que inseriu a repressão à improbidade administrativa, foi o § 4º do art. 37, que tem a seguinte redação:

“Art. 37. ...

§ 4º 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.”

A referida lei, que veio cristalizar a aplicabilidade do preceito constitucional transcrito, só teve seu advento em 1992, recebendo o número 8.429.

Uma análise das disposições legais e constitucionais, acerca da improbidade administrativa, revela que o objetivo do legislador foi enaltecer a importância de uma Administração Pública pautada, em especial, pelos princípios da impessoalidade e da moralidade, sem embargo de todos os demais princípios da Administração Pública serem mencionados pelo texto infraconstitucional, como pode ser observado no *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Nesse sentido é a opinião de Luiz Alberto Ferracini:

“Improbidade é a qualidade do ímprobo. E ímprobo é o mal moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral. Moral palavra derivada do latim ‘moralis’ no sentido de assinalar o que é honesto e virtuoso, segundo os ditames da consciência e os princípios de humanidade.”¹⁷

¹⁶ JARDIM, Torquato. *Direito eleitoral positivo, conforme a nova lei eleitoral*. 2. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1998. p. 51.

¹⁷ FERRACINI, Luiz Alberto. *Improbidade administrativa, teoria jurisprudência e prática*. 2. ed. Campinas : Agá Júris, 1999. p. 29.

Assim é que a repressão à improbidade administrativa direciona-se em desfavor da desonestidade, encontrando como sujeito passivo de suas penalidades o agente público ímprobo, na ampla conceituação trazida pelos arts. 1º e 2º da mencionada lei, bem como o terceiro, que malgrado não seja agente público, induza ou concorra para a prática de improbidade administrativa, dele se beneficie, direta ou indiretamente, como posto no art. 3º.

Ao referir-se à improbidade administrativa é preferível utilizar a sentença *prática de improbidade administrativa*, ao invés de *ato de improbidade administrativa*, muito embora esta última já esteja consagrada, em decorrência de dela fazer uso tanto a Constituição quanto a Lei nº 8.429/92.

O motivo de se pugnar pela precisão reside no fato de a própria Lei nº 8.429/92, em seu art. 10, instituir conduta *omissiva* como capaz de provocar o reconhecimento de improbidade. Não obstante, em algumas situações não há como deixar de utilizar a expressão *ato de improbidade administrativa*, mesmo quando se refere a todas as modalidades do ilícito civil.

Pela lei mencionada, a prática de improbidade administrativa foi subdividida em três modalidades, quais sejam, os atos que importam enriquecimento ilícito, as condutas que causam prejuízo ao erário e os atos atentatórios aos princípios da Administração Pública.

A improbidade administrativa tem natureza cível, apesar de não ser raro encontrar referências, equivocadas, a *crime de improbidade administrativa*. O próprio dispositivo constitucional transcrito acima deixa evidente que, afora as penalidade civis, não haverá prejuízo da ação penal cabível.

Para a efetiva repressão da improbidade administrativa mister se faz o ajuizamento de ação, que pode ter a iniciativa tanto do Ministério Público quanto da pessoa jurídica interessada, que terá o rito ordinário do Código de Processo Civil.

O interesse maior, na presente oportunidade, encontra-se nas cominações pela prática de improbidade administrativa. As penas estão instituídas no art. 12, da Lei de Improbidade, sendo evidente a inspiração constitucional das previsões. Para todas as hipóteses de improbidade o diploma legal atribuiu a suspensão dos direitos

políticos, variando, conforme o caso, de um mínimo de 03 a um máximo de 10 anos de suspensão.

Por seu turno, o parágrafo único do art. 12 estipulou que, na fixação das penas previstas, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

4. DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS EM RAZÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em face de ser a suspensão dos direitos políticos uma consequência estipulada pelo ordenamento jurídico, logo um efeito jurídico, temos então que os atos de improbidade administrativa são atos jurídicos, da categoria atos ilícitos. Uma vez identificados esses ilícitos administrativos¹⁸, importa saber o que ocorre, até a efetiva suspensão dos direitos políticos.

A primeira questão a ser posta diz respeito à sede apropriada para o reconhecimento da improbidade administrativa. Como colocado no item anterior, necessário se faz propor ação, pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, como preceituado na Lei nº 8.429/92.

Essa ação, de natureza cível, de rito ordinário, proposta na Justiça Comum, Estadual ou Federal, conforme o caso, sempre na primeira instância, uma vez reputada procedente, determinará a suspensão dos direitos políticos¹⁹ do sujeito passivo da ação, dentro da gradação legal.

Fábio Medina Osório, discorrendo sobre a matéria, afirma:

¹⁸ MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. 1994, p. 90.

¹⁹ “Diferentemente do que ocorre com a hipótese de suspensão dos direitos políticos em razão de condenação criminal transitada em julgado, a improbidade administrativa, declarada em sentença judicial, não gera a suspensão dos direitos políticos como efeito anexo, automático. Necessário que a decisão qualificadora de determinado ato administrativo como ímprobo expressamente disponha sobre a suspensão dos direitos políticos do agente público que o praticou.” Cf. COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral*. 1998, p. 85 e 86.

“Não se mostra possível ao julgador, **data venia**, em tese, após concluir pela presença dos requisitos autorizadores de reconhecimento da improbidade administrativa, em qualquer de suas modalidades, optar pela exclusão da sanção relativa a suspensão dos direitos políticos, ou reduzir o **quantum** sancionatório a um patamar aquém do mínimo legal.”²⁰(grifos do autor).

Dessa forma, a suspensão dos direitos políticos, com o trânsito em julgado da ação de improbidade procedente, deve ser determinada pela Justiça Comum, não pela Justiça Eleitoral.

Teori Albino Zavascki, em voto sustentado no TER/RS, defendeu que:

“O controle dos direitos políticos dos cidadãos, em princípio, refoge à competência eleitoral. Só o será se, no curso do processo eleitoral e em função dele, houver necessidade de, incidentalmente, conhecer da matéria relacionada com inelegibilidade.”²¹

Esse é o entendimento que deflui da leitura do texto da Lei nº 8.429/92. Não obstante, Antônio Carlos Mendes²² defende que a suspensão dos direitos políticos depende, ainda, do exercício da jurisdição eleitoral, com o cancelamento da inscrição e a exclusão do cidadão do rol dos eleitores, com observância do devido processo legal.

Outra hipótese aventada, tanto por Antônio Carlos Mendes²³ quanto por Adriano Soares da Costa²⁴, diz respeito à possibilidade de, através de ação popular, obter-se a suspensão dos direitos políticos do sujeito passivo, levando-se em conta o reconhecimento de improbidade administrativa naquela sede.

²⁰ OSÓRIO, Fabio Medina. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre : Síntese, 1998. p. 254.

²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos políticos: perda, suspensão e controle jurisdicional. *Ciência Jurídica*, n. 58, p. 298, jul./ago. 1994.

²² MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. 1994. p. 97.

²³ MENDES, Antonio Carlos. *Op. cit.*, p. 94.

²⁴ COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral*. 1998, p. 87.

O argumento encontra fundamento no princípio processual da congruência, desde que, na inicial, seja pleiteada a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429.

Tal entendimento, embora tendente a dar maior efetividade à repressão da prática de improbidade administrativa, não deve prosperar.

Com efeito, ação popular e ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa são institutos diversos. Enquanto a primeira pode ser proposta por qualquer cidadão (eleitor), a segunda é privativa do Ministério Público e da pessoa jurídica diretamente interessada.

A finalidade da ação popular é, precipuamente, a declaração da nulidade de ato lesivo ao patrimônio público, ao passo em que a ação de improbidade tem por escopo a responsabilização pessoal do agente ou terceiro, inclusive com a suspensão dos direitos políticos.

Em sendo assim, considerados os respeitáveis entendimentos diversos, não há como se admitir a suspensão dos direitos políticos, em razão de improbidade administrativa, em sede outra que não seja a específica ação instituída pela Lei nº 8.429/92.

5. CONCLUSÕES

Os direitos políticos, com a feição tendente à universalização que se revela desde a Idade Moderna, integrantes que são da primeira geração dos direitos fundamentais, constituem-se em significativo avanço do homem, em sua luta pela liberdade.

A liberdade de que se fala há de ser entendida não só como a garantia de não sofrer a intromissão do Estado em sua esfera individual, salvo por autorização legal, mas, sobretudo, refere-se à liberdade de, dentro de um Estado Democrático de Direito, poder participar, por meio da manifestação da vontade, das questões referentes à coisa pública.

Nesse sentido é que a palavra *democracia* assume destacado relevo, sendo geradora mesmo, junto com a nacionalidade, dos direitos políticos. Num Estado de Direito há a presença do império da legalidade, que limita sobremaneira a possibilidade de abuso por parte

do governo. Entretanto, somente num Estado *Democrático* de Direito é que a liberdade alcança sua maior amplitude.

Com efeito, não basta ter a garantia de que o Estado não irá além do permitido pelas leis, necessário se faz, para completar a liberdade como direito fundamental, que as opções políticas do Estado, que o perfil, as metas, a própria ideologia estatal, sejam elaborados pelos destinatários de suas ações, quer dizer, pelo povo.

É nesse contexto que se demonstra a importância dos direitos políticos, capazes que são de dar à palavra liberdade seu mais alto e precioso significado.

O conceito de direitos políticos não se confunde com cidadania ou com a condição de eleitor.

Cidadania, atualmente, em face do alargamento progressivo dos direitos fundamentais, engloba os direitos políticos, mas inclui também o desfrute dos direitos sociais e a garantia dos interesses difusos, bem como é noção que visa efetivar a dignidade da pessoa humana.

A condição de eleitor (*ius suffragii*), obtida pelo alistamento eleitoral, tampouco encerra os direitos políticos, sendo mais restrita do que estes. O efetivo exercício dos direitos políticos depende do alistamento, mas não são esses direitos gerados pela inscrição no rol dos eleitores.

Os direitos políticos correspondem ao *status civitatis*, no seu mais amplo sentido, como faculdade de intervenção, por meio da vontade, nos negócios de governo, quer exprimindo-se, quer abstendo-se, quer votando ou sendo votado, ocupando cargos públicos, fiscalizando a condução da coisa pública, propondo ação popular, inclusive ambiental, participando de conselho de sentença do Tribunal do Júri e de outros órgãos e funções afetas ao exercício da cidadania, em seu sentido mais restrito.

