

---

*A t u a ç ã o*

---

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

v.5, n. 13, set./dez. 2007

---

# Atuação

---

Revista Jurídica do

## Ministério Público Catarinense

### Conselho Deliberativo e Redacional

Gustavo Mereles Ruiz Diaz - Diretor

Raulino Jacó Brüning

Abel Antunes Mello

Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães

Rogério Ponzi Seligman

José Orlando Lara Dias

As opiniões emitidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina e da Associação Catarinense do Ministério Público.

Endereço eletrônico para remessa de artigo: [revistajuridica@mp.sc.gov.br](mailto:revistajuridica@mp.sc.gov.br)

Catálogo na publicação por: Solange Margarida José (CRB 14/122)

Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense/  
publicação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça de  
Santa Catarina e da Associação Catarinense do Ministério  
Público.- v. 1, n. 1, set./dez. 2003- .-Florianópolis: PGJ:  
ACMP, 2003-

Quadrimestral  
v. 5, n. 13, set./dez. 2007.  
ISSN 1981-1683

I. Direito – Periódico. I. Santa Catarina. Ministério Público.  
II. Associação Catarinense do Ministério Público.

CDDir 340.05  
CDD 34(05)

Revisão: A revisão dos artigos é de responsabilidade de seus autores

Editoração: Coordenadoria de Comunicação Social do Ministério Público de Santa Catarina

Impressão: Jul. 2008

Av. Othon Gama D’Eça, 900, Torre A, 1º andar  
Centro – Florianópolis – SC  
CEP 88015-240  
(48) 3224.4600 e 3224.4368  
[imprensa@acmp.org.br](mailto:imprensa@acmp.org.br)  
[www.acmp.org.br](http://www.acmp.org.br)

Paço da Bocaiúva – R. Bocaiúva, 1.750  
Centro – Florianópolis – SC  
CEP 88015-904  
(48) 3229.9000  
[pgj@mp.sc.gov.br](mailto:pgj@mp.sc.gov.br)  
[www.mp.sc.gov.br](http://www.mp.sc.gov.br)



## **Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina**

### **Procurador-Geral de Justiça**

Gercino Gerson Gomes Neto

### **Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos**

Paulo Antônio Günther

### **Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos**

Gladys Afonso

### **Grupo Especial de Apoio ao Gabinete do Procurador-Geral de Justiça**

Gladys Afonso - *Coordenadora*

Raul Schaefer Filho

Vera Lúcia Ferreira Copetti

### **Secretária-Geral do Ministério Público**

Cristiane Rosália Maestri Böell

### **Procurador de Justiça Assessor do Procurador-Geral de Justiça**

Raul Schaefer Filho

### **Promotores de Justiça Assessores do Procurador-Geral de Justiça**

Eliana Volcato Nunes

Carlos Alberto de Carvalho Rosa

Alex Sandro Teixeira da Cruz

### **Colégio de Procuradores de Justiça**

*Presidente:* Gercino Gerson Gomes Neto

Anselmo Agostinho da Silva

Paulo Antônio Günther

Luiz Fernando Sirydakís

Demétrio Constantino Serratine

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Jobel Braga de Araújo

Pedro Sérgio Steil

Vilmar José Loef

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Raulino Jacó Brüning

Humberto Francisco Scharf Vieira

Sérgio Antônio Rizelo

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Nelson Fernando Mendes

Jacson Corrêa

Anselmo Jeronimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Francisco José Fabiano

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Sidney Bandarra Barreiros

Lenir Roslindo Piffer

Paulo Cezar Ramos de Oliveira

Paulo de Tarso Brandão - *Secretário*



## **Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina**

### **Conselho Superior do Ministério Público**

*Presidente:* Gercino Gerson Gomes Neto    Antenor Chinato Ribeiro  
Paulo Ricardo da Silva    Narcísio Geraldino Rodrigues  
Paulo Roberto Speck    Basílio Elias De Caro  
Raul Schaefer Filho    André Carvalho  
Odil José Cota    *Secretária:* Cristiane Rosália Maestri Böell

### **Corregedor-Geral do Ministério Público**

Paulo Ricardo da Silva

### **Subcorregedora-Geral do Ministério Público**

Lenir Roslindo Piffer

### **Secretário da Corregedoria-Geral do Ministério Público**

Marcílio de Novaes Costa

### **Assessores do Corregedor-Geral do Ministério Público**

Kátia Helena Scheidt Dal Pizzol  
Ivens José Thives de Carvalho  
César Augusto Grubba

### **Coordenadoria de Recursos - CR**

Tycho Brahe Fernandes - *Coordenador*

### **Assessores da Coordenadoria de Recursos**

Laudares Capella Filho  
Alexandre Carrinho Muniz

### **Ouvidoria do Ministério Público**

Anselmo Jeronimo de Oliveira - *Ouvidor*

### **Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundações - CCF**

Vera Lúcia Ferreira Copetti - *Coordenadora-Geral*  
Leonardo Henrique Marques Lehmann - *Coordenador*



## **Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina**

### **Centro de Apoio Operacional Cível e Eleitoral - CCE**

Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes - *Coordenador-Geral*

### **Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade - CECCON**

Raulino Jacó Brüning - *Coordenador-Geral*

Affonso Ghizzo Neto - *Coordenador*

### **Centro de Apoio Operacional do Consumidor - CCO**

Alvaro Pereira Oliveira Melo - *Coordenador-Geral*

### **Centro de Apoio Operacional Criminal - CCR**

Robison Westphal - *Coordenador-Geral*

Andrey Cunha Amorim - *Coordenador*

Fabiano Henrique Garcia - *Coordenador-Adjunto*

### **Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude - CIJ**

Marcelo Gomes Silva - *Coordenador-Geral*

### **Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente - CME**

Luis Eduardo Couto de Oliveira Souto - *Coordenador-Geral*

### **Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa - CMA**

Fabício José Cavalcanti - *Coordenador-Geral*

Benhur Poti Betiolo - *Coordenador*

### **Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária - COT**

Ernani Guetten de Almeida - *Coordenador-Geral*

Rafael de Moraes Lima - *Coordenador*

### **Centro de Apoio Operacional às Investigações Especiais - CIE**

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin - *Coordenador*

### **Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF**

Gustavo Mereles Ruiz Diaz - *Diretor*



## **Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público**

### **Presidente**

Rui Carlos Kolb Schiefler

### **Vice-Presidente**

Rogério Ferreira

### **1º Secretário**

Eraldo Antunes

### **2º Secretário**

Milani Maurílio Bento

### **Diretor Financeiro**

Fabiano Henrique Garcia (e.e.)

### **Diretor de Patrimônio**

Fabiano Henrique Garcia

### **Diretora Cultural e de Relações Públicas**

Lara Peplau

### **Diretor Administrativo**

Fernando da Silva Comin

### **Diretora da Escola**

Walkyria Ruicir Danielski

### **Conselho Fiscal**

#### **Presidente**

Fábio de Souza Trajano

#### **Secretário**

Abel Antunes de Mello

#### **Membros**

César Augusto Grubba

Ivens José Thives de Carvalho

Fábio Strecker Schmitt

**INSTITUCIONAL**

A Inconstitucionalidade da Vedação do Ajuizamento de Ações Civis Públicas para Discutir Pretensões que Envolvam Tributos - Uma Abordagem à Luz do Papel do Ministério Público na Ordem Constitucional como Defensor dos Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos..... 9  
*Juliano da Silva e Cláudia Fernanda Souza de Carvalho*

**CIDADANIA**

Ensino Jurídico no Brasil: Sua Circunstância Histórica e Perspectivas Político-pedagógicas..... 29  
*Isaac Sabbá Guimarães*

Discriminação Racial nas Relações de Trabalho..... 45  
*Manoel Jorge e Silva Neto*

Democracia e Direitos Fundamentais na Sociedade da Informação: Desafios para o Governo Eletrônico no Brasil ..... 63  
*Hélio Santiago Ramos Júnior*

Cotas para Alunos Negros nas Universidades Públicas Inclusão ou Discriminação? ..... 75  
*Neusa Maria Coelho Sabbá Guimarães*

**CRIMINAL**

Ligeiras Observações sobre a Im(P)unidade Penal nos Crimes Contra o Patrimônio..... 117  
*Cláudio da Silva Leiria*

Controle Legislativo de Cães da Raça Pit Bull: Uma Nova Solução para um Velho Problema ..... 133  
*Marco Aurélio Souza da Silva*

Revisão Criminal *Pro Societate*: Evolução, Constitucionalidade e Parâmetros Normativos ..... 185

Jailson José de Melo

A Decretação Antecipada da Prescrição e o Princípio da Proporcionalidade - Uma Relação Necessária ..... 211

Daniel Westphal Taylor

## **OUTROS TEMAS**

A Greve no Serviço Público sob a Perspectiva da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale..... 227

André Fernandes Indalencio, Atilio de Castro Iczuka e Napoleão Bernardes Neto

INSTITUCIONAL

A INCONSTITUCIONALIDADE DA  
VEDAÇÃO DO AJUIZAMENTO DE  
AÇÕES CIVIS PÚBLICAS PARA DISCUTIR  
PRETENSÕES QUE ENVOLVAM TRIBUTOS  
- UMA ABORDAGEM À LUZ DO PAPEL  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ORDEM  
CONSTITUCIONAL COMO DEFENSOR  
DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E  
INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Juliano da Silva

*Bacharel em Direito pela UNIVALI*

*Assistente da Promotoria de Justiça da Comarca de Itapema do*

*Ministério Público de Santa Catarina*

Cláudia Fernanda Souza de Carvalho

*Bacharel em Direito pela FURB*

*Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal do CESBLU*

## SUMÁRIO

Introdução - 1 O Ministério Público e seu papel como principal defensor dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos - 2 A Ação Civil Pública como principal instrumento judicial para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos - 3 A inconstitucionalidade do artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85 - Conclusão - Bibliografia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público. Direitos Difusos e Coletivos. Ação Civil Pública. Tributos.

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense  
v. 5, n. 13, set./dez. 2007 – Florianópolis – pp 9 a 28

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a vedação legal imposta aos legitimados à propositura da ação civil pública para veicularem pretensões que envolvam tributos, notadamente o Ministério Público, tendo em vista o papel que lhe foi conferido pela Constituição da República, como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, tomando-se como ponto de partida a amplitude do artigo 129, inciso III, da Carta Política, que não estabelece qualquer obstáculo para que o Ministério Público e, conseqüentemente, os demais legitimados, guardada eventual pertinência temática, alcancem em Juízo, de forma coletiva, a salvaguarda de seus direitos, mesmo que tenham caráter tributário, tendo em vista que a natureza desses direitos, por si só, não pode servir como entrave para que sejam discutidos em Juízo. Afinal, as demandas de massas tendem a ser utilizadas como alternativa para desafogar o Poder Judiciário do elevado número de demandas existentes acerca de questões idênticas. Há um movimento claro nesse sentido, com iniciativas diversas, tais como a possibilidade de julgamento antecipado de ações idênticas, a teor do que dispõe o artigo 285-A do Código de Processo Civil, e a relevância constitucional e transcendente das pretensões veiculadas no Recurso Extraordinário, e que possui nas ações coletivas um nítido aliado, permitindo que questões tributárias, que geralmente circunscrevem-se à matéria unicamente de direito, sejam analisadas em ações cuja eficácia das decisões não se limite às partes formais da demanda.

### **1 O MINISTÉRIO PÚBLICO E SEU PAPEL COMO PRINCIPAL DEFENSOR DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

Desde o advento da atual Carta Política, que conferiu ao Ministério Público uma série de novas prerrogativas, dentre elas a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis<sup>1</sup>, a instituição tem esmerado-se em utilizar, com parcimônia e responsabilidade, os instrumentos – judiciais e extrajudiciais

---

1 Redação extraída do artigo 127 da CRF.

- que lhe foram disponibilizados pelo ordenamento jurídico pátrio para zelar por aqueles direitos e cumprir seu papel como um dos guardiões da sociedade e das instituições democráticas.

A Constituição cidadã, tal como foi definida por Ulisses Guimarães, não poupou esforços em erigir instituições fortes e instrumentos eficazes, tudo com o escopo de assegurar aos cidadãos todo o catálogo de direitos que lhes foram assegurados pelo artigo 5º e pelos demais dispositivos espalhados em seu bojo.

Tamanha a importância do *parquet*<sup>2</sup>, que sua estrutura foi topograficamente inserida em local estratégico, no Capítulo IV da *lex mater*, que dispõe acerca ‘Das Funções Essenciais à Justiça’.

Não satisfeito, o constituinte, com o intuito de assegurar à instituição autonomia e independência necessárias para desempenhar suas funções, isolou-a da estrutura tripartite dos Poderes Constituídos, alocando-o à sua margem, além de recobrir-lhe com uma série de princípios institucionais<sup>3</sup>.

Discorrendo acerca do papel atual do Ministério Público e também acerca de sua autonomia e posição na hierarquia dos Poderes, extrai-se do escólio de Alexandre de Moraes<sup>4</sup>:

A Constituição atual situa o Ministério Público em capítulo especial, fora da estrutura dos demais poderes da República, consagrando sua total autonomia e independência, ampliando-lhe as funções, sempre em defesa dos direitos, garantias e prerrogativas da sociedade.

O Ministério Público, atualmente, não se encontra no âmbito de qualquer dos Poderes do Estado, constituindo-se, nos termos da própria definição constitucional, instituição permanente, essencial

---

2 Expressão francesa que designa o Ministério Público, em atenção ao pequeno estrado (*parquet*), onde se postam os seus agentes em suas manifestações processuais. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 1006).

3 Art. 127, §1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

4 *in Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional* – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2004. p. 1.553/1.554

à função jurisdicional do Estado (princípio da essencialidade), incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Para exercer seu grave mister institucional, o ordenamento constitucional previu vasta gama de funções e garantias, pois, como ressaltado por Francisco Campos, ao defender a necessidade das garantias do Ministério Público, “toda vez que um serviço, por conveniência pública, é erigido em instituição autônoma, com capacidade própria de decisão, ou com a capacidade de decidir mediante juízos e critérios da sua própria escolha, excluída a obrigação de observar ordens, instruções, injunções ou avisos de autoridades estranhas ao quadro institucional, com o fito de evitar infiltrações de natureza política, no exercício de sua competência deliberativa ou decisória, impõe-se a garantia aos funcionários incumbidos de tomar as deliberações ou decisões institucionais, da necessária independência, mediante a única técnica eficaz, empregada em relação à Justiça, de lhes assegurar a estabilidade nas funções e nos soldos”.

A independência e a autonomia, portanto, por terem sido consideradas alicerces fundamentais, foram agrupadas na base da estrutura da instituição, permitindo, com isso, que seus membros possam agir no estrito interesse da sociedade, usufruindo, para tanto, de mecanismos cuidadosamente estruturados para a defesa extraordinária dos direitos.

No que tange aos elementos balizadores da atuação do Ministério Público na defesa dos direitos de cunho metaindividuais, há apenas uma exigência: que referidos direitos sejam indisponíveis.

Este traço característico e indispensável encontra-se insculpido no artigo 127 da Constituição.

Não é outra a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

Ora, a Constituição é claríssima ao limitar a tutela do Ministério Público aos interesses *individuais indisponíveis* (art. 127). Emana daí que não estão dentro das atribuições da instituição a defesa de interesses individuais disponíveis, vale dizer, daqueles interesses cuja tutela cada indivíduo tem aptidão para dispensar. O mandamento constitucional, em consequência, veda que o Ministério Público substitua a intenção volitiva do indivíduo no que toca a direitos dos quais tenha a total disponibilidade. A razão é simples: a instituição só pode predispor-se à defesa do que é social ou do que é individual fora da disposição do titular; o que é exclusivamente do titular, e de seu único interesse, está dentro apenas de sua própria esfera de vontade, não cabendo a nenhuma outra pessoa ou órgão substituí-la. (*in Ação civil pública*. Lúmen Juris: Rio de Janeiro. 2007, p. 125).