O reconhecimento de improbidade administrativa, na ação própria prevista pela Lei nº 8.429/92, é uma das possibilidades de suspensão dos direitos políticos.

Improbidade significa desonestidade, tendo a lei que a regulamentou o objetivo de punir o agente público e o terceiro que se beneficiaram ou concorreram para a prática do ilícito administrativo.

A suspensão dos direitos políticos, por improbidade administrativa, deve sempre ser mencionada no dispositivo da sentença que julgou procedente a ação específica, não podendo o magistrado declinar da aplicação da sanção, restando apenas o arbitramento do tempo de suspensão.

A ação popular não é instrumento idôneo para o reconhecimento de improbidade administrativa, muito menos para a aplicação da pena civil de suspensão dos direitos políticos.

TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL: UM ENFOQUE DA UTILIZAÇÃO DOS TRIBUTOS NA POLÍTICA AMBIENTAL NO BRASIL

Manoel Cavalcante de Lima Neto

Juiz de Direito. Professor de Direito Tributário (CCJUR - CESMAC). Mestre e doutorando em Direito Público pela UFPE.

SUMÁRIO

1. Princípios essenciais à proteção ambiental. 1.1. Princípio de um nível de proteção elevado. 1.2. Princípio de cautela e ação preventiva. 1.3. Princípio da atuação na fonte. 1.4. Princípio de quem contamina paga - poluidor/pagador. 2. Natureza e princípios da tributação ambiental. 2.1. Natureza dos tributos ambientais. 2.2. Princípios da tributação ambiental. 2.2.1. Princípio do vínculo. 2.2.2. Princípio finalista. 2.2.3. Princípio da neutralidade. 3. Utilização dos tributos na política ambiental brasileira. 3.1. O Sistema Tributário Nacional e a classificação dos tributos. 3.2. Fundamentos constitucionais da tributação ambiental. 3.3. Elementos ecológicos na estrutura dos tributos fiscais. 3.3.1. Taxa. 3.3.2. Contribuição de melhoria. 3.3.3. Imposto. Delineamentos constitucionais e possibilidade de aporte da finalidade ambiental. 3.4. Extrafiscalidade ambiental. 3.4.1. A extrafiscalidade ambiental nos impostos. 3.4.2. A extrafiscalidade operada pelos benefícios fiscais. 3.4.3. Algumas medidas extrafiscais em impostos. 3.4.3.1. Impostos de competência da União. 3.4.3.2. Impostos de competência dos Estados. 3.4.3.3. Impostos de competência dos Municípios. 3.5. A afetação da receita - Fiscalidade ambiental ampla. 3.6. Contribuição de intervenção no domínio econômico.

INTRODUÇÃO

O trabalho que se apresenta discorre sobre um tema que tem obtido, recentemente, especial dedicação dos estudiosos do direito, com destaque para aqueles que estudam o ramo do Direito Tributário. O tratamento do meio ambiente, dotado de cunho interdisciplinar, converge na área do direito a um entrelaçamento de diversos ramos para atendimento da tutela ambiental, prescrita com desenvoltura na Constituição Federal, mormente pela adoção de nítido sistema protetor.

A carga impressa pela Constituição faz resvalar seus efeitos nos instrumentos legislativos ordinários, na administração e nos órgãos de julgamento. Tal força revelada por uma conscientização que assume foros de preocupação mundial e posituação constitucional, conduz a que esforços sejam empreendidos em todas as áreas do saber e em especial nos quadrantes do direito, para efeito de garantir meios de preservação do meio ambiente que assegure o desfrute das gerações atual e futura.

A tarefa é delicada em razão do interesse econômico envolto nas atividades poluentes que devem se conciliar com medidas de intervenção do Estado, pela via legislativa, administrativa e judicial. Dentre as medidas de intervenção têm-se enaltecido as de cunho tributário com amplo respaldo na doutrina estrangeira, notadamente àquelas advindas de princípios estabelecidos na Comunidade Européia.

A tributação ambiental, de construção doutrinária recente e em evolução, repousa sob certos objetivos que podem ser sintetizados da seguinte forma: por primeiro, pretende que sejam incorporados os custos ambientais externos durante o ciclo de vida dos produtos para que os de cunho ecológicos não se coloquem numa situação de desvantagem frente aos contaminantes; por segundo, quer que a tributação sirva de meio para distribuição justa da carga econômica das políticas ambientais, direcionando-se, de um lado, a prevenir e reprimir conduta indesejáveis e, de outro, a estimular e compensar ações positivas de preservação do meio ambiente; e, por terceiro, que o produto da arrecadação dos tributos sirvam para aplicação em gastos concretos de preservação ambiental.

No Brasil a doutrina ainda é escassa, mas já existem algumas obras dedicadas ao tema e alguns exemplos legislativos de relevância, cabendo realçar, numa fiscalidade ampla, o estabelecimento de critérios de proteção ambiental na distribuição da receita do ICMS para os Municípios, denominado ICMS Ecológico, já implantado com sucesso em alguns Estados (PR, SP, RS, MS, MG).

Parte o trabalho de estudo dos princípios essenciais à proteção ambiental, para depois enfrentar a natureza e os princípios da tributação ambiental, basicamente escorado na doutrina estrangeira, e finalmente para analisar, diante do Sistema Tributário Nacional, a viabilidade da tributação ambiental, com delineamento das figuras que podem ser utilizadas numa política ambiental instrumentalizada pelos tributos, principalmente pela marca de excessivo fechamento caracterizada por uma doutrina de ênfase no princípio da legalidade na versão da reserva absoluta de lei.

1. PRINCÍPIOS ESSENCIAIS À PROTEÇÃO AMBIENTAL

Por volta dos anos setenta, algumas Constituições da Europa e os atos constitutivos do ordenamento comunitário, começaram a introduzir o meio ambiente como bem jurídico constitucionalizado. Para instrumentalizar o exercício dessa proteção de direito fundamental da pessoa humana e não simples atribuição de órgão público¹, como consagrado na Constituição Brasileira, foram forjados alguns princípios norteadores, formalizados no Tratado de Maastrich (art. 130 R.2), que se aplicam, em regra, a todos os sistemas que adotaram posição marcadamente protecionista. São destacados os princípios de um nível de proteção elevado, da cautela e ação protetiva, da atuação na fonte e o de quem contamina paga.

1.1. Princípio de um nível de proteção elevado

Procura estabelecer, como princípio, uma proteção elevada do meio ambiente com a utilização de medidas eficazes e que lancem mão dos avanços no conhecimento científico, observadas as peculiaridades regionais, e, de outro lado, tenciona impedir que sejam implementadas apenas providências para manutenção de um nível

¹ José Afonso da Silva. *Direito Ambiental Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros. p. 43.

mínimo de proteção, francamente colidente com a orientação central de alçar o meio ambiente como bem jurídico que deve ser protegido no grau máximo, a fim de consolidar-se a qualidade de vida que se pretende pela proteção de direito fundamental do homem desta e das futuras gerações. O princípio também tem projetado a sua força na resolução de conflitos,² oportunidade em que serve de parâmetro para interpretação e aplicação do direito, onde se faz ressaltar a prevalência pela ampla proteção ambiental, *mutatis mutandis*, à semelhança do que acontece com a proteção do vulnerável na relação de trabalho e de consumo.

1.2. Princípio de cautela e ação preventiva

Aparece como princípio direcionado ao estabelecimento de uma política preventiva, acauteladora de danos ao meio ambiente e que visa impedir o esgotamento futuro de recursos naturais.³ Nessa missão, dentre as medidas de prevenção recomendadas, a doutrina recentemente tem incluído a de feição tributária com modalidade desincentivadora de condutas danosas, considerando-a implícita no comando de que os poderes públicos devem velar pela utilização racional dos recursos naturais e explícita na disposição que manda proteger as gerações.⁴

1.3. Princípio da atuação na fonte

Tem por finalidade fixar que cabe a cada Estado a adoção de medidas que assegurem o tratamento dos resíduos ofensivos ao meio ambiente no lugar em que eles são produzidos, a fim, inclusive, de limitar o máximo o seu transporte para outras localidades, conectando-se com o princípio “quem contamina paga” no instante em que as medidas que forem implementadas devem incidir sobre o agente contaminante,⁵ identificado pela atuação na fonte. Na Comunidade Européia, tem servido de fundamentação para que um Estado membro proíba a importação de resíduo a ser armazenado em

² Pedro M. Herera Molina. *Derecho Tributario Ambiental*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 36.

³ Pedro M. Herera Molina, obra cit., p. 37.

⁴ Pedro M. Herera Molina, obra cit., p. 37-38.

⁵ Pedro M. Herera Molina, obra cit., p. 39.

seu território,⁶ entendimento que pode ser transplantado para as relações entre países e até mesmo entre Estados-membros da federação, no plano do relacionamento interno.

1.4. Princípio de quem contamina paga - poluidor/pagador

O princípio quem contamina paga tem sua origem no espaço das ciências econômicas e busca aquilatar o preço das atividades e produtos danosos ao meio ambiente. Reflete, assim, a avaliação econômica do custo da proteção ambiental que deve recair, preferentemente, na pessoa física ou jurídica que enceta a conduta danosa. Na Constituição Federal encontra amparo no art. 225, § 3º.

No que toca ao reflexo tributário do princípio, têm-se entendido que a Constituição não impõe a criação de tributos ecológicos, mas, por outra face, institui um dever de conservação do meio ambiente cujo reflexo econômico deve ser suportado por quem contamina.⁷

Na investigação de sua natureza jurídica, aponta-se a posição da doutrina alemã que o denomina de "princípio do causante", com extração do poder de polícia administrativo, significando uma imputação de responsabilidade pelo dano causado em concreto e não uma distribuição dos gastos com base na capacidade contributiva do poluente. Nessa concepção o princípio do causante seria semelhante ao princípio da equivalência do tributo taxa.⁸

Outra postura repousa na idéia de que o princípio do causante equipara-se ao princípio da capacidade contributiva, sendo ambos projeções do princípio da solidariedade. O primeiro visa distribuir os encargos públicos entre os detentores de capacidade contributiva para satisfação do interesse geral e o princípio do causante, inspirado em critérios de justiça social, com finalidade preventiva e incentivadora, tenciona proteger bens ambientais escassos que as gerações, no presente e no futuro, têm direito de desfrutar.⁹

⁶ Pedro M. Herera Molina. *Derecho Tributario Ambiental*. 2000, p. 39.

⁷ Pedro M. Herera Molina, obra cit., p. 42-43. É o que prescreve a Constituição Federal no art. 225.

⁸ Pedro M. Herera Molina, obra cit., p. 43.

⁹ Pedro M. Herera Molina, obra cit., p. 43.

Nesse desiderato, o princípio "quem contamina paga" tem embasado uma série de medidas direcionadas à proteção ambiental, desde as de ordem *administrativas* que impeçam a concessão de subvenções ou benefícios fiscais para contaminadores,¹⁰ ao uso de *instrumentos econômicos* que, relacionando o dano com o preço da atividade contaminante, procuram estabelecer medidas de incentivo que reduzam a contaminação a níveis aceitáveis, como a permissão negociada para contaminar e os reembolsos privados por devolução de material reciclável e as próprias *medidas tributárias*, onde se tem identificado a senha para o ingresso do interesse ambiental no ordenamento tributário.¹¹

A instrumentalização das medidas que se amparam no princípio do causante, sob o aspecto subjetivo, requer a identificação da pessoa que deverá arcar com os custos dos danos provocados. Para tanto a doutrina tem apontado como possíveis responsáveis pelo dano ambiental: a) quem realiza a emissão diretamente contaminante; b) o produtor de bens cujo consumo contamina; c) todos que participam da cadeia de sujeitos contaminantes; d) aquele que colabora na produção da contaminação e se encontra em condições mais adequadas para evitá-la.¹²

Outro ponto de especial interesse diz respeito à forma de apurar o custo da contaminação para materialização do princípio do causante. A doutrina tem indicado algumas modalidades de apuração, levando em conta: os danos produzidos, a utilidade do uso dos bens ambientais e o custo para evitar a contaminação.¹³

2. NATUREZA E PRINCÍPIOS DA TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL

A tributação ambiental, de construção doutrinária recente e em evolução, repousa sob certos objetivos que podem ser sintetizados da seguinte forma: por primeiro, pretende que sejam incorporados os custos ambientais externos durante o ciclo de vida dos produtos para que os de cunho ecológicos não se coloquem numa situação de

¹⁰ Pedro M. Herera Molina. *Derecho Tributario Ambiental*. 2000, p. 44.

¹¹ Pedro M. Herera Molina, obra cit., p. 44.

¹² Pedro M. Herera Molina, obra cit., p. 47.

¹³ Pedro M. Herera Molina, obra cit., p. 48.

desvantagem frente aos contaminantes; por segundo, quer que a tributação sirva de meio para distribuição justa da carga econômica das políticas ambientais, direcionando-se, de um lado, a prevenir e reprimir conduta indesejáveis e, de outro, a estimular e compensar ações positivas de preservação do meio ambiente; e, por terceiro, que o produto da arrecadação dos tributos sirvam para aplicação em gastos concretos de preservação ambiental.¹⁴

2.1. Natureza dos tributos ambientais

Alguns autores apresentam uma definição ampla para os tributos ambientais ao considerar que a inserção da fiscalidade nessa área pode acontecer de três formas: a) *pela introdução de elementos ecológicos na estrutura dos tributos fiscais*; b) *pelo estabelecimento de tributos ambientais*; e c) *mediante benefícios fiscais*.¹⁵

Outra corrente projeta uma classificação que distingue os *tributos ambientais em sentido estrito* dos *elementos tributários ambientais* (benefícios, modulação do elemento quantitativo, etc.),¹⁶ descartando os casos em que ocorre apenas afetação da receita, sob o entendimento de que esta não faz parte da estrutura interna do tributo e, portanto, não basta para atribuir o qualificativo ambiental.¹⁷

Ao que parece, a doutrina procura atribuir uma significação ampla para a tributação ambiental, quando considera que a introdução de mecanismos com finalidade de proteção revela o qualificativo ambiental na estrutura do tributo, seja quando sua própria origem deriva de uma proteção direta (o tributo ambiental em sentido estrito), seja quando a nota ambiental incorpora-se em tributos ordinários pelo caminho da extrafiscalidade ou mesmo para ser fonte marcante na repartição das receitas tributárias, por fora da estrutura interna do tributo.

A despeito de a destinação das receitas tributárias, em essência, não constituir tema propriamente de Direito Tributário, pensamos que se introduziria no campo mais amplo afeto à

¹⁴ Suzana Bokobo Moiche. *Gravámenes e Incentivos Fiscales Ambientales*. Madrid: Civitas Ediciones, 2000, p. 79.

¹⁵ Suzana Bokobo Moiche, obra cit., p. 72.

¹⁶ Pedro M. Herera Molina. *Derecho Tributario Ambiental*. 2000, p. 56.

¹⁷ Pedro M. Herera Molina, obra cit., p. 58.

fiscalidade ambiental, merecendo tratamento em conjunto com a tributação num sentido mais estreito. Destarte, não só a afetação da receita passa a revelar interesse para o nosso estudo, como também a própria repartição de tais receitas quando utilizados critérios ambientais, a exemplo de fins ambientais inseridos por alguns Estados na distribuição de receitas do ICMS para constituição do Fundo de Participação dos Municípios.

2.2. Princípios da tributação ambiental

2.2.1. Princípio do vínculo

Um dos fundamentos da tributação ambiental encontra-se na relação entre o tributo e o dano produzido ou que se pretende evitar ou custear.¹⁸ É o vínculo entre o tributo ou medida tributária com o dano potencial ao meio ambiente que se apresenta economicamente por um custo que se deve imputar ao poluente.

Ordinariamente o efeito da tributação vai depender do fortalecimento do vínculo com o dano. Quando a imposição tributária ao ser elevada provocar uma redução do nível de dano ambiental, o efeito terá sido alcançado. Por outro lado, quando houver um enfraquecimento desse vínculo sem que a tributação produza uma redução da carga poluente, ela pode apenas representar uma elevação de custos sem a eficácia pretendida, tornando-se inútil, na opinião de setor da doutrina.¹⁹ De qualquer sorte, não se pode descartar que o tributo ambiental pode ter uma finalidade arrecadatória sem dispensar o papel de promotor de condutas despoluentes.²⁰

2.2.2. Princípio finalista

Na criação da figura tributária com o designativo ambiental, requer-se a introdução do elemento finalista.²¹ É o fim de proteção ambiental inserido na figura tributária que o qualifica, podendo ser

¹⁸ Suzana Bokobo Moiche. *Gravámenes e Incentivos Fiscales Ambientales*. 2000, p. 93.

¹⁹ Suzana Bokobo Moiche, obra cit., p. 95-96.

²⁰ Molina menciona que nas reformas fiscais ecológicas desenvolvidas na Suécia, Noruega e Dinamarca, a maioria dos novos tributos possuem uma nítida função arrecadatória compatível com os respectivos caracteres ambientais. Cf. *Derecho Tributario Ambiental*. 2000, p. 56.

²¹ Suzana Bokobo Moiche, obra cit., p. 98.

fixado na eleição do fato gerador do tributo, na criação do elemento de estímulo e desestímulo ou até mesmo com a afetação da receita (esta última na composição de uma fiscalidade mais ampla). O elemento finalidade exclui eventuais impactos sobre o meio ambiente causado indiretamente por tributos que não tenham especificamente esse fim, a exemplo da redução da renda para consumo²² ocasionada pela legislação do imposto sobre a renda.

Parece-nos haver uma interligação entre o princípio do vínculo e o da finalidade, na medida em que a avaliação dos fins perfaz-se pelo nível de vinculação, até mesmo para aferir a proporcionalidade do instrumento tributário aplicado. É que, eventualmente, embora encoberto com o manto da finalidade ambiental, um elemento de ordem tributária pode estar dissociado pela inexistência de vínculo, o que permitirá a aferição de sua validade perante o ordenamento jurídico, notadamente pelo vetor do princípio da proporcionalidade.

2.2.3. Princípio da neutralidade

O princípio da neutralidade comporta um conceito que se tem aplicado de três formas diversas: como eficácia econômica; como uniformidade da tributação, e como uma concepção de que o sistema tributário só deve ser influenciado por considerações fiscais.²³

Na vertente dos efeitos econômicos, requer que os recursos fiscais sejam arrecadados da maneira que provoque menos custo para o conjunto da economia (custos administrativos, para cobrança, custos relativos ao cumprimento das obrigações e custos sociais, que se referem à mudança de comportamento).²⁴ Numa primeira visão, parece que a tributação ambiental encontra-se na direção oposta à neutralidade por reproduzir uma intervenção sobre o domínio econômico. No entanto, ela pode exercer-se como mecanismo que instrumentaliza a neutralidade, na medida em que a produção e o consumo de determinados bens venham acompanhadas de externalidades, ou seja, de custos ou mesmo de benefícios que serão imputados a outras pessoas que não aquelas promotoras das

²² Pedro M. Herera Molina. *Derecho Tributario Ambiental*. 2000, p. 56.

²³ Suzana Bokobo Moiche. *Gravámenes e Incentivos Fiscales Ambientales*. 2000, p. 102.

²⁴ Suzana Bokobo Moiche, obra cit., p. 102.

atividades. Assim, as medidas tributárias interventivas exerceriam um papel compensador do desequilíbrio causado, exercitando-se uma vertente da neutralidade.

Quando a neutralidade está colocada pela exigência de uniformidade da tributação, sob a orientação de que o sistema fiscal não deve aplicar impostos diferentes a produtos e serviços diferentes, a doutrina tem ressaltado a função redistributiva da tributação ambiental e evidenciado que a unidade de tratamento tributário não reflete obrigatoriamente eficácia econômica.²⁵

Por fim, a neutralidade aporta como uma concepção de que o sistema tributário só deve ser influenciado por considerações fiscais, numa versão da neutralidade em sentido estrito, a representar que os tributos devem se dedicar unicamente à arrecadação de receitas, sem que o sistema possa incluir normas destinadas a fomentar ou desestimular certas atividades.²⁶ Parece-nos que o princípio da neutralidade nessa função estrita eliminaria a tarefa primordial da tributação ambiental que é essencialmente finalística e construída sob os pilares da extrafiscalidade, ou seja, ela não se volta primariamente para a arrecadação, embora essa função não esteja descartada em alguns casos, conforme alerta a Comunicação da Comissão Europeia sobre Impostos e Gravames Ambientais.²⁷

3. UTILIZAÇÃO DOS TRIBUTOS NA POLÍTICA AMBIENTAL BRASILEIRA

3.1. O Sistema Tributário Nacional e a classificação dos tributos

A Constituição do Brasil, diversamente de muitas outras, optou por disciplinar, em seu próprio corpo e de forma minuciosa, as bases fundamentais do Sistema Tributário Nacional, incluindo uma classificação dos tributos admissíveis. Neste rol mencionou os impostos, as taxas, a contribuição de melhoria,²⁸ o empréstimo

²⁵ Suzana Bokobo Moiche. *Gravámenes e Incentivos Fiscales Ambientales*. 2000, p. 103.