No mesmo vértice, o Tribunal de Justiça Mineiro já decidiu:

Ação civil pública. Interesses individuais. Ministério Público. Ilegitimidade ad causam. A ação civil pública não se presta a amparar direitos individuais de um grupo de pessoas lesadas que buscam cobertura indenizatória em razão de ilícito civil, por não se tratar de defesa de interesse difuso, nem coletivo, nem individual indisponível e homogêneo, sendo cabível simplesmente a ação indenizatória plúrima, onde muitos são os interessados, mas não há interesse coletivo em jogo, sendo a ação de estrita ordem obrigacional, de direito pessoal, privado. O MP não possui legitimidade ad causam para propor ação civil pública para a defesa de interesses individuais que visam à responsabilização de danos sofridos, fundadas na responsabilidade aquiliana (Apelação n. 3.814 - TJMG)

Não há, portanto, considerando esta independência que lhe foi constitucionalmente assegurada, qualquer fundamento que possa justificar a adoção de critérios mitigadores da atuação institucional, no desempenho da missão que lhe foi conferida pela Constituição da República Federativa de 1988, impondo-lhe balizas não consagradas pela lei maior, notadamente quando os demais princípios institucionais, e demais parâmetros integradores da atuação ministerial, são absolutamente consentâneos com a natureza da lide. Afinal, ante a abrangência dos direitos individuais, e de seu mimetismo, não haveria como o legislador prever cada caso onde poderia o Ministério Público atuar.

## 2 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO PRINCIPAL INSTRUMENTO JUDICIAL PARA A DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Consoante mencionado, a Constituição de 1988 erigiu o Ministério Público como colosso defensor dos direitos assegurados à sociedade.

Para tanto, não o deixou ao descoberto; pelo contrário, munificou-o com uma série de instrumentos judiciais e extrajudiciais<sup>5</sup>, tudo com o objetivo de concretizar essas prerrogativas; dentre elas, e, ousado dizer, a mais importante em sede de medidas judiciais, a ação civil pública, prevista na Lei n. 7.347, publicada no Diário Oficial da União de 25/07/1985.

Esta, segundo a redação inserta no artigo 129, inciso II, da Constituição, adequada para assegurar a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de *outros interesses difusos e coletivos*<sup>6</sup>.

Note-se, pois, que o legislador constituinte foi generoso, não

---

5 Entre tais instrumentos, merece relevância o Inquérito Civil Público, o TAC – Termo de Ajustamento de Conduta, a Ação Direta de Inconstitucionalidade de Leis ou Atos Normativos editados pelo Poder Público, que, por não serem objeto do presente artigo, serão relatados apenas a título ilustrativo.

6 Segundo o disposto no artigo 81, parágrafo único, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor, considera-se interesses ou direitos difusos aqueles entendidos como os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; e, interesses ou direitos coletivos, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

impondo limite algum à defesa daqueles interesses, possibilitando aos membros do Ministério Público, verificando qualquer situação de transgressão ou mesmo risco iminente (meio ambiente), agir para assegurar o respeito a tais direitos.

A ação civil pública, ademais, cumpre salientar, não se tratou de novidade, pelo contrário, já se encontrava historicamente inserida no arcabouço jurídico brasileiro, regulamentada pela Lei n. 7.347/85, cronologicamente anterior à ordem constitucional contemporânea, e por ela recepcionada, em decorrência do disposto no seu artigo 129, inciso III, já mencionado.

Segundo leciona o saudoso Hely Lopes Meirelles, tal ação consubstancia-se em

instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações da ordem econômica, protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade. (*in* MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data. São Paulo, Editora Malheiros, p.1161-162).

Não se trata de um único instrumento, embora a nomenclatura possa assim sugerir, já que se presta à tutela de direitos materiais díspares, que guardam entre si o ponto de intersecção da transindividualidade.

Entre os diferentes espectros materiais que por ela podem ser tutelados, merecem destaque os seguintes:

- Defesa dos investidores do mercado de capitais - Lei n. 7.913/89, arts. 1º a 3º;
- Portadores de necessidades especiais - Lei n. 7.853/89, arts. 1º a 3º;
- Comunidades Indígenas - Lei Complementar n. 75/93, art. 6º, XI;
- Criança e Adolescente - Lei n. 8.069/90, arts. 81 a 104;
- Saúde Pública - Lei n. 8.080/90 - arts. 2º e 3º;
- Defesa do Consumidor - Lei n. 8.078/90, arts. 81 a 104;

- Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429/92, art. 17<sup>7</sup>;
- Minorias Étnicas – Lei Complementar n. 75/93 – art. 6<sup>o</sup>, VII, 'c';
- Proteção ao Idoso – Lei n. 10.741/2003, art. 74, I;
- Defesa da Ordem Econômica – Lei n. 8.884/94, art. 88;
- Patrimônio Genético – Lei n. 8.974/95, art. 13, §6<sup>o</sup>;

Assim, percebe-se que, embora possua uma nomenclatura única, a ação civil pública é capaz de tutelar diferentes matizes materiais, perfazendo-se em importante instrumento de defesa de interesses supraindividuais e que deve ser empregado de forma responsável, porém sem inibições. Afinal, vivemos na época das demandas de massa, que abarrotam o Poder Judiciário de ações de cunho idêntico, tornando a Justiça morosa.

Sob este aspecto, a ação civil pública sobressai-se em relação às pretensões individuais, vez que os direitos discutidos em uma demanda repercutem sobre considerável parcela da população. A abrangência depende, não raro, da espécie de direito que se está tutelando, se difuso, coletivo, ou individual homogêneo.

Os direitos que por meio dela discutem-se, embora amplos, possuem um inegável traço característico, qual seja, a indisponibilidade.

---

7 Acerca da controvérsia existente entre a adoção do rito delineado pela Lei n. 7.347/85, com as adaptações inseridas pela Lei n. 8.429/92, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA**. 1. A probidade **administrativa** é consectário da moralidade **administrativa**, anseio popular e, a fortiori, difuso. 2. A característica da **ação civil pública** está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza mutifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o mais adequado órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão. 3. A Lei de **Improbidade Administrativa**, em essência, não é lei de **ritos** senão substancial, ao enumerar condutas contra legem, sua exegese e sanções correspondentes. 4. Considerando o cânone de que a todo direito corresponde um **ação** que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade **administrativa** seja veiculado por meio da **ação civil pública** máxime porque a conduta do Prefeito interessa à toda a comunidade local mercê de a eficácia erga omnes da decisão aproveitar aos demais municípios, poupando-lhes de noveis demandas. [...]8. A lei de **improbidade administrativa**, juntamente com a lei da **ação civil pública**, da **ação** popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se. REsp 510150 / MA RECURSO ESPECIAL 2003/0007895-7.

Estando ela consagrada na hipótese concreta, não há razão que justifique a ilegitimidade da atuação do Ministério Público por meio da ação civil pública.

No mais, para a defesa de alguns dos direitos materiais de cunho transindividual, não há outras ações que possam ser movidas pelos titulares da Instituição; pelo menos não tão eficazes.

À luz destas informações, percebe-se que, tratando-se de direito de cunho indisponível que transcenda a titularidade individual, não se pode tolher o direito do Ministério Público, ou de qualquer outro legitimado, de ajuizar ação para discuti-lo, desde que estejam preenchidos alguns pressupostos, em especial, no caso das associações e entidades legitimadas, a pertinência temática entre a matéria debatida em Juízo e os fins para os quais foram criadas.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça Barriga-verde já consolidou o seguinte entendimento:

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SINDICATO. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. EXIGÊNCIA DO ARTIGO 5º, DA LEI N. 7.347/85. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM RECONHECIDA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS REGRAS DISPOSTAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. RECURSO DESPROVIDO' (TJSC, 1ª Câm. Dir. Públ., Ap. Cível n. 2002.027451-3, da Capital. Rel. Des. Vanderlei Romer, em 13.05.2004; idem AC n. 2002.026360-0, da Capital).**

Ainda:

A propositura da **ação civil pública** por **associação civil** é condicionada à demonstração da **pertinência temática** entre os seus fins institucionais e o interesse a ser ali objetivado. É o que se extrai do art. 5º, II, da Lei n. 7.347/85. No ponto, esclarece Hugo Nigro Mazzilli que “as associações civis, fundações privadas, sindicatos, corporações etc. devem incluir entre seus fins institucionais a defe-

sa dos interesses objetivados na **ação civil pública** ou coletiva por elas propostas” (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, 12<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 190). Na espécie, a **Associação** Catarinense de Defesa do Consumidor - ACADECO propôs **ação civil pública** buscando (i) a decretação da nulidade do convênio para exploração do serviço de água e esgoto firmado entre a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento - CASAN e o Município de Itajaí por ausência de “concorrência pública”; (ii) a condenação da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento - CASAN na devolução, em dobro a partir da vigência do CDC, do que cobrado a mais nas “contas de fornecimento de água” dos “consumidores-contribuintes” em decorrência de serem os respectivos valores fixados unilateralmente pelo chefe do Poder Executivo Estadual e não pelo “regime de custos”; (iii) a devolução do sistema de abastecimento de água à municipalidade de Itajaí; (iv) a indenização dos prejuízos experimentados pela municipalidade de Itajaí; (v) na hipótese de manutenção do convênio, a imposição da cobrança dos serviços conforme o “regime de custos”. Não poderia assim fazer, todavia, porque o seu único fim institucional é a defesa dos consumidores; daí não ter legitimidade para propor **ação civil pública** na defesa dos contribuintes e da moralidade administrativa. Aliás, ao apreciar hipótese versando sobre **ação civil pública** objetivando a suspensão da cobrança da taxa de iluminação pública, a Sexta Câmara Civil deste Tribunal de Justiça reconheceu que “a ACADECO não está legitimada a propor ações no campo da moralidade administrativa ou das relações tributárias” (AC n. 2000.010368-3, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 10.03.01).

Diante do exposto, resta inegável que os direitos transindividuais podem ser discutidos por intermédio da ação civil pública, que é o

principal instrumento utilizado na tutela de tais direitos, em razão de seus traços característicos.

Afinal, a indefinição da titularidade do direito não é consonante com o rito processual disciplinado pelo Código de Processo Civil, elaborado numa época em que as demandas coletivas não possuíam tamanha projeção.

Negar a ação civil pública como instrumento de defesa da coletividade, ou mesmo restringir seu campo de atuação, ante a sua abrangência, vai flagrantemente de encontro aos objetivos do legislador constituinte de 1988, que, nas palavras de Ulysses Guimarães, rompeu com o conservadorismo e ranço decorrentes do período ditatorial, tendo por escopo estruturar uma ‘Constituição Cidadã’.

### **3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 7.347/85**

Consoante relatado acima, a ação civil pública foi estruturada com vistas a veicular pretensões que envolvam direitos transindividuais.

Este traço identificador encontra respaldo no artigo 129, inciso III, da CRFB de 1988, que, segundo referido, abstém-se de impor-lhe limites. Não que deveria fazê-lo. Afinal, a Constituição é apenas uma carta que estabelece diretrizes abrangentes, deixando ao alvedrio dos diplomas hierarquicamente inferiores a delimitação dos comandos nela insertos.

Contudo, referida limitação deve circunscrever-se às normas tidas como ‘de aplicabilidade contida ou restringível<sup>8</sup> e não me parece que seja esta a natureza do comando descrito no artigo 129, inciso III, da Carta Política.

Afinal, o Legislador Constituinte de 1988 concebeu uma Carta

---

8 Segundo Pedro Lenza, as normas constitucionais de eficácia contida ou prospectiva são aquelas que ‘têm aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral. Embora tenham condições de, quando da promulgação da nova Constituição, produzir todos os seus efeitos, poderá a norma infraconstitucional reduzir a sua abrangência?’. (*in Direito constitucional esquematizado* – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Método. 2006. p. 82).

Política permeada por direitos e garantias fundamentais aos quais se deve conceber máxima efetividade, notadamente considerando que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, *ex vi* o comando inserto em seu artigo 1º.

Se tivesse pensado de outra forma, não teria arquitetado instrumentos como o direito de petição aos poderes públicos, a ação popular, o mandado de segurança coletivo e a própria ação civil pública, todos instrumentos concebidos para a defesa de direitos transindividuais.

Todos estes instrumentos traduzem o intuito do legislador constituinte, que não foi outro senão o de estabelecer diretrizes sólidas que refreassem, na época, a constante e crescente ingerência estatal no campo privado e, outrossim, o resguardo daqueles direitos cuja titularidade era, ao mesmo tempo, de todos os cidadãos e de nenhum especificamente.

No caso da ação civil pública, a situação é um tanto peculiar.

As suas finalidades encontram-se relacionadas no artigo 1º, cuja redação segue abaixo transcrita:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - inciso suspenso pela MP 2.180-35/2001;

IV - inciso suspenso pela MP 2.180-35/2001;

V - por infração da ordem econômica e da economia popular;

VI - à ordem urbanística.

Contudo, após estabelecer este rol de direitos os quais podem ser veiculados através do referido instrumento, veda expressamente sua utilização para discutir pretensões que envolvessem tributos e outras espécies de contribuições.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de

Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Esta vedação, aparentemente, não detém fundamento de validade, seja lógico ou constitucional, já que é perfeitamente possível e recomendável, inclusive, em razão da sua própria natureza, que os mencionados direitos sejam resguardados de forma coletiva.

Urge salientar, no mais, que, não raro, trata-se de demandas que não veiculam fatos, mas unicamente direitos, havendo uma flagrante preocupação do legislador de, atualmente, fulminar na origem demandas de cunho repetitivo<sup>9</sup>.

No mais, não obstante o complexo de normas que parecem clamar pela inconstitucionalidade da vedação, há, outrossim, a utilidade e segurança que permeiam as demandas de cunho coletivo, afastando a possibilidade de situações jurídicas semelhantes receberem tratamento diverso.

Este argumento, por si só, justificaria a defesa coletiva desses direitos.

Os Tribunais, contudo, parecem não coadunar deste entendimento e vêm mostrando-se reticentes na possibilidade de discutir, sobretudo demandas de cunho tributário, de longe as mais freqüentes, através de ações coletivas.

A propósito, traz-se à colação alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IPTU - TAXA DE LIMPEZA, CONSERVAÇÃO DE VIAS E LOGRADOUROS E ILUMINAÇÃO PÚBLICA - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - MINISTÉRIO PÚBLICO - ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" - PRECEDENTES. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL (TARE). ILEGITIMIDADE

---

9 Não é outro o entendimento que se extrai da redação do artigo 285-A do Código de Processo Civil, incluído pela Lei n. 11.277 de 2006.

ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. NATUREZA TRIBUTÁRIA. **1. O Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública com objetivos tributários, escopo visado na demanda com pedido pressuposto de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal que instituiu a cobrança de taxas de limpeza, conservação de vias e logradouros e iluminação pública, assumindo a defesa dos interesses do contribuinte.** (Precedentes: RESP 845034/DF, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, Data de julgamento: 14/02/2007; RESP 701913/DF, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, Data de Julgamento: 28/02/2007; AgRg no REsp 710.847/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 29.08.2005; AgRg no REsp 495.915/MG, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 04/04/2005; RESP 419.298/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 06/12/2004). **2.** A ação civil pública não pode ser utilizada como substituta da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, nem mesmo para declaração incidental. **3.** Deveras, a premissa do pedido do Ministério Público de que a cobrança de taxas municipais e do IPTU, por via oblíqua, atinge os demais contribuintes, revelando interesses transindividuais violados, é exatamente a que inspirou o legislador a vetar a legitimatio do Parquet com alteração do parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, que o deslegitima a veicular “pretensões que envolvam tributos”. (Art. 1º § único da Lei 7.347/85, com a redação dada pela Medida Provisória 2.180/2001) **4.** Consectariamente, qualquer ação, ainda que não ostente tipicidade estrita tributária, mas que envolva “pretensão tributária”, consoante dicção legal, torna interdita a legitimatio ad causam do Ministério Público. REsp 883690 / SP RECURSO ESPECIAL 2006/0165466-3

Ainda:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE (PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COBRANÇA DE TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ILEGITIMIDADE ATIVA. INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NATUREZA TRIBUTÁRIA.) 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II, do CPC, ou para sanar erro material. 2. Inocorrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, não há como prosperar o inconformismo, cujo real objetivo é a pretensão de reformar o decisum, o que é inviável de ser revisado em sede de embargos de declaração, dentro dos estreitos limites previstos no artigo 535 do CPC. 3. In casu, é juridicamente impossível a propositura de ação civil pública, seja pelo Ministério Público, seja por qualquer outra associação legitimada para tal, que tenha como objeto mediato do pedido a Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública - COSIP, por ostentar natureza tributária. **4. O artigo 1º, § único da Lei de ação civil pública (Lei n. 7.347/85) dispõe que: “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Vide Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.8.2001)” (grifou-se)** 5. A Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública - COSIP tem inequívoca natureza tributária, posto encartada na definição de tributo do CTN, in verbis: “Art. 3º Tributo é

**toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”** 6. Embargos de Declaração parcialmente acolhidos apenas para esclarecer ser incabível a propositura de ação civil pública por qualquer associação legitimada versando tema tributário. EDcl no REsp 729399 / SP EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2005/0034242-2

Vê-se, assim, que, sem qualquer fundamento aparente, o legislador afastou dos legitimados coletivos, em especial do Ministério Público, que possui papel de destaque na defesa dos direitos transindividuais, a possibilidade de analisar situações jurídicas tributárias de forma coletiva.

O argumento muitas vezes utilizado de que ações civis públicas que veiculam este tipo de demanda geralmente são mimetismos de ações diretas de inconstitucionalidade não convence, já que muitas vezes referidas pretensões sequer atacam a validade de normas tributárias, como, por exemplo, o ajuizamento de ação civil pública que tenha por fim condenar o poder público a restituir quantia recolhida dos contribuintes com base em índices de correção monetária superiores aos permitidos.

É compreensível a preocupação de impedir que ações civis públicas convertam-se em sucedâneos de ADINs, mas não se pode impedi-las de veicularem pretensões legítimas.

Discorrendo sobre a mencionada e, aparentemente, dezarrazoada vedação, guinda-se as argutas constatações de Hugo Nigro Mazzilli<sup>10</sup>:

[...] É certo que não se pode usar a ação civil pública ou coletiva como indevido sucedâneo das ações diretas para controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Mas, se a ação civil pública

---

10 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor; patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Sariaa, 2005. p. 133.

ou coletiva não estiverem a usurpar papel que não lhes é próprio, nada devem impedir que sejam usadas para a defesa coletiva de quaisquer interesses transindividuais, mesmo que de natureza tributária ou de qualquer outra. [...]

O Pretório Excelso já teve oportunidade de manifestar-se sobre o referido comando, tendo, surpreendentemente, atestado sua constitucionalidade<sup>11</sup>, utilizando, contudo elementos completamente superados em razão da constante evolução da defesa dos direitos transindividuais.

Diante de tais constatações, tem-se a clara impressão que a referida vedação tem caráter eminentemente político e foi concebida para proteger a voraz sanha do fisco, já que eventuais defesas coletivas trariam inegável agilidade na defesa dos interesses dos contribuintes.

Embora esses não sejam equiparados a consumidores, dada a conceituação determinada pelo CDC, não há porque impedir que seus direitos sejam resguardados por legitimados extraordinários.

Houve, nesse sentido, evidente retrocesso, que, espera-se, seja solucionado, possibilitando que contribuintes sejam amparados por entidades cuja função precípua é a proteção dos direitos difusos e coletivos.

Imaginar diferente seria negar aos contribuintes um importante instrumento de atuação judicial, que tende a ganhar amplitude cada vez maior em nosso ordenamento.

## CONCLUSÃO

O Ministério Público desempenha papel fundamental na ordem jurídica vigente, sendo responsável pela defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

Como instrumento judicial para alcançar seus objetivos institucionais, o legislador municiou-o com uma série de instrumentos, sendo a ação civil pública, regida pela Lei n. 7.347/85, o mais importante deles no âmbito judicial.

---

11 A questão foi debatida no RE 195.096-PR, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Referida ação foi estruturada de modo a veicular pretensões que tenham por traços característicos, no caso do Ministério Público, a transcendência subjetiva individual e a indisponibilidade do direito por ela veiculado.

Esta indisponibilidade, contudo, embora não encontre limites no texto constitucional, já que o artigo 129, inciso III, da Constituição da República nada menciona a respeito, foi restringida sobremaneira com a edição da Medida Provisória n. 2.180-35/01, que acrescentou um parágrafo único ao artigo 1º do mencionado diploma, afastando de sua alçada pretensões que envolvessem tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários pudessem ser individualmente determinados.

Referida norma trouxe ao ordenamento jurídico limitações objetivas não previstas, sequer implicitamente, na Constituição, impedindo que os legitimados à propositura da Ação Civil Pública ingressassem com ações para discutir os direitos lá definidos.

Olvidou-se o Chefe do Poder Executivo, na sua função de legislador, ao estabelecer a mencionada limitação, de avaliar a natureza da norma disposta no Texto Magno, e que dá suporte de validade à Lei n. 7.347/85, a fim de verificar se ela, de fato, comportaria interpretação restritível.

Aparentemente, analisado de forma conjunta com os demais dispositivos da norma constitucional, em especial os direitos e garantias fundamentais, escalonados no artigo 5º, não haveria como justificar mencionada restrição, já que a defesa dos direitos dos cidadãos contra as arbitrariedades do Estado parece ter sido uma preocupação do Constituinte, que trouxe para o Texto Magno diversos mecanismos de defesa, judiciais e extrajudiciais.

Não há, outrossim, pressuposto lógico que a justifique, já que os direitos previstos no artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85, possuem natureza individual homogênea, sendo que dita categoria de direitos encontra previsão no artigo 81, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, admitindo, inclusive, defesa coletiva, através de ação civil pública.

À luz destes fatos, não há como justificar a constitucionalidade

desse dispositivo, já que estabelece limitações ao direito dos cidadãos que não encontram guarida na Lei Maior.

A eficácia da norma constitucional, consoante infere-se, é plena e qualquer outra interpretação que tenha por objetivo reduzir seu âmbito de eficácia é flagrantemente inconstitucional e deve, por consequência, ser expurgada do ordenamento.

Afinal, há uma clara tendência em ampliar os limites objetivos das ações coletivas, já que o ajuizamento desse tipo de pretensão evita a multiplicação de processos individuais sobre questões idênticas, demandas estas responsáveis pela lentidão nas prestações jurisdicionais, celeuma esta que há muito se procura solucionar.

## BIBLIOGRAFIA

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 5 de outubro de 1988*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF; 5 out. 1988;

BRASIL. *Lei 7.347, 24 de julho de 1985*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1985;

BRASIL. *Lei 8.078, 11 de setembro de 1990*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set. 1990. p. 1;

BRASIL. *Lei 5.869, 11 de janeiro de 1973*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973. p. 1;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. Lúmen Juris: Rio de Janeiro. 2007. p. 518;

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Método. 2006. p. 816;

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Sariava, 2005. p. 695.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data*. 29. ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2006. p. 829;

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2004. p. 2984;

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 1498

## ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: SUA CIRCUNSTÂNCIA HISTÓRICA E PERSPECTIVAS POLÍTICO-PEDAGÓGICAS

Isaac Sabbá Guimarães

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina  
Mestre em direito pela Universidade de Coimbra*

1. Ao completarmos cento e oitenta anos de existência dos estudos jurídicos no Brasil, percebemos, numa primeira mirada retrospectiva, que as pretensões alicerçadas no Projeto de Lei de 4 de setembro de 1826, sobre a criação dos cursos jurídicos, foram suplantadas por uma estupenda revolução. Lá, naquele momento em que se debatia sua urgência, preferiu deixar-se de lado a possibilidade de fundação de um curso jurídico junto à corte do Império, para priorizarem-se aspectos estratégicos de formação não de uma *Intelligentsia* genetriz do conhecimento e da cultura jurídicas, mas de uma elite com capacidades, de dimensão suficiente para dar corpo à burocracia – a parte elemental – do Estado recém-criado. É por este motivo que, em vez de um, são fundados, sucessivamente, dois Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais, em São Paulo (em 11 de agosto de 1827) e na cidade de Olinda (instalado a 15 de maio de 1828). Levantamentos realizados pelo MEC, no entanto, indicam que em apenas cinco anos, entre 1998 e 2003, ocorreu um salto exponencial em relação ao número de estabelecimentos de ensino jurídico, que passaram de 303 para 704<sup>1</sup>, sendo que hoje já registramos 1038 em todo País<sup>2</sup>. E outros estão a aparecer em velocidade nunca antes imaginada,

---

1 Fonte: INEP.

2 <[www.veredictum.adv.br/blog/2007/03/12/cursos-de-direito-em-atividade/](http://www.veredictum.adv.br/blog/2007/03/12/cursos-de-direito-em-atividade/)>. Acesso em: 26.set.2007.

sustentando, por um lado, o segundo maior índice de matrículas dos cursos credenciados pelo MEC e, de outro, o primeiro em número de concluintes<sup>3</sup>. Este rápido bosquejo permite-nos já perceber algumas representações da circunstância histórica de nosso ensino jurídico. Em primeiro lugar, parece que se continua a ver no direito uma boa opção para formação profissional, alimentada pelas esperanças depositadas no mercado de trabalho aberto para profissões jurídicas, especialmente nas áreas da advocacia e de consultoria jurídica, e pelas possibilidades de ingresso no serviço público (afinal, boa parte das engrenagens do Estado é formada por bacharéis, ocupando os mais diversos cargos públicos); em segundo lugar, não é de desprezar-se o fato de que a vertente capitalista do mundo ocidental fomentou uma cultura jurídica (ou, pelo menos, contribuiu para isso), segundo a qual a solução dos conflitos sociais passa pela *judicialização*, em detrimento de práticas mediadoras ou conciliatórias não-estatais – os bacharéis são aí mais necessários, *v.g.*, do que os conselhos comunitários<sup>4</sup>; em terceiro lugar, a aura de esplendor que ainda circunda o direito, tradicionalmente mantida entre nós, que até pouco tempo atrás víamos nos bacharéis gente de escol que ocupou a Câmara dos Deputados, o Senado e a Presidência, cria expectativas redobradas de sucesso profissional; por último, há de considerar-se que o estudo do direito é relativamente menos dispendioso do que o é em outros cursos (e, em realidade, o estabelecimento de ensino não precisa dispor de nada além de professores e livros). Mas, atenção: logo acima falamos de *representações* da circunstância histórica, expressão que, a princípio, permite-nos dois desdobramentos de raciocínio: por um lado, será lícito daí depreenderem-se, dessas representações, aspectos de verossimilhança nos quais se fulcra uma *realidade da circunstância*, e partindo dessa leitura estaremos autorizados a comemorar a difusão dos estudos jurídicos no País. Mas o outro viés arranca da especulação

---

3 Em 2003 os cursos de direito detinham 13,1% do total de matrículas, ficando atrás dos de administração, com índice de 14,5%. Mas em número de concluintes continuou hegemônico, colocando no mercado 64.413 bacharéis.

4 A cultura jurídica norte-americana é paradigmática disso, gerando um espantoso número de ações judiciais. Apenas para ter-se idéia de sua dimensão, há atualmente 723 mil advogados militando nos EUA, contra 5 mil na China, onde a população é quase cinco vezes maior do que a norte-americana. Há aspectos culturais e antropológicos peculiares que podem ser consultados em ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito. Antropologia jurídica da modernidade*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

acerca da idéia de *realidade* – que, como tal, é aquilo que se nos apresenta no mundo fático, sem que, no entanto, sua essência seja coincidente com a *verdade* – e não é nada animador, pois quando percebemos que as *representações* podem não passar de uma aparência da verdade, deparamo-nos com uma circunstância histórica que enfeixa uma série de problemas. Por outras palavras, é certo – trata-se de uma *realidade* – que hoje os cursos de direito são numerosos, cobrindo todos os recantos do território nacional; que para ele acorrem milhares de acadêmicos, tornando-se, em números absolutos, o mais popular dos cursos de nível superior; que anualmente o Brasil forma mais de 64 mil bacharéis; mas... por outro lado, é voz corrente, especialmente entre advogados, o alarde de uma crise no âmbito das profissões jurídicas; que os cursos jurídicos não têm dado preparo *jusumanístico* e técnico de solidez; que os bacharéis não estão suficientemente preparados para a advocacia e para os concursos públicos; que, por último, nosso mundo jurídico encontra-se estagnado no tempo, praticando um direito defasado em relação à pretensão de aqui fundar-se um Estado de direito material que vai inscrita na Constituição. Não são, voltemos a dizer, vozes isoladas de gente alarmista, mas constatações hauridas dos relatórios da Comissão de Ensino da OAB, das provas de ingresso na advocacia, dos exames em concursos públicos e do senso comum, formado por cidadãos que padecem com a ineficiência de nossos mecanismos jurídicos. Sinais claros não de um puro problema estrutural, mas de um sistema de problemas – graves – que faz muitos suporem estarmos passando por uma crise no mundo do direito. Mas então, há, de fato, a crise na advocacia e no direito nacionais de que tanto se fala? Se pudermos identificá-la, em todas suas ramificações, notadamente aquelas que dizem respeito com o programa pedagógico e com a política das instituições de ensino, o que fazer para mitigá-la?

Um início de resposta para as questões problemáticas aqui propostas deve arrancar, em primeiro lugar, de um exame de nossa circunstância histórica, segundo aquele método preconizado por Ortega y Gasset, que trata da *história como sistema*, encarando, portanto, os fatos referentes ao ensino jurídico não como dados presos a um determinado momento histórico, mas como elementos que se encadeiam no curso de uma existência e que servem como explicação do presente e como prognose do porvir. Afinal, como dizia o filósofo espanhol, a vida não é um puro *factum*, mas um *faciendum*; é vivida no gerúndio, sempre supondo aquilo

que já se fez, que se viveu. Em segundo lugar, a circunstância histórica é formada por situações complexas, de maneira que a identificação dos problemas do ensino jurídico nunca será possível com os olhos voltados apenas para aquilo que se passou *intramuros* (da universidade): temos de perpassar os olhos pelos fatores econômicos, políticos e sociais – que, em suma, constituem a circunstância histórica. Em terceiro lugar, e como premissa imbricada com as antecedentes, temos de ter bem assente o fato de que é necessário caminharmos com nossos próprios pés tanto em nível político-institucional como pessoal (de cada professor), para encontrar, portanto, soluções que se amoldem à nossa circunstância histórico-político-jurídico-econômico-social; e que tais soluções não são algo pronto e acabado, mas, antes, devem ter a pretensão de transcender no tempo sem serem eternas e de estar acima de determinadas querelas situadas no campo ideológico: numa palavra, devem implicar um corte oblíquo em relação à trajetória problemática que se arrasta por longo tempo, e, concomitantemente, estar em consonância com um referencial de nossa circunstância histórica (ou, como alguns preferem, devem estar em relação com a cadeia normativo-axiológica da sociedade). Será isso possível? Tentemos demonstrar.