²⁶ Suzana Bokobo Moiche, obra cit., p. 105.

²⁷ Pedro M. Herera Molina. *Derecho Tributario Ambiental*. 2000, p. 57.

²⁸ Art. 145 da Constituição Federal.

compulsório,²⁹ as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesses das categorias profissionais ou econômicas.³⁰ No dizer de certo setor doutrinário, há uma Constituição Financeira mais ampla que engloba a Constituição Tributária, compondo-se esta com os Princípios Gerais do Sistema Tributário Nacional, das Limitações ao Poder de Tributar e do Sistema Tributário Federado.³¹

A par da classificação por espécies tributárias, desponta uma outra que traz notável interesse para o campo da tributação ambiental. Trata-se da classificação segundo a função exercida pelo tributo, especificadas como função fiscal, extrafiscal e parafiscal. A função extrafiscal, que não visa essencialmente a arrecadação, mas uma finalidade econômico ou social estabelecida na lei, traduz-se, em regra, como norma indutora de comportamento.

Na classificação dos tributos em espécie, a Constituição utilizou critério da materialidade especificada em três categorias: *os impostos*, que podem ser criados quando ocorrerem determinados fatos ou exercidas certas atividades; *as taxas* em razão do exercício do poder de polícia e utilização de serviços públicos específicos e divisíveis, ou seja, por causa de uma atividade estatal; e *a contribuição de melhoria* por decorrência da confecção de obra pública, também atividade estatal.³²

Em paralelo aos impostos discriminados, a Constituição disciplinou outro grupo de impostos que não possuem materialidade especificada, qual sejam, aqueles que podem ser criados no uso da *competência residual*, cuja exigência é a de que sejam instituídos por lei complementar e não tenham fato gerador ou base de cálculo dos impostos discriminados, e também os que eventualmente venham a ser instituídos em caso de guerra externa ou sua iminência, os chamados *impostos extraordinários*. Nesse espaço não há referência expressa à materialidade dos fatos geradores. Nos impostos residuais há exclusão dos fatos geradores já existentes e nos extraordinários ocorre o

²⁹ Art. 148 da Constituição Federal.

³⁰ Art. 149 da Constituição Federal.

³¹ Ricardo Lobo Torres. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 37.

³² Marco Aurélio Greco. *Contribuições* (uma figura sui generis). São Paulo: Dialética, 2000, p. 131-132.

contrário, além de não se referir textualmente à materialidade do fato gerador, existe uma autorização excepcional para intromissão (inclusão) até mesmo nas competências destinadas aos Estados e Municípios, além da já atribuída ordinariamente à União, única pessoa política capaz de manejar a competência para criação de impostos residuais e extraordinários. De igual modo, a Constituição ao cuidar dos *empréstimos compulsórios* também não enumerou situações de fato sobre as quais ele poderia incidir, apenas vinculou a sua instituição a despesas extraordinárias advindas de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência e para o caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional.

Ao se reportar-se às contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais, a Constituição novamente não discriminou situações de fato, como regra, declarando que elas corresponderiam ao instrumento de atuação da União nas respectivas áreas (social, econômica e profissional).³³ A partir dessa diretriz identifica-se uma autorização para criação de exações que serão validadas pela finalidade³⁴ e não em regra por situações de fato previamente fixadas como indicativos de materialidade do fato gerador.

3.2. Fundamentos constitucionais da tributação ambiental

A Constituição Federal não aporta em seu texto, de forma explícita, uma outorga de competência para instituição de tributos ambientais ou mesmo para uso no interior do sistema tributários já posto, de técnicas tributárias que satisfaçam a uma política de preservação ambiental.

Não obstante a ausência de explicitude, a Constituição no capítulo específico que trata do meio ambiente, determina que incumbe à *coletividade* e ao *poder público* o dever de defender e preservar o Meio Ambiente.³⁵ Na atribuição de competência legislativa aos entes de direito público descreve ser dever da União, Estados, DF e Municípios: “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”.³⁶

³³ Art. 149 da Constituição Federal.

³⁴ Marco Aurélio Greco. *Contribuições* (uma figura sui generis). 2000, p. 135.

³⁵ Art. 225 da Constituição Federal.

³⁶ Art. 23, VI, Constituição Federal.

A doutrina nacional tem identificado no art. 225 da Constituição Federal o fundamento para a tributação no espectro do meio ambiente, por constituir um "poder-dever correlato ao direito-dever de usar o meio ambiente para o desenvolvimento da Pessoa Humana".³⁷

Alçado ao patamar de *bem jurídico* constitucionalizado e representativo de um valor que é objeto de proteção e que informa todo o ordenamento jurídico, incluindo nesse âmbito o ordenamento tributário,³⁸ a proteção ao meio ambiente serve de justificação particular para uma postura positiva do Estado com a introdução de medidas de cunho tributário na satisfação dessa tarefa que revela um dever constitucional não só de proteção mas de preservação do ambiente para as gerações presentes e futuras.

O direito ao meio ambiente equilibrado é essencial para imprimir uma sadia qualidade de vida³⁹ ao homem, no tempo atual e para as gerações futuras, o que revela um modelo constitucional antropocêntrico que se apoia na solidariedade, a exemplo do modelo forjado na Constituição Espanhola.⁴⁰ É a positivação de um direito de terceira dimensão que apesar de centrado no homem, não representa a proteção apenas da figura do homem-indivíduo como seu titular,⁴¹ mas de uma titularidade coletiva.

Em geral a tributação se acomoda num ambiente de fundo econômico que é desenvolvido pela Política Fiscal (ex. comércio exterior, propriedade de bens, aquisição de renda, circulação de mercadorias, prestação de serviços, industrialização de produtos, operações financeiras, etc.). A tributação ordinária, que visa prevalentemente a arrecadação financeira, está embasada em fatos e situações que são representativos de capacidade contributiva ou, na linguagem de Becker, fato-signo presuntivo de renda ou capital.⁴²

³⁷ José Marcos Domingues de Oliveira. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 77.

³⁸ Pedro M. Herera Molina. *Derecho Tributario Ambiental*. 2000, p. 23.

³⁹ Art. 225 da Constituição Federal.

⁴⁰ Pedro M. Herera Molina, obra cit., p. 33.

⁴¹ Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998, p. 50.

⁴² Alfredo Augusto Becker. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 503.

Para além de autorização constitucional genérica (art. 225, *caput*) aonde se identifica a inserção da tributação como medida de proteção ambiental, parece-nos que o inciso V, do art. 225, demarca uma esfera de atuação mais específica, já que as atividades direcionadas "a controlar a produção, comercialização, emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente", se enquadram normalmente no domínio das atividades de cunho econômico.

Em paralelo ao dever de controle do Poder Público encontra-se o interesse econômico pelo desenvolvimento de atividades de produção, comercialização, prestação de serviços, etc., e é nesse espaço que se introduzem as medidas protetoras que empreendem intervenção estatal sobre o domínio econômico,⁴³ dentre elas pode ser destacada a nova modalidade de intervenção pelo uso de medidas tributárias, já que boa parte dessas atividades econômicas estão inseridas como fato geradores de tributos, na visão financeira de fatos que presumem riqueza e conseqüentemente capacidade contributiva ou mesmo podem ser relacionadas como uma prestação estatal passível de cobrança de tributo.

Com efeito, se é no espectro das atividades econômicas que se demonstra a necessidade de intervenção estatal para ordená-las, cabe enaltecer que a *defesa do meio ambiente*, pelos mais variados mecanismos, constitui princípio fundamental da ordem econômica (art. 170, VI, da Constituição Federal).

Num outro enfoque, em complementação, extrai-se do § 3º, do art. 225, da Constituição Federal, o autorizativo para que se imponha às pessoas físicas ou jurídicas a responsabilização por danos decorrentes

⁴³ Eros Roberto Grau identifica três modalidades de intervenção estatal relacionadas ao domínio econômico. A intervenção por absorção ou participação, a intervenção por direção e a intervenção por indução. A primeira quando se desenvolve ação como agente econômico; a segunda, por direção, quando se estabelecesse normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica, a exemplo do tabelamento de preços, e a terceira, por indução, quando se maneja instrumentos de intervenção positivos, estímulos, incentivos, ou quando o faz por indução negativa, a exemplo da oneração tributária. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 156-159.

de condutas ou atividades que provoquem lesão ao meio ambiente. No ordenamento tributário esse princípio de responsabilização, poluidor/pagador, deve ser utilizado em regra por medidas preventivas indutoras de comportamento.

3.3. Elementos ecológicos na estrutura dos tributos fiscais

O campo natural da tributação ambiental é o da contaminação residual que não esteja proibida pelo ordenamento jurídico, pois as atividades gravemente perigosas não devem ser contempladas com medidas tributárias para não transformar o tributo em sanção.⁴⁴ Demais, a estrutura da tributação ambiental encontra sua sede na prevenção que busca reduzir danos ao ambiente para níveis toleráveis.

3.3.1. Taxa

Distinguida como um dos tributos instituíveis pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com competência concorrente, a taxa teve delimitada a sua abrangência para se justificar apenas em razão do poder polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.⁴⁵

A taxa é um tributo cujo fato gerador está vinculado a uma atuação estatal específica relacionada com o contribuinte, e não um fato promovido pelo próprio contribuinte⁴⁶ como acontece com os impostos, e que se costuma atribuir a classificação de taxa de polícia e taxa de serviço.