2. Já de início, convém lembrar que o surgimento dos cursos jurídicos no Brasil obedeceu a uma lógica ditada pela emergência, sem antes termos passado pelo processo de amadurecimento dos estudos universitários, como se verificou na Europa medieval. Por lá, onde encontramos a matriz do meio acadêmico (que se quer como centro de produção de conhecimento), percebemos, no seu momento incipiente, com a criação da Universidade de Paris (1215), da Universidade de Bolonha (1214-1216), da Universidade de Tolosa (1229), da Universidade de Salamanca (1230) e da Universidade de Lisboa (1290), a hegemonia da igreja católica na divulgação do saber – o conhecimento gestado *intramuros* era impermeável às experiências da vida social e tinha na dogmática da igreja sua principal fonte; mas, no entanto, o que antes era destinado aos clérigos, passa pouco a pouco a também interessar aos filhos de burgueses, que acorrem a *universitas scholarum et magistrorum* na busca de um conhecimento geral e humanístico, aquele que para os escolásticos que descendiam da filosofia agostiniana equivalia à própria idéia de felicidade. Basta lembrarmos que inúmeros acadêmicos de toda a Europa dirigiam-se à Universidade de Paris para assistirem às aulas

de Tomás de Aquino, cuja visão ultrapassa as questões da teologia para aprofundar-se na filosofia (inclusive para pôr uma pá de cal na proscrição de Aristóteles, além de alargar os domínios filosóficos), na política e no direito. E logo, como bem sabemos pela experiência mais próxima de nós, o Estado vai paulatinamente substituindo o direito comum pelo direito *letrado*, estruturado em leis e interpretado por *legistas* saídos dos centros universitários, criando condições, dessa forma, para a academia, evoluir no sentido de preparar profissionais. Diga-se, aliás, que em Portugal esse novo viés da universidade é um contraponto em relação a outros centros de estudos, como os do judeus nas sinagogas, de onde saíam alguns colaboradores do monarca<sup>5</sup>. Do que se infere que a transição do direito costumeiro para o direito estatal acompanha, *pari passu*, a evolução do ensino universitário, que passa de generalista para um ensino voltado à formação de competências.

Aqui, entretanto, não tivemos qualquer universidade ao longo de todo o período colonial, mas somente escolas onde se dava a formação geral e teológica; quem podia, migrava para Coimbra (onde se estudava especialmente o direito canônico) e esta era a gente que representava *Intelligentsia* e que ditava a vida política nacional. Quando, então, ocorreu a independência, o Estado brasileiro encontrava-se despreparado para se auto-suster, especialmente porque os burocratas reinóis retornaram para a metrópole. Pouco havia de autenticamente nosso para ditar os rumos políticos do Estado que nascia. Somente a ingente necessidade de fundarmos cursos jurídicos modelados à portuguesa, com destinação prático-profissional. Tanto isto é verdade que o currículo era integrado pelos direitos das gentes, da diplomacia, criminal, civil e comercial e pela economia política. Tudo, como pretendiam os parlamentares, a modo de estabelecer um organismo político. Parecem-nos emblemáticas, a este respeito, as palavras do Senador Marquês de Caravellas, quando, em meio aos debates sobre o Projeto de Lei de criação dos cursos jurídicos, referiu:

[...] podemos já pressagiar que o Brazil, desde pouco tempo, possuirá não só bons magistrados e advoga-

---

5 Um notório predomínio dos centros de estudos da comunidade judaica em Portugal foi também causa, segundo Saraiva, do atraso no surgimento da primeira universidade portuguesa. Refere o historiador português que os monarcas já se serviam de colaboradores formados nas sinagogas. (cf. SARAIVA, José Hermano. *História de Portugal*. 5ª ed. S/l.: Publicações Europa-América, 1998, p. 118).

dos para a administração da Justiça e exercício do Foro, mas, também, grande copia de pessoas dignas, pelo seu conhecimento, de ocuparem os mais importantes cargos do Estado<sup>6</sup>.

Em suma, os cursos jurídicos instalaram-se no Brasil não como conseqüência de um amadurecimento do meio acadêmico – processo no qual se poderia passar dos estudos humanísticos para os de preparo profissional, que foi a via observada na história das universidades européias –, mas como evento da circunstância histórica (marcada pela carência não só de um meio acadêmico, mas, também, de uma *Intelligentsia* e de estrutura burocrática estatal), para prover, de forma emergencial, o Estado com gente capacitada para os negócios do poder político. Mas, ao lado disso, encontraremos um outro aspecto que, para estudiosos como Anísio Teixeira (quem, ao lado de Darcy Ribeiro, foi um dos mais combativos críticos de nosso modelo universitário, propugnando uma universidade nova e voltada para o estudo das questões nacionais), pode ser denominado como vício de nascença: trata-se do fato de termos contextualizado os estudos do direito na *universitas litterarum*. Estrutura de ensino que o mesmo Marquês de Caravellas pretendia, quando referiu, em outra passagem de seu discurso, que o projeto de criação dos cursos jurídicos poderia formar “um estabelecimento literário mais amplo”<sup>7</sup> no País. Por outras palavras, os estudos acadêmicos estariam antes direcionados ao conhecimento universal do que propriamente para o nacional; ou, no dizer de Anísio Teixeira, propendiam para uma “cultura geral e desinteressada”, voltada para o passado; constituindo um ambiente acadêmico mais preocupado com os estudos clássicos e com a história européia, do que com nossa realidade, tornando-nos, em conseqüência, “mais inseridos na verdadeira cultura ocidental e até antiga – latina e grega – do que em nossa própria cultura”<sup>8</sup>. É em razão dessa *grande alienação* (Anísio Teixeira) que constatamos ter sido o direito eclesiástico ensinado até o ano de 1895; que, embora o mundo ocidental estivesse a experimentar os novos ares do positivismo cientí-

6 *Apud* MONTORO, Franco. 150 anos de luta pela humanização da vida pública brasileira. *Revista de informação Legislativa*, Brasília, a. 14, n. 54, abr.-jun.. 1977, p. 2

7 *Ibidem, ibidem*.

8 TEIXEIRA, Anísio. Uma perspectiva da educação superior no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*. Brasília, v. 50, n. 111, jul./set. 1968, p. 21-82. Disponível em: <<http://prossiga.br/anisioteixeira/artigos/perspectiva.html>>. Acesso em: 6 jan. 2005.

fico, somente em 1972, quase cem anos após a proposta de Ruy Barbosa sobre a reforma do ensino jurídico, é introduzido o estudo de sociologia; que o direito romano torna-se objeto de uma das maiores polêmicas da política pedagógica, que se inclinava ora pela sua manutenção, ora por sua exclusão do currículo. Nenhuma grande ruptura vivenciada; nenhuma proposta verdadeiramente inovadora é verificada ao longo de muitos anos da história do ensino jurídico no Brasil, mas apenas um continuísmo e uma atitude conformista da política educacional.

Esses dois aspectos, que a bem da verdade podem ser categorizados como problemas-chave da história nacional do ensino superior<sup>9</sup>, atraem para sua órbita uma combinação de outros fatores não menos importantes e que constituirão o quadro problemático do ensino do direito, já há longa data debatido por estudiosos. O primeiro deles e que mais sensivelmente repercutiu em nossa cultura jurídica, está relacionado ao positivismo científico, que criou na universidade uma mentalidade impermeável em relação a qualquer outra forma de conhecimento que não seja passível de demonstração pelos métodos ditos científicos. Cava-se, então, um profundo fosso que separa o conhecimento comum do conhecimento científico, tornando-os inconciliáveis; e nesta tensão que ocorre entre os dois níveis de conhecimento, a lógica da universidade faz a *epistême* sobrepor-se à *doxa*. Isto é tão patente entre nós, que ainda soam de forma eloqüente as palavras escritas na última quadra do século XIX por Tobias Barreto, quem repele uma ultrapassada “mania filosofante”, que tantos danos causa ao “espírito científico”<sup>10</sup>. Talvez

---

9 Não apenas do ensino direito. Não se pode esquecer que a primeira universidade brasileira, a do Rio de Janeiro, foi criada, em 1920, em decorrência da circunstância política de então – costuma-se dizer, que foi criada “[...] como parte dos preparativos do Primeiro Centenário da Independência, a qual na realidade objetivava demonstrar *status* cultural ao Rei Alberto da Bélgica, que nesta ocasião visitava o país”. Mas houve a simples reunião de três escolas superiores, a do direito, a de medicina e a escola politécnica. Não havia, portanto, a idéia de integralidade no ambiente acadêmico, a reunião de *universitaires*, professores e alunos, para a formação do conhecimento, mas, *tout court*, um início esquemático de universidade. Cf. SCHAFRANSKI, Márcia Derbli. *Pedagogia no ensino superior*. Curitiba: Juruá, 2003, *maxime* p. 68 e ss. Por outro lado, segundo aponta Anísio Teixeira, o estudo geral e desinteressado não é problema exclusivo do curso de direito, mas pode bem ser identificado, *v.g.*, em outros cursos das ciências sociais.

10 BARRETO, Tobias. *Estudos de direito e política*. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1962, p. 22. O célebre jurista sergipano, professor da Faculdade de Direito do Recife, radicava suas posições doutrinárias no sociologismo e entendia, *v.g.*, que o fenômeno criminal decorria do *pathos* social, ao mesmo tempo em que excluía de suas

hoje já não se fale desse *espírito científico*, mas a mítica da cientificidade encontra-se fundamente arraigada na cultura jurídica. Sobretudo no que concerne ao invólucro do científico. Assim, a formação básica do acadêmico de direito está cada vez mais empobrecida daqueles estudos que conduziam à reflexão ontológica (e sobre o homem como ser ontológico) e o recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana, *v.g.*, tornou-se bordão para todo problema jurídico, sem que se atente, no entanto, para a sua extensão filosófico-ontológica (há um esvaziamento do sentido desse conceito, tornando-o banal e desvirtuado de seu valor); a roupagem dos trabalhos ditos científicos, tem quase tanta importância quanto o conteúdo da monografia de fim de curso; nesta linha, o entendimento de metodologia resume-se àquelas normas formais de produção bibliográfica, quando, então, o professor compraz-se em examinar a correção das normas da ABNT no trabalho do argüido; por outro lado, o acadêmico que ao longo dos cinco anos de curso pouco escreveu, vê-se obrigado a freqüentar aulas de metodologia científica e de projeto de monografia, como se só isso fosse suficiente para lhe dar arcabouço para a produção intelectual; daí que o monografista enfrente tantas dificuldades para escrever seu texto, apelando, muitas vezes, para os trabalhos de encomenda ou para o plágio que, via de regra, nem sempre são detectados – mas serão, ironicamente, satisfatórios para os professores examinadores apresentarem-se o caráter de cientificidade (ao menos a forma de cientificidade, pois que o conteúdo é, quase sempre, a reprodução do que já foi dito. Do aluno, nenhum aspecto crítico, nenhuma autêntica reflexão sobre a proposta problemática delineada no trabalho). E com isto, observamos o direito tornar-se hermético, impedindo que levemos em consideração o fato de que, em verdade, ele se estende por um amplo *universum*, em o qual cabem não apenas os conceitos normativos (as leis da ciência) extraídos através do método empírico, como também um largo campo humanístico; para além do sociologismo comteano (e tudo o mais que lhe sucedeu na sociologia), do psicologismo, da criminologia, da economia, subjaz o drama que é a vida do homem, muitas vezes insondável pela ciência, mas sempre presente, carecendo de meditação e de compreensão.

Isso, imbricado ao discurso do método cartesiano, acaba estabelecendo uma (indevida) lógica geométrica para o tratamento dos proble-

---

cogitações fatores endógenos do criminoso. Cf. a esse respeito BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000, *passim*.

mas do direito. Assim, opera-se em sala de aula um parcelamento do estudo do fato jurídico em matérias do direito, não permitindo que os atores do processo de ensino-aprendizagem lancem sobre as questões problemáticas um olhar inter-multi-transdisciplinar. Muito raramente se perceberá que o objeto do direito penal, *v.g.*, pode ter sua matriz (ou uma explicação) no segmento jurídico-constitucional; ou que o processo penal de um Estado de direito democrático está, *tout court*, atado a um sistema de direitos-garantias constitucionais e que tem sua gênese nos fenômenos puramente políticos estudados pela ciência política e pela sociologia política (tenha-se como exemplo a análise do *habeas corpus* como um dado político). Para além do mais, a firme crença na proposição do *cogito* cartesiano (*cogito ergo sum*) estabelece na racionalidade o princípio fundamental para o tratamento das coisas do direito, numa via que vai sempre do pensamento (a pré-compreensão) para as coisas e não o contrário, criando, assim, imensas dificuldades para a solução dos novos problemas que estão sempre a surgir.

Há um terceiro fator que, embora tenha repercutido por todo mundo ocidental logo em seguida ao momento em que se estabelece um divisor de águas entre o velho e o moderno modelo político – a deposição do *Ancien Régime* e a superveniente *Déclaration des Droits*, em 1789 –, foi há muito abandonado pela ciência jurídica, mas que, entre nós, parece ainda ter algum fôlego. Falamos do *legalismo*, que implica no *exegetismo* jurídico-legal. Ora, o século da iluminura propõe o positivismo científico como um ideal transformador (e para isso, a racionalidade e o empirismo levam vantagem sobre a *doxa*, uma vez que têm como suposto a garantia da certeza), ao passo que os homens da *Revolution*, inegavelmente contagiados por aquele ideal, assumem a tarefa de dar melhores contornos aos direitos (de liberdade). É, dessa forma, emblemático o mandamento inscrito no art. 4º da *Déclaration*, referindo que os limites da liberdade não podem ser determinados a não ser pela lei. É a idéia de liberdade legal que, no entanto, não está isolada de outros acontecimentos jurídicos. Então, ao redor da liberdade legal, temos, também, um ordenamento jurídico-legal civil, as prescrições dos limites de atuação do Estado, além dos direitos fundamentais positivados, o que, para um Joaquín Costa, parece ser absolutamente dispensável, uma vez que são naturalmente hauridos pelo homem<sup>11</sup>. Mas logo a seguir, um

11 COSTA, Joaquín. *El problema de la ignorancia del Derecho*. Barcelona: Manuel Soler Editores, 1901, p. 47. O jusfilósofo espanhol refere que “Estos derechos son inherentes

novo capítulo de grande peso é escrito na história do direito, o do *Code Napoléon*, de 1804, aquele Código Civil dos franceses que se pretendeu o mais completo de todos os ordenamentos (e a expressão total do direito). Era dele, afinal, que o julgador deveria arrancar as soluções possíveis para os problemas jurídicos, sem nunca poder reclamar obscuridade ou omissão de normas, sob pena de ser responsabilizado (art. 4º). É, nas palavras de Clavero<sup>12</sup>, a pretensão de que a norma jurídico-legal determine o próprio direito, ou, por outras palavras, a redução do direito à norma jurídico-legal. Mais. Trata-se do ambiente onde se cria a *école de l'exégèse*, a do *exegetismo*, fazendo com que a “Lição do professor [resuma-se] à leitura do Código”, e que “Os juristas agora passem a entender seu trabalho como comentário da codificação”<sup>13</sup>. Estado de coisas ainda observado entre nós, que temos na leitura e na interpretação das normas o método clássico de aprendizado.