A introdução das medidas de proteção ao meio ambiente parece viável de implantação através das taxas, observadas a estrutura tradicional de exercício do *poder de polícia*,⁴⁷ como é o caso do

⁴⁴ Pedro M. Herera Molina. *Derecho Tributario Ambiental*. 2000, p. 63-67.

⁴⁵ Art. 145, II, da Constituição Federal.

⁴⁶ Luciano Amaro. *Direito Tributário Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 30/31.

⁴⁷ Nessa tarefa, a lei nº 10.165, de 27/12/2000, que alterou a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, assim determinou: "Art. 17-B. Fica instituída a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA, cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia conferido ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama para controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais."

licenciamento e da fiscalização, e da prestação de *serviço público* específico como a limpeza ou recuperação ambiental, com graduação do seu montante de acordo com a atividade do particular (contribuinte) e o custo do serviço público prestado.⁴⁸

Com efeito, o que pode aparecer de forma diferente da usual, é exatamente a criação de taxas novas, onde não exista, tendo por justificação a proteção ambiental, a exemplo de taxa tendo por fato gerador a *prestação de serviço* específico, relativamente a *limpeza ou recuperação ambiental*, incluindo-se na condição de contribuinte o causador da sujeira ou poluição, ao sustentáculo do princípio do poluidor/pagador. Uma nota especial que aqui pode surgir perfaz-se num *plus* à relação de equivalência do valor da taxa com o custo dos serviços, introduzindo-se uma finalidade indutora de comportamento. A taxa pode ser exigida com fins extrafiscais.⁴⁹

Com maior propriedade, as *taxas de polícia* na função de impedir, restringir, regular ou limitar atividades, exercitam muito bem essa vertente extrafiscal, na indução e até mesmo repressão de comportamentos, podendo cumprir um papel relevante na implementação de uma política ambiental. Afinal, como disserta Baleeiro, as taxas fundadas no "exercício regular do poder de polícia" *devem ser entendidas em primeiro lugar, aquelas com finalidade extrafiscal, como a de impedir ou restringir atividades e atitudes no interesse da comunidade.*⁵⁰

Algumas taxas têm sido instituídas tendo por parâmetro não diretamente a prestação de serviços ou exercício do poder de polícia, mas a própria utilização dos recursos do meio ambiente pelo contribuinte (usuário, normalmente turista), guardando uma relação indireta com a prestação de serviços direcionada a preservação ambiental.⁵¹

⁴⁸ José Marcos Domingues de Oliveira. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 1999, p. 57-58.

⁴⁹ Bernardo Ribeiro de Moraes. *A taxa no Sistema Tributário Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 126.

⁵⁰ Aliomar Baleeiro. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed. 1998, p. 246.

⁵¹ É o caso da Taxa de Preservação Ambiental do Arquipélago de Fernando de Noronha, "incidente sobre o trânsito e permanência de pessoas na área sob jurisdição do Distrito Estadual" e que tem como fato gerador "a

3.3.2. Contribuição de melhoria

A espécie tributária contribuição de melhoria pode servir de lastro para interesse ambiental no sentido de promover o rateamento do custo de obra pública entre os proprietários de imóveis especialmente valorizados.⁵²

Não obstante existir um campo vasto para instituição de contribuição de melhoria no âmbito da competência concorrente das pessoas políticas que receberam outorga constitucional para exercício do poder ou competência para tributar, no plano concreto tais exações não têm sido aplicadas. Um dos motivos é a complexa regulação que lhe atribuiu o Código Tributário Nacional (Arts. 81 e 82) e o Decreto-lei nº 195/67, além de pairar forte controvérsia sobre o modelo jurídico adotado pela Constituição Federal pela descrição que incorporou no sentido de admitir a instituição de "contribuição de melhoria decorrente de obras públicas".⁵³

utilização, efetiva ou potencial, por parte das pessoas visitantes, da infraestrutura física implantada no Distrito Estadual e do acesso e fruição ao patrimônio natural e histórico do Arquipélago de Fernando de Noronha." Conforme artigos 83 e 84 da Lei nº 10.430 de 29 de dezembro de 1989, modificada pela Lei nº 11.305 de 28 de dezembro de 1995.

⁵² Menciona-se exemplo da Lei nº 1.364/88, do Estado do Rio de Janeiro que "impõe contribuição de melhoria incidente sobre os proprietários de determinados imóveis valorizados por obras públicas tais como 'arborização' de ruas e praças, 'construção ou ampliação de parques, proteção contra erosão, aterros e outras obras de embelezamento', incluída a hipótese de execução de projeto de 'tratamento paisagístico". José Marcos Domingues de Oliveira. *Direito Tributário e Meio Ambiente*, 1999, p. 65.

⁵³ Art. 145, inciso III, da Constituição Federal. A contribuição de melhoria, basicamente, apresenta dois modelos jurídicos, quais sejam, um primeiro pela realização de obra provocadora de valorização imobiliária (critério da valorização), e um segundo pela realização de obra pública geradora de benefícios ao imóveis limítrofes (critério do custo). Diante do quadro constitucional brasileiro, surge uma indefinição quanto ao modelo adotado. Uns entendem que necessita ser editada lei complementar definindo o tipo a ser adotado (custo ou valorização); outros entendem que a competência das pessoas políticas é plena e lhes cabe escolher o modelo; terceiros entendem que permanece em vigor as normas fixadas no CTN e no Decreto-lei nº 195/67.

A diferença marcante está em que, na contribuição de melhoria do tipo custo, a base de cálculo do tributo é o valor da obra pública (uma atuação do Estado), já na contribuição de melhoria sob o critério da valorização imobiliária, a base de cálculo toma por referência um acréscimo de patrimônio do contribuinte (mais-valia imobiliária).⁵⁴

Revela-se, por mais, que além de a contribuição de melhoria, bem instrumentalizada, poder ter um razoável potencial arrecadador, também serve para incutir na comunidade uma consciência educacional direcionada à proteção do meio ambiente, de modo a estimular a edificação de obras públicas com o teor de preservação e proteção ambiental.⁵⁵

3.3.3. Imposto. Delineamentos constitucionais e possibilidade de aporte da finalidade ambiental

Ao lado dos tributos chamados bilaterais, que dependem de uma atividade estatal direta ou indiretamente, encontram-se os impostos. Estes não estão vinculados especificamente a nenhuma atuação do poder tributante⁵⁶ e possuem a nota diferencial de, por regra, estarem taxativamente previstos no corpo da Constituição, ressalvado o exercício da competência residual e os impostos extraordinários em caso de guerra externa ou sua iminência.

Diante de uma ordem constitucional que enumerou textualmente os impostos que poderiam ser instituídos pelas pessoas políticas, só resta a competência residual para eventual criação de um ou mais impostos tipicamente ambientais, em face da ausência de menção expressa.

Nessa seara surgem diversas dificuldades para implementação do imposto ambiental. É que a competência residual somente pode ser exercida pela União e possui estrita limitação constitucional. O imposto que adviesse dessa competência teria que ser instituído por lei complementar, ser não-cumulativo e não possuir fato gerador ou

⁵⁴ Sacha Calmon Navarro Coêlho. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 412. Este autor defende que a Constituição fez opção pelo modelo de recuperação de custo (obra cit., p. 413).

⁵⁵ José Márcos Domingues de Oliveira. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 1999, p. 66.

⁵⁶ Conforme art. 16 do Código Tributário Nacional

base de cálculo próprio dos impostos já discriminados na Constituição.⁵⁷

Como as principais situações que indicam a existência de capacidade econômica foram enumeradas para efeito de incidência tributária própria, resta pouco espaço para a atuação residual sem que haja colisão com área reservada a outro tributo. Além disso, a receita de um eventual imposto ambiental não poderia ser vinculada a fundo ou despesa relacionada com a proteção do meio ambiente⁵⁸ e parte dela deveria ser destinada aos Estados e Distrito Federal.⁵⁹

Além desses obstáculos, é possível apontar outros para instituição de impostos estritamente ambientais. O imposto visa atingir a capacidade contributiva dos contribuintes e suas receitas aplicam-se para as despesas gerais, é, nesse aspecto, um instrumento de solidariedade já que tais despesas de atividades gerais do Estado são distribuídas de forma genérica dentre aqueles que revelam capacidade para contribuir, independentemente de considerações retributivas.

Assim, há uma certa contraposição com a finalidade ambiental, notadamente quanto ao princípio do poluidor/pagador, já que a tributação ambiental, a princípio, só deve operar quanto aos que poluem ou se utilizam de recursos naturais. É o princípio da vinculação que parece inadequado à instituição direta da modalidade tributária, imposto, com a configuração que lhe foi atribuída pela Constituição e é da tradição do sistema brasileiro. Há então duas formas de vinculação: uma com o dano ou degradação outra como a utilização dos recursos naturais que requer uma providência preservacionista. Em ambas as situações parece mais adequada a figura tributária bilateral da taxa decorrente do poder de polícia (ou, quando for o caso, a contribuição de intervenção no domínio econômico). O que é preciso fazer, com maior clareza, é a inserção do dever constitucional de proteção ao meio ambiente no invólucro do poder de polícia. Impõe-se, por força do caráter interdisciplinar do Direito Ambiental e que parte da Constituição, na sua vertente tributária, um reestudo de figuras impositivas tradicionais, permitindo-se o elastecimento que o intervencionismo preservacionista exige.

⁵⁷ Art. 154, inciso I, da Constituição Federal.

⁵⁸ Art. 167, inciso IV, da Constituição Federal.

⁵⁹ Art. 157, inciso II, da Constituição Federal.

Sabe-se, porém, que os estudiosos do Direito Tributário, em sua maioria, são refratários a entendimentos que não aqueles veiculados formal e literalmente por textos normativos, em nome de um exacerbado apego ao princípio da legalidade tributária, na formulação da reserva absoluta. É certo que a desconfiança tem alguma justificação por conta de expressivos casos em que se detectam abusos no exercício do poder de tributar e de tornar possível a provocação de uma abertura no sistema que se pretende absolutamente rígido. Contudo, essa visão não pode conduzir ao extremo de querer, para toda e qualquer alteração ou adaptação de diretrizes do Direito Tributário, que se exija a mudança da Constituição ou de outros instrumentos veiculadores de normas nesse ramo do direito.