3. Este quadro problemático, assim rapidamente desenhado, vem sendo denunciado há longo tempo. Ruy Barbosa já entendia necessária a reforma curricular, para que o direito fosse entendido à luz de outras matérias, como a sociologia. Anísio Teixeira verbera o ensino geral e desinteressado, mais voltado para a cultura europeia do que para a nossa. Darcy Ribeiro aponta para os problemas político-institucionais, estruturais e intelectuais de nosso modelo universitário. Mais recentemente, tanto a Comissão de Ensino da OAB<sup>14</sup> como a própria academia<sup>15</sup> têm acentuado alguns aspectos que acompanham a história do ensino jurídico desde sua criação, como o *exegetismo* jurídico-legal e a ambien-

---

á la persona individual, y se dicen naturales é ilegíslables por eso, porque existen por sí, como una de las cualidades constitutivas del ser humano, no dependiendo de la voluntad social ni estando, por tanto, en las facultades del Poder público desconocerlos, suprimirlos ó limitarlos [...]”.

12 CLAVERO, Bartolomé. *Institución histórica del derecho*. Madri: Marcial Pons, 1992, p. 94.

13 *Ibidem*, p. 96.

14 Cf. COMISSÃO DE CIÊNCIA E ENSINO (Paulo Luiz Neto Lobo; Roberto Armando Ramos de Aguiar; Álvaro Villaça Azevedo; Edmundo Lima de Arruda Júnior *et alli*). *Uma cartografia dos problemas. OAB – Ensino jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas*. 2ª ed. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996.

15 Cf. RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). *Ensino jurídico para que(m)?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

tação do direito na filosofia política liberal, contrastando com o moderno modelo constitucional. Diante disso, é de perguntar-se se existe, de fato, a propalada crise do ensino jurídico.

Ora, por crise entendemos a ocorrência *ex abrupto* de evento, capaz de causar uma ruptura na cadeia normal de acontecimentos; significa a eclosão de problemas de grandes dimensões, para os quais não se havia determinado qualquer providência antevista; ela relaciona-se, mesmo, com a impossibilidade disso, de estabelecer-se uma estratégia preventiva. O que ocorreu entre nós, portanto, não pode ser categorizado como crise, mas como o puro e simples amolecimento moral, de um lado, que impediu a reação contra o modelo exaurido de ensino (denunciado, como já dissemos, desde longa data) e, de outro, a falta de um planejamento político-institucional, que permitisse não apenas um exame acurado para o que ocorre dentro dos muros da universidade, como, também, o de verdadeira promoção do conhecimento jurídico (mais voltado para a formação da cultura jurídica que se auto-sustente do que com os interesses setoriais de certas vertentes políticas da universidade). Se hoje há o alarde de crise no ensino jurídico, é porque o conjunto de seus problemas está mais visível nos inúmeros cursos mal-estruturados (muitos sequer apresentando um projeto político-pedagógico), funcionando, via de regra, no período noturno, com matérias ensinadas ao longo de três horas corridas (maçantes para alunos e professores e que, por isso, se tornam pouco produtivas), por professores sem boa titulação acadêmica e pouquíssima experiência na área de investigação e bibliotecas paupérrimas. Mas isto é apenas a parte mais visível dos problemas, porque, em essência, os problemas de ensino são aqueles de sempre: a aula magistral é regra, com o professor falando sozinho, enquanto que os alunos, quando não estão a cochilar, tomam notas, mas quase nunca constroem um diálogo problematizante; o conteúdo é dogmático, o que se extrai dos manuais de direito, que não trafega por outras áreas (afinal, os autores são produtos desse sistema de aulas); nas avaliações, pouquíssimos espaços para o desenvolvimento de uma reflexão acadêmica, enquanto que a reprodução do conteúdo vale como máxima inquestionável; e esse acadêmico que passou cinco anos de sua vida universitária apenas a ouvir, terá imensas dificuldades quando estiver a escrever sua monografia e, seguramente, como futuro profissional do direito, não estará a compreender a dinâmica das tensões sociais. Enfim, os problemas do ensino nos cursos de direito são crônicos e contaminam

todo ciclo da cultura jurídica, de forma a que se perpetuem, tornando-se mais difícil uma possível solução. O que fazer então?

4. Antes de mais, parece necessário o delineamento de uma política educacional oficial, de longo alcance e sem compromissos corporativistas como, infelizmente, se tem observado nos últimos anos (pior que isso, com inegáveis matizes ideológico-políticos de alinhamento), para tratar as instituições de ensino privado. Não adianta praguejar contra o neoliberalismo que propiciou seu aparecimento em larga escala: as instituições privadas são uma realidade inarredável e, em certa medida, um avanço na democratização do ensino superior – desde que venham a ser corretamente orientadas e fiscalizadas. Caminhou neste sentido a reforma político-educacional introduzida pela Portaria n. 1886/94, de 30 de dezembro, do MEC, fazendo uma proposta de conformação do ensino jurídico ao atual momento constitucional, preocupando-se não somente com a alteração curricular, mas, também, com qualidade humana e material dos cursos jurídicos. Pretendia a observância de iguais condições de ensino para os cursos diurnos e noturnos, com um máximo de 4 horas diárias de atividades didáticas; exigia que os cursos oferecessem mais que aulas formais, adensando as áreas da pesquisa e da extensão, à guisa de possibilitar formação fundamental, sócio-política, técnico-jurídica e prática para o futuro bacharel; propunha uma ruptura com o clássico sistema aulista, já que os cursos passariam a destinar entre 5% e 10% da carga horária total para atividades complementares (pesquisa, seminários, simpósios, congressos etc.); obrigava à manutenção de biblioteca com acervo de 10 mil volumes; enfatizava o desenvolvimento de projeto pedagógico com dois eixos de formação, o fundamental (com introdução ao direito, filosofia geral e do direito, ética geral e profissional e política, incluindo teoria geral do Estado) e o profissional, com as disciplinas jurídicas; e, ainda, estabelecia que o curso jurídico tinha de estruturar áreas de concentração, visando a atender às vocações e demandas sociais e de mercado de trabalho. No entanto, parece-nos que logo em seguida ocorre um retrocesso em vários níveis da política educacional. Em primeiro lugar, a Medida Provisória n. 147, de dezembro de 2003, institui um sistema de avaliação das instituições de ensino muito mais flexível em relação ao que foi denominado de *provão*, estabelecido pela Lei n. 9.131, de 24 de novembro de 1995. Mais tarde, com sua transformação na Lei n. 10.861, de 14 de abril de 2004,

revoga-se o art. 4º, da Lei n. 9.131/95, desobrigando, portanto, o MEC de fazer uso dos resultados da avaliação, perdendo-se, aí, um bom mecanismo para a aferição do desempenho das instituições de ensino superior. Atualmente, em vez de examinar-se o universo de instituições, colhem-se dados por amostragem, o que, à evidência, não retrata de forma fidedigna a situação dos estabelecimentos de ensino. Para além do mais, os exames são realizados a cada três anos, enquanto que pelo antigo sistema a avaliação era levada a efeito anualmente. Em segundo lugar, a Portaria n. 1886/94, foi revogada pela Resolução n. 9, de 29 de setembro de 2004, instituindo, basicamente, novas diretrizes curriculares para o curso de direito. Não traz muitas novidades: repete as linhas ideológicas traçadas pela LDB (Lei n. 9.394/96), referindo, *v.g.*, sobre a necessidade de interdisciplinaridade e formação humanística. Mas, estranhamente, enfatiza a tradição positivista-legalista, quando refere sobre a interpretação do direito, pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência e doutrina e utilização da terminologia jurídica (art. 4º, inc. II, III, V). O pior, contudo, e que gerou não só inconformismo, mas acerba crítica da Comissão de Ensino Jurídico da OAB, reside em dois aspectos: a flexibilização do estágio, com a autorização de que seja cumprido em escritório de advocacia ou em outras instituições, sem que se criassem mecanismos de seu controle e a não estipulação da carga horária do curso, que resultou no interesse de algumas instituições de reduzir a duração do curso por elas ofertado<sup>16</sup>.

Em suma, ainda não se concretizou no Brasil uma política educacional coerente com o anseio de erradicarem-se os múltiplos problemas detectados no ensino jurídico, nem muito menos se vê uma planificação de tratamento daquilo que se pode considerar o calcanhar de Aquiles

---

16 Ao final do VII Seminário sobre Ensino Jurídico, realizado entre 3 e 5 de novembro de 2004, na capital mineira, a Comissão de Ensino Jurídico publicou a **Carta de Belo Horizonte**, demonstrando descontentamento com a situação dos cursos de direito, e com a Resolução n. 9/04, postulando, dentre outras coisas, uma educação integradora, de maneira a promover-se “[...] a articulação entre ensino, conhecimento e realidade”, para além de “[...] estimular o pensar como trabalho de reflexão; desenvolver a compreensão da interdependência dos saberes e propor a superação do círculo vicioso para o círculo virtuoso que reaproxima o conhecimento do Direito de suas formas éticas de ensino, em suas dimensões epistemológica, metodológica e técnica”. No trecho mais contundente, refere que “[...] não passaram despercebidos alguns aspectos negativos, como a flexibilização do estágio, e a excessiva contemplação de matérias no eixo fundamental, contrariando o anteriormente estabelecido [Portaria 1886/94]”. Cf. no site: <[www.oab.org.br](http://www.oab.org.br)>.

do ensino superior, a proliferação descontrolada de estabelecimentos no setor privado.

5. Se, no entanto, padecemos de uma política eficaz para o ensino do direito, há já uma tentativa de correção de rumo encetada pela Comissão de Ensino Jurídico, que se sub-roga no lugar do MEC para, ao publicar o rendimento de acadêmicos por instituição, possibilitar uma classificação dos cursos de direito em que fique estampado o desempenho deles. É um início. Mas muito mais se pode fazer para que, como dizia Ortega y Gasset em **Misión de la Universidad**, possamos caminhar com os próprios pés em direção à *nossa* solução e, quem sabe, impor, em sentido inverso, uma política educacional que parta da instituição e da sala de aula para ser assumida pelo poder político. Aliás, isso vem já sendo efetivado, há um bom tempo, por estudiosos da matéria que, de forma quase unânime, detectam no modelo de ensino tradicional – aquele caracterizado pela aula magistral (expositiva), em que o eixo central é não mais que a interpretação gramatical das normas legais – uma questão a ser vencida. Para uns, como San Tiago Dantas, isso se daria pela introdução do *case system* do sistema norte-americano, em que o professor priorizaria o estudo de casos, fazendo com que o aluno participe do processo de ensino e aprendizagem de forma ativa<sup>17</sup>. Para o civilista, seguindo este modelo, o professor propiciaria a capacidade de raciocínio jurídico em seu aluno. Para outros, como Caio Tácito, “O ensino do direito precisa se tornar *integrado* tanto no sentido da maior comunicação entre o estudo das disciplinas jurídicas afins, como especialmente pela preparação em disciplinas para-jurídicas colocadas no campo das ciências econômicas e sociais”<sup>18</sup>, ou seja, propõe que aulas sejam interdisciplinares, para além de situar o direito no vasto *universum* das ciências sociais. E há, por fim, um grupo de professores que trafegam entre o estabelecimento de uma *anarquia* no ensino jurídico, a modo de enterrar definitivamente a antiga relação entre *opressor* (professor) e *oprimido* (aluno), elevando o grau de participação do

---

17 DANTAS, F. C. de San Tiago. Educação jurídica e a crise brasileira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 159, a. 52, fasc. 623 e 624, p. 449-458, mai-jun 1955.

18 TÁCITO, Caio. *O desafio do ensino do direito*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 233, a. 67, fasc. 811-813, p. 327-331, jan-mar. 1971, p. 329.

aluno inclusive na programação das aulas, como defende Martínez<sup>19</sup>, e outros que simplesmente pregam uma total reforma não só curricular mas, também, em sala de aula, mesclando a interdisciplinaridade com a utilização de novos instrumentos surgidos com a tecnologia, como é o caso de Rodrigues<sup>20</sup>.

Todas são propostas, a nosso ver, válidas, mesmo que haja, em certa medida, algumas tintas ideológicas, quando se vinca, *v.g.*, toda a problemática no neoliberalismo ou quando se criam estigmas para alunos e professores. Trata-se da carga idiossincrática que forma a visão dos estudiosos e contra o que não se pode opor, pois, se há uma verdade indesmentível sobre o direito é a de que ele abarca um vasto, vastíssimo, campo de acontecimentos e do humanismo. Aliás, o professor que faz de sua prática de aula uma missão de fé expõe-se, confessa-se, mesmo não o querendo, e apresenta nas suas concepções sobre o direito toda sua mundividência. Só não pode tolher o pensamento do aluno. Ao contrário: deve fazer da troca de experiências com os alunos o momento fundamental do livre pensamento. Não importa tanto a metódica utilizada: alguns sentir-se-ão mais aptos ao diálogo e instigarão os acadêmicos à resolução de problemas; outros, podem partir do método indutivo, esmiuçando casos; outros, ainda, de cultura *jusumanista*, passearão pelas mais exóticas plagas do direito, para as associarem ao tópico de sua aula. Não importa o método que se escolha para empreender a caminhada em direção aos novos horizontes de ensino. O importante é dar os primeiros passos e fixar o ponto de chegada.

---

19 Cf. MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. *Pedagogia jurídica*. Curitiba: Juruá, 2002.

20 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico para que(m)?*, cit. p. 104.



# DISCRIMINAÇÃO RACIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Manoel Jorge e Silva Neto

*Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP  
Procurador do Ministério Público do Trabalho da Bahia*

## INTRODUÇÃO

Acabamos praticamente de ingressar no Século XXI e somos destinatários de grande número de inovações e avanços tecnológicos que reduzem as distâncias entre as pessoas, incrementam as formas de comunicação e proporcionam maior conforto à vida dos indivíduos de uma forma geral; já descobrimos a cura de diversas doenças que dizimaram populações inteiras no passado; o conhecimento vem se expandindo vertiginosamente por meio da *Internet*. Enfim, o quadro é bastante favorável em tema de possibilidades de destinarem-se ao indivíduo pós-moderno as transformações operadas pelo desenvolvimento tecnológico e pela globalização.

E sob o signo da globalização econômica muito se fez em termos de aproximação de desenvolvimento das tecnologias, a ponto de o termo “globalização” estar, como se diz coloquialmente, na “boca do povo”.

Tanto é assim que há alguns anos, após sair de loja localizada no centro de Salvador, fui surpreendido por um guardador de carros, que me mostrou um pequeno papel no qual se encontrava escrito: “taxa de vigilância”.

- “São três reais”, disse-me com ar grave...

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense  
v. 5, n. 13, set./dez. 2007 – Florianópolis – pp 45 a 61

- “Isso é um absurdo. Vocês estão abusando com essas cobranças”, retruquei.

- “É a globalização, doutor”, respondeu-me eloqüentemente.

E movido pela ignorância que constatei ao replicar o guardador de carro, recorri, com “as velas soltas da esperança” (como disse certa feita Ortega y Gasset), aos livros de Economia a fim de descobrir que estranha realidade era essa chamada globalização que todos sabiam o que significava, menos eu...

Mas, descoberto o significado da palavra, vi-me diante de realidade muitíssimo insólita: a mesma sociedade “aberta” para a globalização, para o estreitamento de laços entre os povos, para a destruição das fronteiras nacionais, para a conformação de comunidade internacional amparada no princípio de solidariedade, é a mesma, a mesmíssima, que, no contexto doméstico, reverbera uma das piores formas de tratamento do ser humano, que é a discriminação racial.

O Brasil, por exemplo, jacta-se por constituir-se numa “democracia racial” ...

Mas que espécie é essa de “democracia racial” quando se noticiam estatísticas nas quais negros e indígenas ocupam histórica e sistematicamente os mais humilhantes lugares da pirâmide social? Que “democracia racial” é essa que condena os negros brasileiros a reproduzirem os atuais indicadores sociais ao consolidar-se insidiosa resistência à política de quotas raciais nas universidades públicas? E que “democracia racial” é essa quando as empresas só contratam minorias raciais para o exercício de funções absolutamente subalternas no estabelecimento?