No sistema espanhol o *Canon* tem por pressuposto a cobrança de um valor pelo uso do recurso natural e, segundo Bokobo,⁶⁰ esta é uma consagração elementar de um tributo ambiental, o custo da degradação ambiental deve ser arcado por quem dá causa e não pela comunidade em geral. Retomando esta observação é importante realçar que ela, de certo modo, atina para a inconveniência do estabelecimento de impostos gerais de cunho ambiental que deveriam ser suportados por toda a comunidade e não apenas pelos causantes. Por causa do distanciamento das figuras tributárias tradicionais, informa Bokobo que existe controvérsia na Espanha sobre a natureza jurídica do *Canon*, embora enfatize que há um certo consenso para qualificá-lo como taxa.

3.4. Extrafiscalidade ambiental

A atividade do Poder Público na cobrança de tributos assume uma função direcionada à arrecadação, que se diz fiscal, e outra função identificada como extrafiscal, não necessariamente voltada para o fim de obter receitas mas dotadas de uma finalidade intervencionista tanto sobre a ordem econômica como na ordem social.⁶¹

⁶⁰ Suzana Bokobo Moiche. *Gravámenes e Incentivos Fiscales Ambientales*. 2000, p. 90-91.

⁶¹ Segundo Raimundo Bezerra Falcão, "por extrafiscalidade, entender-se-á a atividade financeira que o Estado exercita sem o fim precípua de obter recursos para o seu erário, para o fisco, mas sim com vistas a ordenar ou reordenar a economia e as relações sociais, intervindo, portanto, por

Assim, quando se busca tutelar o interesse ambiental por meio da tributação, está-se a instituir regras que possuem uma finalidade de intervenção na esfera econômica (domínio natural dos tributos) pela indução de comportamentos não ofensivos ao meio ambiente, como também pelo agravamento tributário do exercício de condutas que sejam permitidas mais degradantes. De outra face, configura interferência na ordem social ao tempo em que procura estimular comportamentos indicativos de uma consciência de proteção (defesa) e preservação do meio ambiente, já que essa tarefa não só pertence ao Poder Público, porém reflete dever de toda a coletividade, consoante expressa dicção constitucional (art. 225, da Constituição Federal).

Os domínios da extrafiscalidade, todavia, abrangem os impostos extrafiscais, em que se integram os agravamentos extrafiscais de impostos fiscais, e os benefícios fiscais.⁶² Alguns impostos, como os sobre importação e exportação, possuem uma feição nitidamente extrafiscal, inclusive com tratamento constitucional diferenciado no que toca a princípios básicos como os da anterioridade e legalidade.⁶³ Outros, com autorização constitucional direta ou indireta, permitem a utilização de sua estrutura, de regra fiscal, para implementação de medidas extrafiscais, a exemplo da finalidade ambiental introduzida ou em fase de introdução em boa parte dos impostos ordinários.

A propósito da justificação constitucional da extrafiscalidade, cabe enaltecer, com Herrera Molina, que "o uso extrafiscal de tributos se admite pacificamente na jurisprudência constitucional espanhola, alemã e italiana, sempre que o fim perseguido tenha relevância constitucional e não afete direitos dos cidadãos e nem a distribuição de competência prevista na norma fundamental."⁶⁴ Em linhagem

exemplo no mercado, na redistribuição de riquezas, nas tendências demográficas, no planejamento familiar." *Tributação e Mudança Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 46.

⁶² José Casalta Nabais. *O Dever fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 631-2.

⁶³ Art. 150, § 1º e 153, § 1º, da Constituição Federal.

⁶⁴ Pedro M. Herera Molina. *Derecho Tributario Ambiental*. 2000, p. 60. Além desse entendimento, o autor, em outra passagem, faz menção ao art. 4 da Ley General Tributaria da Espanha que seria autorizativa da extrafiscalidade, ao afirmar que "*los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, han de servir como instrumento de la política económica general, atender a las exigencias de estabilidad y progreso*

semelhante, revela Suzana Bokobo, que o Tribunal Constitucional Alemão decidiu que a função extrafiscal poderia ser extraída do princípios retores da política social e econômica.⁶⁵

Realçado o cuidado na importação de conceitos e decisões colocadas diante de outros ordenamento jurídicos, notadamente no campo tributário em que o Brasil, segundo aponta Sacha Calmon, é "o país cuja Constituição é a mais extensa e minuciosa em tema de tributação"⁶⁶, nos parece que as posturas citadas na doutrina internacional encontram justificação semelhante no nosso sistema relativamente à extrafiscalidade ambiental.⁶⁷

O fim colimado com a intervenção tributária é de relevância constitucional, reproduzindo diretriz a ser empreendida na política social e econômica. Sem dúvida, a Constituição conferiu destaque ao *meio ambiente* ao fixar um capítulo próprio para o tema dentro de um panorama mais amplo, o da ordem social (art. 225), além de alçá-lo a princípio fundamental da ordem econômica (art. 170, VI).

Demais, a concretização desse princípio constitucional de proteção não ofende a direitos dos cidadãos, ao contrário, reflete um dever direcionado ao Poder Público e a todo cidadão. Nem mesmo importa em desequilíbrio da competência atribuída para as pessoas políticas que possuem competências, político-administrativas comuns, legislativas concorrentes⁶⁸ e tributárias privativas de certos impostos e concorrentes para instituição de taxas e contribuição de melhoria, podendo, cada uma, exercer a finalidade extrafiscal no espaço da competência tributária discriminada na Constituição.

sociales y procurar una mejor distribución de la renda nacional". Tal compatibilidade estaria admitida também para a matéria ambiental. (Obra cit., p. 61-2).

⁶⁵ Suzana Bokobo Moiche. *Gravámenes e Incentivos Fiscales Ambientales*. 2000, p. 75.

⁶⁶ Sacha Calmon Navarro Coêlho. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 1999, p. 45.

⁶⁷ São dispositivos que revelam natureza extrafiscal na Constituição Federal (arts. 43, § 2º, III: 151, I, 153, I e II; 153, § 4º; 182, § 4º).

⁶⁸ Luis Roberto Barroso. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro Renovar, 1996. A Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira, p. 261.

3.4.1. A extrafiscalidade ambiental nos impostos

Ao considerar a estrutura jurídica construída para os impostos no Brasil, conforme já salientado, a criação de imposto com finalidade exclusivamente ambiental, em sentido estrito, parece não passar pelo crivo das limitações constitucionais firmadas para essa figura tributária.

No entanto, o uso da vertente extrafiscal nos domínios dos impostos para incentivar condutas ecologicamente corretas e desestimular as incorretas, obtém consagração constitucional e ampla aceitação doutrinária.⁶⁹ O campo de atuação da extrafiscalidade nos impostos é bastante elevado, podendo afirmar-se que quase todos os que foram discriminados na Constituição sob a competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, se prestam a essa função, e, consequentemente, podem empreender finalidade ambiental.

Um exemplo legislativo que indica, como medida genérica, a extrafiscalidade na política ambiental, é a Lei nº 8.171/91, que dispõe sobre Política Nacional para Agricultura. Assevera este diploma normativo que um de seus objetivos é a proteção do meio ambiente e literalmente aponta a tributação e os incentivos fiscais como instrumentos de atuação do poder público nesse setor.

3.4.2. A extrafiscalidade operada pelos benefícios fiscais

Uma outra vertente da extrafiscalidade vem demonstrada pela inserção no ordenamento tributário dos chamados benefícios fiscais que abrangem a isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia, remissão ou qualquer outra forma de subsídio, relacionados a impostos, taxas e contribuições, para os quais se exige lei específica para a respectiva veiculação.⁷⁰

⁶⁹ Nas palavras de José Casalta Nabais "Um exemplo bem ilustrativo do recurso à extrafiscalidade é actualmente o constituído pelo direito do ambiente, um domínio jurídico que, mais do que formar um sector jurídico totalmente novo e justaposto aos sectores tradicionais, se configura fundamentalmente como cortando obliquamente a generalidade dos ramos de direito, tanto público como privado, mobilizando-os para a preocupação da defesa ambiental". *O Dever fundamental de Pagar Impostos*. 1998, p. 651.

⁷⁰ Art. 150, § 6º, da Constituição Federal.

É que tais desonerações tributárias atendem a uma finalidade diversa da mera arrecadação fiscal, ou seja, a extrafiscalidade integra o próprio conceito dos benefícios fiscais,⁷¹ revelando o prevalecimento de interesses sociais ou econômicos superiores àqueles que a norma ordinária de tributação encampa, a ponto de eliminar os seus efeitos por uma outra norma que lhe é contraposta.

Os benefícios fiscais, de sua vez, estão informados por uma interferência externa de tal monta que a doutrina chega a afirmar que eles somente sob o ponto de vista formal integram o Direito Tributário, já que materialmente fazem parte do Direito Econômico, do Direito Social, ou de outros ramos do direito.⁷²

A norma que veicula o chamado eco-benefício fiscal está imbuída do mesmo propósito da extrafiscalidade dos impostos extrafiscais e dos agravamentos e atenuações de impostos fiscais que, em regra, procuram incentivar ou desestimular condutas com a gradação da carga tributária. A técnica de implementação, porém, é que aparece um pouco diferenciada e voltada apenas para o lado do incentivo sem agravamento do ônus tributário. Normalmente o incentivo vem pela isenção que exclui a tributação sobre determinada situação de fato representativa de um comportamento ou atividade que merece incentivo, fato este que ordinariamente seria alcançado por uma regra de tributação.⁷³ Pode também atender a uma gradação na parte relativa à redução de base de cálculo e concessão de créditos presumidos e novamente uma eliminação da carga tributária, situação mais rara, por desjuridicização impressa pela remissão que extingue o crédito tributário.

A existência de fundamento jurídico para os benefícios fiscais não importa numa outorga genérica e ilimitada na utilização da desoneração tributária. Nesse setor, que enlaça ramos diversos do

⁷¹ José Casalta Nabais. *O Dever fundamental de Pagar Impostos*. 1998, p. 632.

⁷² José Casalta Nabais. Op. cit., p. 633.

⁷³ Na visão de Marcos Bernardes de Mello "A norma jurídica da isenção é do tipo pré-excludente de juridicização vez que, sua incidência tem o efeito denegar entrada no mundo jurídico ao suporte fático. Da sua incidência não resulta fato jurídico, mas sim impede que um fato jurídico se forme". *Contribuição ao Estudo da Incidência da Norma Jurídica Tributária*. In: *Direito Tributário Moderno*, coletânea coordenada por José Souto Maior Borges. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 41.

direito e não apenas o tributário, requer-se um delicado manejo nas normas que o instrumentalizam, a fim de que não sejam criados privilégios injustificados e ofensivos, principalmente ao princípio da isonomia tributária. O sopesamento entre princípios constitucionais aparece, nessa seara, de forma bastante clara, sugerindo um controle pelo princípio da proporcionalidade. Daí que "*la constitucionalidad de los beneficios fiscales deberá ponerse a prueba en relación com la finalidad constitucional que persigam*".⁷⁴

3.4.3. Algumas medidas extrafiscais em impostos

Utilizaremos a classificação da Constituição Federal em impostos de competência da União, dos Estados e dos Municípios, preferindo àquela traçada no Código Tributário,⁷⁵ sem negar, no entanto, que esta última detém a sua importância.

3.4.3.1. Impostos de competência da União

O *imposto sobre importação* que tem como fato gerador a entrada de produtos estrangeiros no território nacional,⁷⁶ exerce uma função eminentemente extrafiscal na medida em que atua preponderantemente como instrumento de política econômica do governo. Por conta dessa peculiaridade é que a própria Constituição lhe atribuiu uma feição especial, excluindo a aplicação do princípio da anterioridade e relativizando o princípio da legalidade ao permitir a alteração de alíquotas por fonte normativa do Poder Executivo. Nesse espectro da extrafiscalidade natural do imposto, pode e deve ingressar a finalidade ambiental na condição de justificativa suficiente para autorizar a gradação de alíquotas em relação à entrada de produtos no território nacional, de forma a elevá-las para aqueles representativos de efeitos que degradam o ambiente e reduzi-las para os que não sejam agressivos ou tenham o nível de ofensividade reduzido. A mobilidade de alteração por ato do Poder Executivo, inclusive, facilita a aplicação da finalidade ambiental nesse imposto.

⁷⁴ Suzana Bokobo Moiche. *Gravámenes e Incentivos Fiscales Ambientales*. 2000, p. 129.

⁷⁵ Que utiliza a classificação considerando a situação de fato sobre a qual o imposto incide. Sobre o comércio exterior; sobre o patrimônio e a renda; sobre a produção e circulação e imposto especiais.

⁷⁶ Art. 19 do Código Tributário Nacional.

O *Imposto sobre Exportação* que tem como fato gerador a saída de produtos nacionais ou nacionalizados do território nacional,⁷⁷ igualmente ao Imposto sobre Importação tem função extrafiscal e serve de instrumento para regulação da política econômica. Assim, a utilização da gradação de alíquotas com interesse ambiental pode assumir os mesmos objetivos já mencionados para a importação, porém com maior dificuldade pela restrição que implica no implemento da política de exportação, cuja tendência tem sido a de eliminar a tributação para fomentar a competição de empresas nacionais no mercado internacional, a exemplo do que aconteceu recentemente com o ICMS. Apesar dessa política de desoneração tributária, uma outra de política ambiental mais abrangente poderia impor alíquotas para determinados produtos cujo consumo não fosse proibido mais francamente desaconselhado por organismos internacionais de que integrante o Brasil. Daí que significaria imprimir prevalência ao compromisso, em maior escala, de proteção ao meio ambiente diante do interesse econômico específico de fomento da exportação, dado que mais importante a desaceleração do consumo de tais produtos, mesmo sendo de produção nacional.

Imposto sobre a renda. Este imposto tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza.⁷⁸ Embora prevalentemente seja um tributo de natureza fiscal também pode operar função extrafiscal. Relativamente à finalidade ambiental o imposto de renda pode autorizar deduções por gastos realizados em projetos de cunho ambiental, tanto no plano do imposto concernente às pessoas físicas como jurídicas. A progressividade das alíquotas é outro caminho que pode ser traçado pela legislação para incentivar atividades que estejam voltadas à preservação ambiental, em paralelo ou não com providências semelhantes no âmbito do ISS. Ao lado dessas medidas incentivadoras podem surgir outras que agravem o valor do imposto para rendas advindas de atividades potencialmente poluidoras.

O *Imposto sobre Produtos Industrializados* - IPI, tem a sua incidência marcada pelo processo de industrialização de produtos, sendo esta qualquer operação que modifique a natureza, a finalidade

⁷⁷ Art. 23 do Código Tributário Nacional.

⁷⁸ Art. 43 do Código Tributário Nacional.

ou o aperfeiçoamento para o consumo.⁷⁹ Constituinte-se num tributo aplicado sobre a produção industrial que se destina ao consumo, aparece como um dos mais viáveis para instrumentalização de uma política ambiental pela flexibilidade que possui na gradação de alíquotas⁸⁰ que, por imperativo constitucional, deverá observar a seletividade em função da essencialidade do produto.⁸¹ Propugna-se aqui por uma essencialidade ambiental⁸² a empregar-se na gradação de alíquotas do imposto, no tocante a produtos que empreguem técnicas defasadas e nocivas no processo de industrialização ou provoquem danos ao meio ambiente no seu posterior consumo. Com efeito, a provável transladação do encargo financeiro para o consumidor (adquirente do produto) não invalida a medida já que o custo da danificação na orientação do princípio poluidor/pagador, a princípio, deve ser arcado pelo causador do dano (o produtor de bens cujo consumo contamina), o que não dispensa a distribuição da carga tributária para aqueles que consomem e, por via indireta, incentivam a produção contaminante (todos que participam da cadeia de sujeitos contaminantes). Em sentido contrário ao até aqui exposto, a outra versão da essencialidade é que procura favorecer a circulação dos produtos industrializados que operem com técnicas que empreguem tecnologia protetora do ambiente e que o consumo tenha baixo teor de degradação ou daquelas que utilizem produtos reciclados.⁸³

⁷⁹ Art. 46 do Código Tributário Nacional.

⁸⁰ Pela autorização constitucional para alteração por ato do Poder Executivo (art. 153, § 1º).

⁸¹ Art. 153, § 3º, I, da Constituição Federal.

⁸² José Marcos Domingues de Oliveira. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 1999, p. 143.

⁸³ Exemplar é a proposta de moção do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA (Proc. nº 02000.006116/2000-96), cujo objetivo é sensibilizar o Poder Executivo para a redução de alíquotas do IPI com relação a produtos reciclados. Para a proposta considerou-se que de milhares de brasileiros, quase sem nenhuma instrução, trabalham na coleta de material reciclável e adquirem renda de um a três salários mínimos mensais, o que os retira da miséria absoluta; enfatizou-se "que um dos maiores problemas para os recursos hídricos, seja em termos de bloqueio de sistemas de esgotamento pluvial, causadores de enchentes urbanas, ou por deposição em cursos d'água, represas e hidrelétricas, causando danos de monta, é a presença de embalagens plásticas das mais

O *Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural* tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, localizado fora da zona urbana do Município.⁸⁴ Incorpora-se, segundo a Constituição, na política fundiária ao servir como instrumento para desestimular a manutenção de propriedades improdutivas.⁸⁵ É um tributo que já empreende finalidade ambiental, pois, na apuração do valor do imposto a pagar, a lei permite um mecanismo que exclui da base de cálculo, pela não inclusão no espectro da área tributável, determinadas áreas como as de preservação permanente e de reserva legal e outras de interesse ecológico.⁸⁶

3.4.3.2. Impostos de competência dos Estados

No círculo de competência impositiva dos Estados, o *Imposto sobre circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação*, mais conhecido como ICMS, à semelhança do IPI, desfruta de um amplo espaço para aplicação da finalidade ambiental. A seletividade inserida pela Constituição de 1988 em razão da essencialidade das mercadorias ou serviços, é uma das principais alternativas para a tributação ambiental, servindo, nesse particular, as ponderações feitas para o IPI, mesmo que a alteração de alíquota do ICMS não tenha igual mobilidade, dada a exigência de lei e não de ato do Poder Executivo nos limites fixados em lei. A via do benefício fiscal também aparece como viável, observadas as peculiaridades da legislação.⁸⁷

Na linha do patrimônio surge o *Imposto sobre a propriedade de veículos automotores* que, a despeito de ser um imposto de finalidade fiscal, também promove função extrafiscal de caráter ambiental, na medida em que tenha as suas alíquotas diminuídas para veículos movidos a combustível de menor teor de poluição, como o álcool, podendo, ao reverso, agravar a tributação daqueles movidos a

diversas procedências"; para, por final, pedir a implementação de tratamento diferenciado em relação os produtos oriundos de material pós-consumo.

⁸⁴ Art. 1º, da Lei nº 9.393/96.

⁸⁵ Art. 153, § 4º da Constituição Federal.

⁸⁶ Art. 10, inciso II, da Lei nº 9.393/96.

⁸⁷ Da Constituição Federal, art. 150, § 6º, e da Lei Complementar nº 24/75.

combustíveis de maior grau de poluição.⁸⁸

Em relação ao *Imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer natureza*, cujo nomenclatura já sugere nitidamente o fato gerador, a feição ambiental pode vir expressada pela via da isenção fiscal, mediante regra que discrimine positivamente as doações que revertam para instituições que tenham entre seus objetivos a proteção do meio ambiente.⁸⁹

3.4.3.3. Impostos de competência dos Municípios

As áreas urbanas que contenham reservas florestais e imóveis de interesse ambiental podem receber proteção pela isenção do *Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana* - IPTU.⁹⁰ Retirar o ônus tributário de áreas de preservação ambiental no perímetro urbano atende a uma diretriz de política ambiental que deve ser generalizada. Na parte relativa ao Imposto sobre a transmissão onerosa de bens imóveis *inter vivos* - ITBI, a orientação deve ser a mesma adotada para o ITCD, de competência do Estado. Já o *Imposto incidente sobre a prestação de serviços* - ISS, pode ter na gradação de alíquotas, observado o limite fixado em lei complementar,⁹¹ uma forma de incentivar serviços de interesse ambiental⁹² e desencorajar outros de cunho nocivo.

⁸⁸ José Marcos Domingues de Oliveira cita a Lei nº 948/85, do Rio de Janeiro, que atribui a alíquota de 2% para os veículos movidos a álcool e de 3% para os movidos a gasolina. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 1999, p. 52.