É assim que nós somos aqui no Brasil: proclamamo-nos “democratas raciais”; contudo, a nossa “democracia” e “desejo” de vida melhor para todos os grupos raciais só vai até o ponto em que nossos interesses não são atingidos...

Reproduzo diálogo que mantive recentemente com pessoa de inegável densidade intelectual:

- Oi, Manoel, tudo bem com você?

- Tudo bem! E você?

- Estou revoltada com a Universidade Federal. Minha filha conse-

guiu fazer 80% das provas e não foi aprovada no vestibular de Direito por causa do sistema de quotas...

Esta conversa revela muito mais do que a insatisfação de uma mãe pela reprovação de sua filha em vestibular de universidade pública. Revela convictamente comportamento do brasileiro médio e que se relaciona à atávica tendência fisiológica e egoísta de reduzir o mundo à *sua* família, ao *seu* emprego, ao *seu* salário, ao *seu* carro, à *sua* casa.

Parece-me, entretanto, que não haverá salvação para ninguém se todos, de modo indistinto, só pensam na solução dos próprios problemas...

E é dentro desse contexto que gostaria de tratar do tema “Discriminação Racial nas Relações de Trabalho”, fazendo, em primeiro lugar, exame das prescrições constitucionais que proscvem a discriminação racial ilegítima à luz do princípio constitucional da não-discriminação (art. 3º, IV e art. 5º, *caput*). Em segundo lugar, indicarei a experiência da Suprema Corte norte-americana no trato da questão racial no âmbito da relação de trabalho em virtude da notável jurisprudência daquela Corte no particular. Em terceiro lugar, pretendo promover estudo de caso a respeito de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Trabalho no Estado da Bahia e com fundamento em preceito constitucional estadual destinado a coibir a discriminação racial nas relações de trabalho.

## **2 DISCRIMINAÇÃO RACIAL, RELAÇÕES DE TRABALHO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Seja qual for a constituição que se deseje estudar – a brasileira, a argentina, a canadense, a norte-americana –, um fato salta aos olhos e que descreve a sua substância: a constituição é o texto da solidariedade.

Embora seja verdade dizer que a Constituição de 1988 é o estatuto jurídico dentro do qual foram disciplinadas questões da mais alta importância para a organização do Estado brasileiro, como a previsão de eleições, duração dos mandatos, competências das unidades federativas, organização das funções estatais legislativa, executiva e judiciária, intervenção federal e tantas outras disposições da ordem, o

art. 1º, III, e a sua referência à dignidade da pessoa humana funciona como cláusula de advertência para a circunstância de que, não obstante seja a Constituição o texto que disciplinará as relações de poder, o que mais importa, em suma, é colocar a serviço do ser humano tudo o que é realizado pelo Estado.

Não fosse assim, se imaginássemos uma organização estatal fleumática, soberba e indiferente às demandas dos indivíduos, teríamos de aceitar passivamente a tese de que o Estado é um fim em si mesmo e não um meio ao atingimento de finalidades que, em último grau, contemplam a melhoria das condições de vida das pessoas.

Convictamente, “o Estado não é fim do homem; sua missão é ajudar o homem a conseguir o seu fim. É um meio, visa à ordem externa para a prosperidade comum dos homens”.<sup>1</sup>

Ora, aqui e em qualquer lugar do mundo, ninguém conscientemente e em adequado uso de suas faculdades mentais poderá dizer que se respeita a dignidade da pessoa humana ao mesmo tempo em que trabalhadores são discriminados em razão da cor da pele.

É eloqüente a determinação constitucional acerca da proscrição às práticas discriminatórias fortuitas, conforme a dicção do art. 3º, IV: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - (...); IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Logo, o Princípio Fundamental referido no art. 1º, III (dignidade da pessoa humana), aliado ao objetivo fundamental descrito no art. 3º, IV, da Constituição Federal, é absolutamente obstativo de práticas discriminatórias ilegítimas que tenham por critério o atributo racial do trabalhador.

E mais: o art. 5º, *caput* também enuncia que “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza”, enfatizando a necessidade vedarem-se práticas discriminatórias ilegítimas.

Por sua vez, no âmbito dos direitos sociais trabalhistas, o art. 7º, XXX determina que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão

---

1 Cf. Ataliba Nogueira. *O Estado é um Meio e Não um Fim*. p. 113.

por motivo de sexo, idade, *cor* ou estado civil”.

Como se vê, não será por falta de prescrições constitucionais específicas que se deixará à própria sorte os trabalhadores que habitualmente sofrem discriminação de cunho racial no contexto das relações de trabalho.

Pode ser até por ausência de conhecimento de como aplicar a Constituição, de como extrair-lhe o efeito concreto que atualmente tanto se defende...

E é por isso que é necessário esclarecer que, em tema de estudo da ontologia das normas constitucionais, é possível afirmar que todos os preceptivos existentes no sistema constitucional ou são *normas-regra* ou são *normas - princípio*, de acordo com a conhecida classificação propugnada por Ronald Dworkin.

“Normas-regra” são aquelas disposições constitucionais que se submetem à aplicação atada ao clássico e mais que conhecido processo de subsunção, vale dizer: ou a norma é válida e encontra-se apta à regulação do fato da vida a ela subsumido, ou a norma é inválida ou não se encontra apta à disciplina da circunstância da vida em razão de o fato não estar subsumido ao preceito normativo. É o denominado sistema do “tudo-ou-nada” relativamente à aplicação da norma. Muitos exemplos de normas constitucionais que são “normas-regra” podem ser apontados, como é o caso dos dispositivos que descrevem as competências dos entes federativos ou dos diversos órgãos judiciais brasileiros.

De contraparte, há as chamadas “normas-princípio”, que não se submetem ao processo de subsunção tradicional, mas sim ao de *ponderação*.

E por quê? Simplesmente à conta de existirem diversas normas-princípio aptas à solução do problema normativo-constitucional, tornando imprescindível que o intérprete promova o devido *balanceamento* ou *ponderação* entre as disposições constitucionais, tudo a fim de que, à luz do princípio de interpretação constitucional denominado *concordância prática* ou *cedência recíproca*, não se alcance conclusão dirigida a proteger um bem constitucionalmente tutelado à custa total do bem que lhe é contraposto.

Além disso, quando se cogita de divisão das normas constitucionais em “normas-regra” e “normas-princípio”, é conveniente reconhecer

que o processo no qual se encontra atualmente imersa a constituição conduz a mudanças de expectativas científicas precisamente em torno à ciência que se ocupa do seu estudo, que é o direito constitucional, determinando-se que os *princípios constitucionais* tenham força normativa e vinculante para o julgamento dos casos concretos. É o aparecimento, com toda a força, do *Neoconstitucionalismo*.

Com efeito, à constatação de Karl Larenz que “ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas não é senão uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas”, pondera Robert Alexy que essa idéia caracteriza um dos pontos ganhos em que há unanimidade dos juristas na discussão da metodologia contemporânea, pois em grande número de casos a decisão jurídica que finaliza uma disputa judicial, e amparada em enunciado normativo singular, não se segue logicamente das formulações das normas jurídicas, quer porque i) a linguagem normativa é imperativa; ii) há possibilidade de conflito entre normas; iii) há casos que demandam regulamentação jurídica, eis que não cabem em qualquer norma já existente; e, iv) há possibilidade de decisões que contrariem a literalidade da norma.<sup>2</sup>

A nova dimensão a ser necessariamente impingida à interpretação das leis mais se impõe no campo do direito constitucional em virtude do elevado número de normas-princípio, que não se amoldam a procedimento interpretativo atado a um sistema “tudo-ou-nada”, bem assim em razão da *textura aberta* das normas constitucionais, nos dizeres de Herbert Hart.

É que durante longo período, mesmo após a consolidação dos movimentos constitucionais modernos, invariavelmente buscou-se resposta para os problemas constitucionais por meio do recurso a uma teoria normativo-interpretativa da constituição.

E o atrelamento absoluto ao conteúdo dos enunciados lingüísticos previstos nas constituições é conseqüência da utilização de uma teoria normativa para a interpretação constitucional.

Quando, no entanto, percebeu-se que a constituição, no âmbito do sistema jurídico, possui caracteres específicos relativamente a outros diplomas legais (por exemplo, a inevitável e mais forte ainda vinculação a fatores extranormativos de natureza política, social, econômica etc.),

---

2 Cf. Robert Alexy, *Teoria da Argumentação Jurídica*, pp. 33/34.

concluiu-se também que os tradicionais processos de interpretação da lei não seriam suficientes para apresentar satisfatória solução para os problemas constitucionais. Quando a constituição – como é o caso da brasileira de 1.988 – contempla a solução de controvérsias por meio de instrumentos de autocomposição dos conflitos (acordos e convenções coletivas de trabalho, por exemplo – art. 7º, XXVI), estimulando os intérpretes informais à assunção da responsabilidade decisória, reduzindo significativamente a intervenção do Estado e alterando o modo de formação do direito; quando as normas constitucionais consolidam a democracia participativa (plebiscito, referendo e iniciativa legislativa popular), tornando indispensável a energia dos cidadãos a fim de que se afigure um efetivo Estado democrático, a interpretação constitucional só pode ser realizada adequadamente a partir do reconhecimento do liame fatal entre as realidades constitucional e extraconstitucional.

O Neoconstitucionalismo pretende a superação do Positivismo Jurídico em sede de interpretação constitucional.

Podem ser indicados os seguintes caracteres do Neoconstitucionalismo : a) opõe-se energicamente ao Positivismo Jurídico; b) apresenta proposta de hermenêutica constitucional com nova concepção de norma jurídica, do problema das fontes do direito e dos métodos de interpretação; c) defende a máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente as de cunho social; d) entende o direito como instrumento de transformação da realidade física, ao invés de converter-se em simples reproduzidor desta realidade.<sup>3</sup>

No âmbito interpretativo, os caracteres do Neoconstitucionalismo podem ser sintetizados nas seguintes formulações : a) princípios *versus* normas – Com isso defende-se que o ordenamento jurídico não se compões somente de normas, senão de normas e princípios; b) ponderação *versus* subsunção – Diante da existência de princípios, exige-se teoria interpretativa distinta da clássica subsunção, quando, malgrado a antinomia entre eles, devem ser sopesados mediante o juízo de ponderação; c) Constituição *versus* independência do legislador – Significa dizer que a norma constitucional deve funcionar, sempre, como um guia ao legislador a partir e com fundamento no qual promove as suas escolhas políticas quando da edição de lei; d) juízes *versus* liberdade do legisla-

---

3 Cf. Johnson Barbosa Nogueira. *Neoconstitucionalismo e Efetivação dos Direitos Sociais*. p. 6.

dor – Ultrapassada que está a técnica da subsunção diante da presença de princípios constitucionais (ou normas-princípio), ao juiz impõe-se o encargo de contígua adequação da lei às prescrições constitucionais.<sup>4</sup>

Enunciadas as diretrizes teóricas do Neoconstitucionalismo, é chegado o momento de aproximar o tema da discriminação racial nas relações de trabalho.

E, assim, de pronto, alcança-se ilação segundo a qual, mesmo ante a ausência de lei em sentido material e formal que determine a contratação de trabalhadores negros, é absolutamente possível impor-se a admissão de tais trabalhadores com base nas normas constitucionais que impedem a discriminação ilegítima do empregado negro.

Deveras, normas-princípio que são, tais enunciados constitucionais devem ser concretizados, máxime tendo em vista que se impõe atualmente ao juiz o encargo concretizador dos princípios constitucionais.

Conseqüentemente, é atécnica e pueril contingente defesa formulada em processo judicial iniciado com o propósito de contratação de trabalhadores negros que se formula com base no art. 5º, II, da Constituição e escorada na idéia de que não há lei a prever explicitamente a indigitada contratação.

Pode até não haver lei, mas há a Constituição...

E, como visto, a Constituição de 1988, por seus princípios constitucionais, foi enfática ao determinar a proibição de práticas discriminatórias ilegítimas e dirigidas contra trabalhadores negros, indígenas, asiáticos etc.

Observe-se, contudo, que estou referindo *sempre* à impossibilidade de perpetrarem-se desequiparações ilegítimas e fortuitas com base no critério racial, valendo destacar, por conseqüência, que podem existir hipóteses nas quais o empregador encontra-se autorizado a consumir a discriminação, porquanto é ela *legítima*.

Como se dá?

Ocorre quando subsiste fato da vida a consentir a prática discrimi-

---

4 Cf. Susanna Pozzolo, *Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional*,. pp. 340/342.

minatória.

Exemplo: determinado proprietário de empresa vê-se diante da situação de promover empregado ou empregada para dirigir a filial da empresa em Jihad, Arábia Saudita.

Pergunta: Sobre quem recairá a promoção? Resposta: Evidentemente será promovido o *empregado*.

Pergunta: Foi *ilegitimamente* discriminatória a decisão empresarial? Resposta: Evidentemente que não em virtude de a mulher, no sistema árabe e por força de prescrições religiosas islâmicas, não estar autorizada a trabalhar.

O mesmo raciocínio deve ser empreendido quando se cogita de discriminação racial nas relações de trabalho.

Há, porventura, hipóteses de discriminação *legítima* em tratando-se de opção presa ao critério racial?

Não tenho dúvida em responder afirmativamente.

Imagine-se, por exemplo, a contratação de trabalhadores para o desenvolvimento de atividade inerente à cultura afro-brasileira, como para dançar *Samba de Roda*, lutar *Maculelê* ou *Capoeira*.

Seria admissível que o empresário contratasse exclusivamente pessoas da raça negra para o exercício de tal atividade?

Mais do que admissível, creio que seria vital para o próprio prosseguimento do objeto empresarial, desde que se tornaria estranho deparar-se com asiáticos em animado *Samba de Roda* ou mesmo germano-descendentes com rosadas bochechas lutando *Capoeira* ou *Maculelê*...

Inversamente, tome-se por exemplo a belíssima festa anual realizada no Estado de Santa Catarina, a denominada *Oktober Fest*, com as suas bandas típicas, animadas e representativas da cultura germânica.

Seria ofensivo à cláusula constitucional que protege o indivíduo contra a discriminação ilegítima limitar o universo dos músicos àqueles que ostentem traços preponderantemente germânicos?

É claro que não há ofensa alguma, desde que todas as pessoas, visitantes ou catarinenses da gema, estranhariam muito o fato de as bandas serem compostas de músicos negros. Haveria de perguntar-se: substituíram as bandinhas pelo *Olodum* da Bahia?

Como se vê, subsistem hipóteses nas quais são reprovadas práticas discriminatórias quando não consentidas por situação da vida; porém, noutras, autoriza-se, sem maiores discussões, em virtude de a realidade física invariavelmente determinar se opere a discriminação.

### 3 DISCRIMINAÇÃO RACIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

É notável a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana em tema de proteção contra a discriminação racial.

Embora no final do Século XIX tenha a Corte adotado o entendimento inerente à *Separate-But-Equal Doctrine* (“separados, mas iguais”), consolidando durante algum tempo a idéia de que a segregação entre brancos e negros era legítima, desde que proporcionados idênticos direitos aos cidadãos, como ocorreu em *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537, 16 S. Ct. 1138, 41 L.Ed. 256 (1896)), posteriormente reviu de modo radical o entendimento para concluir acerca da inconstitucionalidade de qualquer comportamento, de órgãos públicos ou privados, que se atrelasse à legitimidade da doutrina dos “separados mas iguais”.

Foi o que restou decidido no importantíssimo e histórico caso *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483, 74 S.Ct. 686, 98 L.Ed. 873 (1954)), quando a Suprema Corte, além de rever a decisão adotada no Caso *Plessy*, assumiu a dianteira nos Estados Unidos e praticamente impôs a edição da Lei dos Direitos Cívicos e Políticos pelo Congresso norte-americano em 1964.