⁸⁹ A Lei nº 5.077/89, do Estado de Alagoas (art. 166, I) isenta "as doações e legados de peças e obras de arte a museus e instituições de fins culturais, situados no Estado". Poderia incluir especificamente as doações para instituições de preservação ambiental.

⁹⁰ José Marcos Domingues de Oliveira menciona a Lei nº 691/84, do Rio de Janeiro, que isenta do IPTU terrenos e prédios de interesse ecológico ou relevantes para a "preservação ambiental"; áreas declaradas pelo Poder Público como "reservas florestais"; qualquer terreno de área superior a 10.000 metros quadrados "efetivamente coberto por florestas". (Op. cit., p. 52)

⁹¹ Limite máximo de 5% (cinco por cento) firmado pela Lei Complementar nº 100/99.

⁹² Regina Helena Costa assevera que "o Município pode vir a incentivar serviços interessantes à preservação ambiental, como o eco-turismo, isentando-os desse imposto. In: *Direito Ambiental em Evolução*. Curitiba: Juruá, 1998. Tributação Ambiental, p. 305.

3.5. A afetação da receita - Fiscalidade ambiental ampla

Ao falarmos da natureza jurídica dos tributos ambientais identificamos a existência de uma fiscalidade ambiental, qualificativo mais abrangente que a mera tributação, o que vem a significar a introdução da finalidade protetora do meio ambiente também na destinação das receitas, seja pela afetação direta da receita do tributo,⁹³ seja numa designação decorrente de um fundo que incorpore receitas de diversas origens.⁹⁴

Na integração de vários ramos do direito na composição de um Direito Ambiental, que ainda está impregnado de influências de outras disciplinas a conformar o seu caráter interdisciplinar, ressalta-se, nesse ponto de destinação de receitas, o recurso ao Direito Financeiro que aliado ao Direito Tributário formam uma fiscalidade ambiental em sentido amplo.

Um paradigma dessa fiscalidade mostra-se pela fixação de critérios ambientais na repartição de receitas do ICMS para os Municípios, que tomou a denominação de ICMS ECOLÓGICO, já implantado com sucesso em vários Estados. Ao organizar o sistema tributário nacional, a Constituição Federal outorgou competência tributária aos entes de direito público interno e determinou um modelo de partilha do produto da arrecadação dos tributos. Assim, embora o ICMS seja de competência dos Estados e Distrito Federal, parte do produto de sua arrecadação é destinada aos Municípios.⁹⁵

No espaço reservado pela Constituição aos Estados para estabelecimento de critérios na distribuição da receita do ICMS aos Municípios, basicamente a lei estadual procura enfatizar metas concernentes ao *Saneamento Ambiental*, para aqueles Municípios que

⁹³ Como a vinculação da receita de uma taxa para preservação do ambiente afetado pelo uso de recursos naturais. Nos impostos há vedação genérica que recebe apenas algumas exceções constitucionais, como a vinculação para pagamentos de débitos com a União (art. 167, § 4º) e recentemente para criação de adicionais de impostos admitidos pela Emenda constitucional nº 31. Para as taxas a vinculação não é vedada.

⁹⁴ À semelhança do recém criado Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza pela Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000.

⁹⁵ Vinte e cinco por cento, na forma do art. 157, inciso IV, da Constituição Federal.

disponham de tratamento de resíduos sólidos urbanos (lixo) e tratamento de esgotos, atendendo a um percentual fixado da população, com licença do órgão competente; como também medidas relacionadas à manutenção de *Unidades de Conservação* que se classifiquem como Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque, Reserva Particular do Patrimônio Natural, Floresta Nacional, Área de Proteção Ambiental, Área de Proteção Especial e Área Indígena.⁹⁶

3.6. Contribuição de intervenção no domínio econômico

Argumenta-se pela possibilidade de criação de contribuição como instrumento de atuação da União no domínio econômico, considerando que a defesa do meio ambiente configura princípio da ordem econômica.⁹⁷

Os limites para criação dessa figura impositiva têm sido discutido na doutrina.⁹⁸ Dentre os diversos parâmetros, pondera-se que a finalidade qualifica a contribuição; que deve existir um motivo para a intervenção e que a arrecadação deve ser aplicada na finalidade, devendo o volume arrecadado ser proporcional à arrecadação.⁹⁹

Constituindo a defesa do meio ambiente é um dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, VI, CF), parece viável a instituição de contribuição que tenha a finalidade de proteção e efetivamente revele os motivos para atendimento desse fim, com afetação de sua receita para satisfação do interesse ambiental especificamente motivador da exação. A receita poderia se destinar a

⁹⁶ A exemplo do fixado na Lei nº 12.040, de 28 de dezembro de 1995, do Estado de Minas Gerais.

⁹⁷ Regina Helena Costa fez expressa alusão a essa figura tributária, sugerindo "uma contribuição exigida das empresas do setor madeireiro, para financiar programa de reflorestamento. In: *Direito Ambiental em Evolução*. Curitiba: Juruá, 1998. Tributação Ambiental, p. 306..

⁹⁸ Conforme vários artigos incorporados na obra *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. Coordenador Marco Aurélio Greco. São Paulo: Dialética 2001.

⁹⁹ Marco Aurélio Greco. *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico - Parâmetros para sua Criação*. Op. cit., p. 13.

um fundo,¹⁰⁰ que poderia receber apenas esta receita oriunda da contribuição de intervenção no domínio econômico ou de outras fontes à semelhança do *Superfund* dos Estados Unidos da América.¹⁰¹

CONCLUSÃO

Apesar de a Constituição ter adotado um sistema tributário bastante fechado, com discriminação de competências, definição dos tributos que podem ser instituídos, indicação nominal de impostos, estabelecimentos de um amplo quadro de limitação ao poder de tributar, dentre outras medidas, parece possível a introdução da finalidade ambiental nos tributos existentes. Além disso, apresenta-se como uma providência mais genérica a implantação de uma fiscalidade ampla a abranger os tributos e a destinação de receitas tributárias, com recurso ao Direito Financeiro.

Não obstante a ausência de explicitude, a Constituição no capítulo específico que trata do meio ambiente, determina que incumbe à *coletividade* e ao *poder público* o dever de defender e preservar o Meio Ambiente. A doutrina nacional tem identificado no art. 225 da Constituição Federal o fundamento para a tributação no espectro do meio ambiente, por constituir um "poder-dever correlato ao direito-dever de usar o meio ambiente para o desenvolvimento da Pessoa Humana".

Para além de autorização constitucional genérica (art. 225, *caput*) que se identifica para a inserção da tributação como medida de proteção ambiental, parece-nos que o inciso V, do art. 225, demarca uma esfera de atuação mais específica, já que as atividades direcionadas "a controlar a produção, comercialização, emprego de

¹⁰⁰ A exemplo do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT - (Lei nº 10.168, de 29 de dezembro de 2000); do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST (Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000); e do Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações – FUNTTEL (Lei nº 10.052, de 28 de novembro de 2000).

¹⁰¹ José Marcos Domingues de Oliveira cita a Lei nº 948/85, do Rio de Janeiro, que atribui a alíquota de 2% para os veículos movidos a álcool e de 3% para os movidos à gasolina. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 1999, p. 52.

técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente", se enquadram normalmente no domínio das atividades de cunho econômico. Em paralelo ao dever de controle do Poder Público encontra-se o interesse econômico pelo desenvolvimento de atividades de produção, comercialização, prestação de serviços, etc., e é nesse espaço que se introduzem as medidas protetoras de intervenção no domínio econômico, dentre elas pode ser destacada a nova modalidade de intervenção pelo uso de medidas tributárias, já que boa parte dessas atividades econômicas estão inseridas como fatos geradores de tributos, na visão financeira de fatos que presumem riqueza e consequentemente capacidade contributiva ou mesmo podem ser relacionadas como uma prestação estatal passível de cobrança de tributo.

A introdução das medidas de proteção ao meio ambiente parece viável de implantação através das taxas, observadas a estrutura tradicional de exercício do *poder de polícia*, como é o caso do licenciamento e da fiscalização, e da prestação de *serviço público* específico como a limpeza ou recuperação ambiental, com graduação do seu montante de acordo com a atividade do particular (contribuinte) e o custo do serviço público prestado. A espécie tributária contribuição de melhoria também pode servir de lastro para interesse ambiental, no sentido de promover o rateamento do custo de obra pública, entre os proprietários de imóveis especialmente valorizados.

Ao considerar a estrutura jurídica construída para os impostos no Brasil, em nossa visão parece inviável a criação de um imposto ambiental. É que as principais situações que indicam a existência de capacidade econômica foram enumeradas para efeito de incidência tributária própria, restando pouco espaço para a atuação residual sem que haja colisão com área reservada a outro tributo. Além disso, a receita de um eventual imposto ambiental não poderia ser vinculada a fundo ou despesa relacionada com a proteção do meio ambiente e parte dela deveria ser destinada aos Estados e Distrito Federal. Ademais, o imposto visa atingir a capacidade contributiva do contribuinte e suas receitas aplicam-se para as despesas gerais. Assim, há uma certa contraposição com a finalidade ambiental, notadamente quanto ao princípio do poluidor/pagador, já que a tributação ambiental, a princípio, só deve operar quanto aos que poluem ou se utilizam de recursos naturais, e os impostos incidem genericamente sobre fatos reveladores de capacidade contributiva.

No entanto, o uso da vertente extrafiscal nos domínios dos impostos para incentivar condutas ecologicamente corretas e desestimular as incorretas, obtém consagração constitucional e ampla aceitação doutrinária. O campo de atuação da extrafiscalidade nos impostos é bastante elevado, incluindo os benefícios fiscais. Ao que pode afirmar-se que quase todos os que foram discriminados na Constituição sob a competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, se prestam a essa função, e, conseqüentemente, podem empreender finalidade ambiental.

Por final, constatando-se que a defesa do meio ambiente é um dos princípios gerais da atividade econômica, apresenta-se como viável a instituição de *contribuição* que tenha a finalidade de proteção e efetivamente revele os motivos para atendimento desse fim, com afetação de sua receita para satisfação do interesse ambiental especificamente motivador da exação. A receita poderia se destinar a um fundo, que recebesse apenas esta receita oriunda da contribuição de intervenção no domínio econômico ou de outras fontes à semelhança do *Superfund* dos Estados Unidos da América.