Assim, é necessário destacar que a Suprema Corte dos Estados Unidos conta com extenso repertório de decisões nas quais se discute a existência de prática discriminatória legítima e ilegítima.

Questões relacionadas à discriminação contra a mulher, idoso e pessoa com deficiência no recinto da relação de trabalho são bastante comuns nos julgamentos daquela Corte.

Contudo, a ênfase, aqui, é no estudo das decisões que examinaram as ocorrências de discriminação racial nas relações de trabalho.

Nesse passo, registre-se que a Suprema Corte deparou-se com

rumoroso caso de discriminação racial. Foi em *Griggs v. Duke Power Co.* (*Supreme Court of the United States*, 1971. 401 U.S. 424, 91 S. Ct. 849, 28 L.Ed.2d 158).

A empresa possuía cinco setores distintos: a) Operação; b) Manutenção, c) Laboratório e Teste; d) Manejo de Carvão; e) Mão-de-Obra.

O problema consistia no fato de que trabalhadores negros somente eram contratados para o departamento de mão-de-obra, no qual os maiores salários eram menores que os piores pagos aos trabalhadores dos demais departamentos, que só continham empregados brancos.

Em 1955, a empresa instituiu a exigência de conclusão do ensino médio para a contratação de qualquer trabalhador, exceto para o departamento de mão-de-obra. Além disso, adotou-se o mesmo requisito para a hipótese de transferência de trabalhadores do departamento de mão-de-obra para qualquer outro.

A decisão da Suprema Corte foi amparada na Lei dos Direitos Civis e Políticos de 1964, sustentando ainda que fora provado que empregados não-concluintes da formação educacional mínima exigida pela empresa ou que não tinham se submetido a testes para transferência de departamento continuavam a desenvolver satisfatoriamente o trabalho e a progredir nos departamentos para os quais se exigia a referida formação educacional.

Concluindo, o Juiz Burger salientou que nada na Lei proibia o teste de conhecimento, sendo óbvia a sua utilidade. O que o Congresso proibiu foi a utilização desses testes a não ser que fossem eles desengadamente uma medida razoável para aferir o desempenho no trabalho. O Congresso não determinou que os menos qualificados fossem preferidos em detrimento dos mais qualificados, tendo em vista exclusivamente o fato de pertencerem a minorias raciais. O Congresso impôs que o teste realizado pela empresa devia examinar a pessoa para o trabalho e não a pessoa de forma abstrata.

Outro caso digno de registro foi *St. Mary's Honor Center v. Hicks* (*Supreme Court of the United States*, 1993. \_\_\_ U.S. \_\_\_, 113 S. Ct. 2742, 125 L.Ed.2d 407).

Nesse caso, após diversas alterações no âmbito da gerência da empresa, o empregado negro Melvin Hicks passou a ser sistematicamente advertido por meio expedientes do seu chefe, culminando com

suspensão de cinco dias em virtude de descumprimento de normas da empresa pelos subordinados ao empregado Hicks (!).

O empregador, no entanto, afirmara que a questão racial não possuía relevância alguma, pois houvera repreendido e dispensado o trabalhador exclusivamente em razão de conduta inadequada assumida dentro do estabelecimento empresarial.

É inevitável reconhecer que esses casos integram o rol dos *hard cases*, principalmente ante a dificuldade de obtenção de prova da prática discriminatória ilegítima.

E foi exatamente em linha de desoneração da responsabilidade empresarial ante a ausência de prova que se pronunciou a Suprema Corte dos Estados Unidos, concluindo que o Tribunal não teria nenhuma autoridade para impor a reparação por dano moral ao empregador em virtude das alegas práticas discriminatórias a não ser que uma circunstância pudesse demonstrar que a empresa houvera discriminado ilegalmente.

Todavia, o que parece correto concluir é que, se o trabalhador aduz a existência de causa discriminatória ilegítima para a sua dispensa ou mesmo para a perda de direitos trabalhistas, o empregador deve apresentar fundamento que contradiga a tese obreira e que se relacione a motivo não-discriminatório. Assim, por exemplo, se o empregado vem a juízo e diz que foi discriminado em razão do critério racial, a empresa deve articular na contestação que o motivo para a dispensa ou redução de direitos trabalhistas nenhuma relação teve com a questão de gênero.

Além disso, todas as hipóteses de discriminação racial – e por que não dizer, todas as situações que envolvam discriminação no emprego – estão aptas a determinar natural inversão do ônus da prova, especialmente porque não haverá circunstância na qual o empregador, *sponse sua* e deliberadamente, ponha-se em linha de afirmação de que discriminou o empregado porque ele era negro.

#### 4 A JUSTIÇA DO TRABALHO, O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E A DISCRIMINAÇÃO RACIAL

Como referido inicialmente, apresentarei estudo de caso relacionado a ações civis públicas propostas no Estado da Bahia.

Assim, em virtude de participação no Seminário de Inclusão de Trabalhadores Negros no Mercado de Trabalho, ocorrido em 22 de outubro de 2003, com denúncia de parte das entidades representativas do movimento negro, segundo a qual não se promovia, no Estado da Bahia, a contratação de modelos negros, foi instaurada a Representação n. 456/03.

Na antedita Representação, com amparo no art. 8º, VII, da LC n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), foram expedidas diversas notificações recomendatórias, tudo com o propósito de fazer com que as empresas investigadas promovessem a contratação de modelos negros, como, inclusive, determina de forma incondicional o art. 289 da Constituição do Estado da Bahia.

Malgrado as diversas Notificações encaminhadas às agências de modelo localizadas no Estado da Bahia, somente duas comprovaram a contratação: *Bee Produções, Modelos e Manequins* e *Cast Models*.

Outro tema tratado na ação foi a natureza do interesse ofendido.

No específico caso tratado, não pude afastar indagação cuja relevância era indiscutível, até mesmo para determinar a legitimidade do órgão agente e a competência da autoridade jurisdicional: que espécie de interesses foram ofendidos ao recusarem-se as agências à contratação de modelos negros, conforme obrigação que deflui do art. 289 da Constituição do Estado da Bahia?

Tratavam-se de interesses individuais, coletivos, difusos?

Indiscutivelmente, individual não é. O desrespeito aos comandos constitucionais não atinge o empregado individualmente considerado.

Seriam coletivos os interesses transgredidos?

A resposta, de modo semelhante, é negativa. A conduta empresa-

rial não vulnera o direito de eventuais empregados das agências, mas de todo e qualquer trabalhador negro que, em atendendo aos requisitos para o exercício da função de modelo, não fora contratado.

Conclui-se, nesse passo, ser difuso o interesse ofendido, na linha da conceituação engendrada pelo art. 81, I, do Código de Defesa do Consumidor: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Convictamente, era de natureza difusa o interesse cuja tutela judicial foi perseguida pelo Ministério Público do Trabalho, fundamentalmente porque se mostrara impossível delimitar, no universo do mercado de trabalho, quais eram os trabalhadores negros que atendiam aos requisitos para o exercício da função de modelo nas empresas acionadas.

O mais interessante das ações foi a referência ao comando dos arts. 286 e 289 da Constituição da Bahia.

O art. 286 acentua que “a sociedade baiana é cultural e historicamente marcada pela presença da comunidade afro-brasileira, constituindo a prática do racismo crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da Constituição Federal”

Prescreve, por sua vez, o art. 289 do Texto Constitucional estadual: “Sempre que for veiculada publicidade estadual com mais de duas pessoas, será assegurada a inclusão de uma da raça negra”.

Não se poderia esgrimir dúvida acerca da auto-aplicabilidade da norma constitucional estadual.

Com efeito, ensina José Afonso da Silva, amparado nas idéias de Thomas Cooley, que as normas auto-executáveis são preceitos constitucionais providos de regra suficiente, por meio da qual o direito assegurado pode ser exercido e protegido e a obrigação imposta exigida, imediatamente (1998, p. 87).

Com evidência, se o dispositivo constitucional baiano impõe a presença de modelo negro sempre que for veiculada publicidade estadual com mais de duas pessoas, impõe a obrigatoriedade de contratação de tais trabalhadores pelas agências.

E a obrigação de cunho trabalhista referente à contratação de modelos negros resulta simplesmente do comando auto-operativo criado pelo legislador constituinte decorrente, máxime porque não é diferida a eficácia à eventual edição de regra ulterior.

Então, com base na irrecusável eficácia plena da norma constitucional estadual, foram expedidas novas intimações às agências de modelos do Estado da Bahia, a fim de que, no improrrogável prazo de 10 (dez) dias, informassem se celebraram contrato com entidade pública ou agência de publicidade contratada pelo Poder Público.

Com efeito, quer seja no tocante ao empregado portador de deficiência, negro, asiático, homossexual, enfim, todos os que, pela condição existencial ou opção sexual, são vítimas de discriminação antes, durante e no término da relação de emprego, é absolutamente necessário instalar-se um ambiente apto tanto à tolerância quanto à diversidade.

E foi este o propósito da ação civil pública intentada pelo Ministério Público do Trabalho: sedimentar a cultura da diversidade e a auto-estima dos trabalhadores e pessoas negras na Bahia, especialmente porque a visibilidade decorrente das campanhas publicitárias com inserção de modelos negros provoca autêntico soerguimento da auto-estima racial.

Quanto ao pedido, requereu o Ministério Público do Trabalho a condenação das empresas à contratação de um modelo negro, do sexo masculino ou feminino, incluindo-o (a) em todas as campanhas publicitárias que contassem com mais de um modelo, conforme acentua o art. 289 da Constituição do Estado da Bahia, impondo-se, na hipótese de descumprimento da obrigação de fazer, multa liminar diária (§ 2º do art. 12 da Lei n. 7.347/85 e §§ 3º e 4º do art. 84 da Lei n. 8.078/90) à ordem de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), valor a ser revertido ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador, *ex vi* do art. 11, V da Lei n. 7.998/90 e atualizado pelo mesmo índice utilizado para correção dos créditos de natureza trabalhista.

Também foi requerida a condenação, a título de dano moral difuso, à ordem de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), valor a ser revertido ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador, *ex vi* do art. 11, V da Lei n. 7.998/90.

O Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, ao julgar uma das

ações propostas, concluiu pelo provimento parcial ao recurso ordinário do Ministério Público para impor a contratação, mas não para condenar a empresa ao pagamento do dano moral postulado.

## 5 CONCLUSÃO

Após trazidas considerações a respeito da discriminação racial nas relações de trabalho, concluo com as palavras carregadas de emoção, sentimento e brasilidade do genial Darcy Ribeiro:

Nós, brasileiros, somos um povo em ser, impedido de sê-lo. Um povo mestiço na carne e no espírito, já que aqui a mestiçagem jamais foi crime ou pecado. Nela fomos feitos e ainda continuamos nos fazendo. Essa massa de nativos oriundos da mestiçagem viveu por séculos sem consciência de si, afundada na *ninguendade*. Assim foi até se definir como uma nova identidade étnico-nacional, a de brasileiros. Um povo, até hoje, em ser, na dura busca do seu destino. Olhando-os, ouvindo-os, é fácil perceber que são, de fato, uma nova romanidade, uma romanidade tardia mas melhor, porque lavada em sangue índio e sangue negro.

## BIBLIOGRAFIA

ATALIBA NOGUEIRA, J.C. *Esto é Meio e Não Fim*. São Paulo: empresa Gráfica Revista dos Tribunais, 1940.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law – Principles and Policies*. New York: Aspen Publishers, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

NOGUEIRA, Johnson Barbosa. *Neoconstitucionalismo e Efetivação dos Direitos Sociais*. Trabalho de Conclusão da Disciplina Teoria da Constituição do Curso de Doutorado em Direito da Universidade Federal da Bahia.

ORTEGA E GASSET, José. *O Homem e a Gente*. Rio de Janeiro: Livro Ibero Americano, 2ª edição, 1973.

POZZOLO, Susanna.

RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro – Formação e Sentido do Brasil* São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 3ª edição, 1998.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2ª edição, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e o Contrato de Trabalho*. São Paulo: LTr. Editora, 2005.

TUSHNET, Mark V. *Brown v. Board of Education – The Battle for Integration*. New York: New York Public Library, 1995.



# DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: DESAFIOS PARA O GOVERNO ELETRÔNICO NO BRASIL

Hélio Santiago Ramos Júnior

*Mestrando em Engenharia e Gestão do Conhecimento EGC/UFSC*

*Assistente de Procuradoria de Justiça do*

*Ministério Público de Santa Catarina*

## RESUMO

Este estudo propõe-se a dissertar sobre alguns dos principais desafios para o governo eletrônico no Brasil com ênfase nos obstáculos sociais e legais para a sua implementação. Pretende-se também destacar a inclusão digital como um direito fundamental na sociedade da informação e comentar algumas iniciativas de inclusão digital a partir da reciclagem de máquinas caça-níqueis. Por último, desenvolve-se uma reflexão sobre a democracia eletrônica no país, a partir da proteção dos direitos fundamentais na sociedade da informação para o desenvolvimento do governo eletrônico, o qual deve ter como foco central o cidadão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Governo eletrônico. Democracia. Direitos fundamentais.

## INTRODUÇÃO

Há diversos desafios para a construção do governo e democracia eletrônicos no país, dentre eles, um dos mais significativos é a neces-

cidade de assegurar a participação dos excluídos neste processo, pois é justamente esta participação que confere legitimidade ao governo, fazendo com que este seja um Estado Democrático de Direito.

Entretanto, este é apenas um dos obstáculos pelos quais o governo eletrônico terá de enfrentar. Há vários outros desafios que também devem ser observados visando a uma reflexão aprofundada sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação (TICs) pelos cidadãos e sua relação com o governo.

O fenômeno do governo eletrônico traz consigo muitas perspectivas que podem ter reflexo positivo tanto na redução da burocracia das instituições públicas com uma maior eficiência na prestação de serviços e atendimento ao cidadão, quanto no próprio fortalecimento da cidadania, incentivando a sua participação na tomada de decisões políticas, tornando, assim, o governo mais legítimo e democrático.

Por outro lado, não se pode olvidar que a sociedade da informação é também a sociedade do risco na qual o ideal de governo eletrônico e o discurso da inclusão digital podem ser utilizados dentro de uma abordagem descontextualizada que privilegia interesses de determinados grupos em detrimento da coletividade.

Desta forma, este trabalho pretende discutir o governo eletrônico no país e os seus desafios a partir de uma ótica jurídica, levando em consideração, simultaneamente, a defesa do sistema democrático e a supremacia dos direitos fundamentais.

## **1 DESAFIOS PRELIMINARES PARA O GOVERNO ELETRÔNICO BRASILEIRO**

O governo eletrônico pode ser estudado a partir de três dimensões conforme o seu envolvimento com os demais atores sociais, ou seja, a partir da relação do governo com o cidadão; sua relação com demais entidades públicas e órgãos governamentais; e, por fim, relacionando-se o governo também com o setor privado.

Para fins de conceituá-lo, pode-se descrevê-lo como sendo

uma infra-estrutura única de comunicação com-

partilhada por diferentes órgãos públicos a partir da qual a tecnologia da informação e da comunicação é usada de forma intensiva para melhorar a gestão pública e o atendimento ao cidadão. Assim, o seu objetivo é colocar o governo ao alcance de todos, ampliando a transparência das suas ações e incrementando a participação cidadã (ROVER, 2005, p. 55).

Além da transparência e da publicidade, há o princípio da eficiência administrativa que foi inserido no caput do art. 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 19/98 e que serve de argumento para justificar a informatização e modernização da Administração Pública e o desenvolvimento do governo eletrônico.

Neste sentido, o princípio da eficiência permite adequar a Administração Pública à realidade social brasileira, com a finalidade de *“revigorar o movimento de atualização do direito público, para mantê-lo dominante no Estado Democrático e Social, exigindo que este último cumpra efetivamente a tarefa de oferecer utilidades concretas ao cidadão, conjugando equidade e eficiência”* (MODESTO, 2000, p. 75).

Observa-se que um dos desafios preliminares para o governo eletrônico é o de reduzir a burocracia na Administração Pública o que pode ser atingido a partir da prestação de serviços com maior eficiência e qualidade como, por exemplo, através do acesso a portais governamentais de fácil acesso e compreensão por parte do cidadão.

Sobre este assunto, é pertinente a observação de Christianne Coelho de Souza Reinisch Coelho (2007), em palestra por ela proferida no Primeiro Encontro Ibero Latino Americano de Governo Eletrônico e Inclusão Digital, no dia 28 de junho de 2007, ao salientar que embora o governo em rede seja complexo em sua organização e estrutura, não pode ser complexo para o cidadão nem para a própria Administração Pública, quanto ao conhecimento da organização e treinamento do uso das TICs.

Para Luiz Fernando Martins Castro,

os governos devem conhecer a si próprios. Curiosamente, isso não ocorre hoje em dia, principalmente quando diferentes setores de uma mesma

estrutura administrativa se dão ao luxo, ou se permitem, desperdiçar tempo e recursos humanos, realizando tarefas em duplicidade, de maneira redundante, e o que é mais grave, muitas vezes contraditórias (CASTRO, 2006, p. 332).

Entretanto, estes problemas podem ser solucionados através da implementação de uma adequada política de gestão de conhecimento nas organizações governamentais.

Aponta-se aqui, como exemplo, o procedimento adotado pela Coordenadoria de Recursos Humanos do Ministério Público de Santa Catarina (MPSC), onde durante muito tempo houve diversas críticas quanto ao mau gerenciamento desta coordenadoria, seja em relação à duplicidade de informações ou quanto ao excesso de setores detentores de dados contendo informações desatualizadas. Esta situação, no entanto, começou a mudar a partir do momento em que se reconheceu que as atividades desenvolvidas pela área de Recursos Humanos poderiam ser facilmente realizadas através do uso das tecnologias da informação, percebendo a importância de criar-se um sistema integrado de informações que permitisse a consulta dos dados funcionais em tempo hábil e com maior segurança acerca da alimentação do sistema. Assim, “a solução proposta foi a implementação de um programa integrado, que desenvolvido pelos próprios funcionários do Ministério Público, asseguraria as peculiaridades administrativas da organização, a baixo custo” (PACHECO, 2002, p. 68).

Neste aspecto, o uso das tecnologias da informação, na medida em que contribui para a construção de sistemas integrados de informações, pode facilitar significativamente a gestão do conhecimento, contribuindo para maior eficiência na administração pública.

Retornando aos demais desafios do governo eletrônico na sociedade da informação, cumpre fazer referências a Fernando Galindo (2007), que aponta para a existência de obstáculos sociais e legais para a implementação do governo eletrônico. Quanto aos obstáculos sociais, ele destaca os seguintes: problemas de liderança, restrições financeiras, exclusão digital, participação, falta de confiança, escassa flexibilidade na organização do trabalho e defeituoso desenvolvimento técnico. Já em relação aos obstáculos legais, a própria existência do direito administrativo já seria um problema dentre outros, tais como: a regulação da

autenticação e identificação, direito de propriedade intelectual, privacidade e proteção de dados, transparência e reutilização da informação do setor público.

De fato, há questões culturais que certamente deverão ser enfrentadas pelo governo eletrônico, principalmente tendo em vista a realidade da sociedade brasileira na qual há uma desconfiança quanto ao uso das TICs e uma certa resistência quanto ao uso da tecnologia de forma impositiva, evidentemente mais nítida entre a parcela da população excluída da sociedade da informação.

## **2 NOVO PARADIGMA E NOVOS DESAFIOS: CONFLITOS DE INTERESSES NO GOVERNO ELETRÔNICO**

Há um novo paradigma nesta sociedade da informação o qual estamos vivendo, que é evidenciado por Alain Touraine ao trazer a visão de que o conceito de modernidade opõe-se à idéia de uma sociedade que seria seu próprio fundamento, sua própria legitimidade. Para o autor, “ela [a modernidade] afirma, ao contrário, que a sociedade não existe senão porque reconhece e defende a existência de fundamentos não sociais da ordem social” (TOURAINÉ, 2006, p. 60).

Em outras palavras, a concepção de sociedade na Europa Ocidental era vista não como um meio, mas como um fim em si mesma. É por isso mesmo que o modelo europeu de sociedade decompõe-se de forma acelerada e, na atualidade, percebe-se uma crise de representação das forças políticas em relação aos atores sociais.

Destacam-se, assim, dois princípios da modernidade que são de natureza não social: 1) a crença na razão e na ação social; 2) e o reconhecimento dos direitos do indivíduo, ou seja, a afirmação de um universalismo que concede a todos os indivíduos os mesmos direitos, sejam quais forem seus atributos econômicos, sociais ou políticos.

Esse paradigma estaria consubstanciado no fato de que “a idéia de modernidade, pelo contrário, traz em si uma tensão insuperável entre, por um lado, a razão e os direitos dos indivíduos e, por outro, o interesse coletivo” (TOURAINÉ, 2006, p. 89). É justamente dentro deste conflito de interesses que está inserido o governo eletrônico.

Segundo Antonio Carlos Wolkmer, “é a partir da modernidade ocidental que se deve configurar a criação do sujeito individual, capaz de, ao estabelecer livremente um contrato gerador da sociedade política, legitimar racionalmente direitos subjetivos de liberdade e igualdade” (WOLKMER, 2005, p. 12). Este autor defendeu a necessidade da humanização das tecnologias ao comentar, na qualidade de mediador, sobre o uso das TICs na sociedade da informação durante Primeiro Encontro Ibero Latino Americano de Governo Eletrônico e Inclusão Digital que aconteceu nos dias 27 e 28 de junho de 2007, no auditório do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC.

De um lado, há o interesse da coletividade, representado pelos “nós”, tanto pelos “nós” da rede, quanto pelos “nós” como sujeitos deste processo, como atores sociais defensores do governo eletrônico como uma ideologia política para a modernização da administração pública e prestação de serviços públicos de forma mais eficiente e principalmente no tocante ao atendimento das necessidades dos administrados e de toda a coletividade, mas a inclusão digital muitas vezes fica apenas no discurso político e muito pouco na prática, deixando-se de lado os problemas sociais do país como se isto não tivesse nada a ver com o governo eletrônico.

Por outro lado, há os interesses individuais de cada cidadão cujos direitos sociais e fundamentais devem ser assegurados para que a Constituição Federal não vire letra morta. Salienta-se que estes sujeitos são representados não apenas pelos excluídos da sociedade e que estão à margem do governo eletrônico, mas também pelo individualismo de cada um, eis que o interesse particular pode opor-se ao interesse coletivo, sendo difícil renunciar a tais direitos em prol da coletividade e submeter-se a aceitar decisões políticas, por exemplo, que impliquem em prejuízo a nosso próprio interesse, mas que sejam em benefício do bem comum.

José Carlos Vaz define muito bem um dos principais objetivos do governo eletrônico ao mencionar que “o que se pretende é uma modernização da administração pública que transforme as relações entre Estado e sociedade e vincule a eficácia e a eficiência da ação das ações de governo à afirmação de direitos coletivos de cidadania”. (VAZ, 2003, p. 2).

Evidentemente, é preciso conciliar o interesse da coletividade com

o interesse de cada indivíduo, sendo este talvez o papel do chamado *mínimo ético* e, conseqüentemente, também apresenta-se como um desafio para o governo eletrônico na sociedade da informação.

### 3 A INCLUSÃO DIGITAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Nos dias hodiernos, a inclusão digital que envolve o direito de acesso à Internet apresenta-se como fundamental na sociedade da informação, pois a inclusão digital configura-se como um requisito necessário para o exercício pleno da cidadania.

Assim, pode-se dizer que o acesso à Internet constitui um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal, conforme interpreta Hartmann (2007):

O direito ao acesso à Internet representa uma garantia do indivíduo de respeito de sua esfera particular, na medida em que viabiliza a identificação dos dados pessoais que sobre ele circulam e são armazenados, decorrência do direito fundamental a proteção de dados pessoais ou direito a liberdade informática. Na mesma linha, caracteriza direito contra o Estado e particulares, pois efetiva o direito a liberdade de expressão. Ainda, representa uma garantia contra o Estado ao permitir o controle da atuação do mesmo, através da realização daquilo que é postulado pelo princípio da publicidade.

Neste sentido, Luiz Carlos Cancellier de Olivo já tinha observado que “o exercício do controle social sobre a atuação dos agentes públicos em uma Sociedade da Informação será mais eficaz quanto maior for o número de pessoas conectadas à rede de computadores” (OLIVO, 2004, p. 179).

Há projetos que estão sendo desenvolvidos com o objetivo de fomentar a inclusão digital direcionados para atender os alunos da rede pública de ensino. Alguns destes consistem em reciclar máquinas caça-níqueis, que, ao invés de serem destruídas, podem ter uma destinação

social adequada.

No Estado de Santa Catarina, destaca-se, por exemplo, a iniciativa do Projeto de Reciclagem de Microcomputadores que tem como principais objetivos: contribuir para educação da comunidade em torno das novas tecnologias; reciclar e/ou recondicionar e transferir equipamentos computacionais; contribuir para a geração de espaços para a informação, formação, capacitação e difusão da cidadania em torno das novas tecnologias; e a difusão do software livre (SILVA, 2007).

Uma vez que a finalidade de destruir as máquinas caça-níqueis é tão somente para evitar que elas voltem a operar, deve-se buscar atender a este objetivo de forma eficiente, dando a estas uma destinação social ao invés de determinar a sua simples destruição, já que seus componentes (monitor, driver e inclusive o teclado da máquina) podem ser aproveitados para fins sociais relevantes.

Por uma questão de bom senso e compromisso social, antes de determinar a destruição de máquinas caça-níqueis, deve o juiz verificar a possibilidade de tais máquinas serem encaminhadas para organizações confiáveis que desenvolvam projetos voluntários de reciclagem de microcomputadores com o compromisso de doarem os mesmos em perfeitas condições de uso e inclusive com softwares educativos para auxiliar na educação e inclusão digital dos alunos de instituições de ensino da rede pública.

As máquinas caça-níqueis podem ter uma destinação mais apropriada à medida em que forem utilizadas para reciclagens de microcomputadores a serem doados para escolas públicas, promovendo, assim, a inclusão digital. No entanto, para que esta realidade seja viável, é preciso divulgar tais iniciativas, sendo importante também firmar parcerias que contribuam para a implementação de projetos desta natureza.

Desta forma, há uma grande iniciativa de inclusão digital que está sendo desenvolvida em Santa Catarina. Trata-se do projeto Rede Piá (Projeto Reciclagem Digital Educativa Pró-Infância e Adolescência) que visa justamente à conversão de máquinas caça-níqueis em computadores com a inclusão de programas educativos para ajudar na formação de crianças e adolescentes da rede pública escolar.

Trata-se de um projeto que conta com a parceria do Ministério Público de Santa Catarina, por intermédio do Centro de Apoio Opera-

cional da Infância e Juventude (CIJ) e do Centro de Apoio Operacional Criminal (CCR), do Governo do Estado, da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), da Associação Catarinense das Fundações Educacionais (ACAFE), composta por 16 instituições, e da Associação de Mantenedoras Particulares de Educação Superior de Santa Catarina (AMPESC), que abrange 49 instituições; caracterizando-se certamente como uma das maiores iniciativas de inclusão digital no Estado de Santa Catarina.

#### **4 DEMOCRACIA ELETRÔNICA E A SUPREMACIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O governo eletrônico surge com a promessa de fortalecer a democracia. Fala-se então em democracia eletrônica. Entretanto, muito se questiona se esta democracia deveria continuar sendo representativa ou permitir uma participação mais efetiva do cidadão, através de uma democracia direta como idealiza Paulo Bonavides (2004, p. 31).

Na realidade, percebe-se que os atuais discursos sobre inclusão digital e governo eletrônico estão em sua grande maioria preocupados tão somente em inserir os cidadãos neste sistema apenas para obter a pretendida legitimação social. Não obstante, é importante lembrar que não se pode falar em democracia em um país onde não estão sequer garantidos os direitos sociais fundamentais estabelecidos constitucionalmente.

Há pela frente um longo debate que apenas está no seu início: trata-se de discutir qual seria a melhor forma de governo na era da informação: a democracia em Aristóteles ou a aristocracia dos sábios defendida por Platão? Talvez nenhuma das duas! Esta é uma discussão que não se pretende aprofundar neste momento, mas que se comenta apenas para evidenciar o renascimento desta questão a partir do fenômeno do governo eletrônico e para enfatizar a necessidade de consolidar os direitos do cidadão.

De fato, é importante analisar as formas de governo na sociedade da informação, mas não a partir da busca pela forma de governo mais interessante para manter a ordem e garantir o progresso da nação, mas principalmente visando a identificar a forma de governo que melhor

assegure a supremacia dos direitos fundamentais do cidadão, a qual, salvo melhor juízo, continua sendo a democracia.

Mas qual democracia? Em um país como o Brasil, percebe-se que não há como sustentar uma democracia elitista ou representativa, porque a primeira não é sequer democrática e a segunda, por sua vez, encontra-se em crise atualmente. Portanto, a única alternativa viável é promover uma democracia eletrônica que seja realmente participativa e democrática.

Não há democracia quando se pretende que o exercício da cidadania seja exercido efetivamente apenas por uma parcela da população, pois ainda que a população seja formada em sua predominância por pessoas de pouca escolaridade, a ignorância do povo não pode servir como justificativa nem como pretexto para impedi-los de participar do processo democrático e de exercer a sua cidadania de forma plena, sendo abominável qualquer pretensão no sentido de limitar esta participação.

Nas sábias palavras do jurista José Afonso da Silva,

a democracia não precisa de pressupostos especiais. Basta a existência de uma sociedade. Se seu governo emana do povo, é democrática; se não, não o é. A sociedade primitiva fora democrática. A sociedade política – estatal – passara a não ser. Por isso, nesta a democracia pressupõe luta incessante pela justiça social. Não pressupõe que todos sejam instruídos, cultos, educados, perfeitos, mas há de buscar distribuir a todos instrução, cultura, educação, aperfeiçoamento, nível de vida digno (SILVA, 2003, p. 128).

Portanto, depreende-se que a democracia eletrônica somente justifica-se se forem garantidos os direitos fundamentais, tais como a inclusão digital, para que seja possível construir uma sociedade da informação que seja livre, justa e igualitária, atendendo a este que é um dos nobres objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e para que isto aconteça, o governo eletrônico deve ser direcionado para o cidadão e para o bem comum de toda a coletividade, assegurando os direitos básicos para que esta democracia eletrônica seja possível.

## CONCLUSÃO

Há diversos desafios para o governo eletrônico na sociedade da informação, mas, certamente, um dos mais importantes será manter-se firme aos seus ideais, promovendo a inclusão digital e fortalecendo o processo democrático, ampliando a participação do cidadão neste processo e não reduzindo ou limitando a sua influência nas tomadas de decisões políticas.

O governo eletrônico somente poderá salvar a democracia mediante o uso das tecnologias da informação e da comunicação, se for capaz de promover a inclusão digital para permitir a todos, ou a grande maioria, participar deste processo para que este realmente seja democrático. Caso contrário, a democracia estará apenas no discurso.

Por último, insta salientar que a democracia mantém forte vínculo com a garantia dos direitos fundamentais, pois todo o poder emana do povo e a finalidade de outorga deste poder aos representantes políticos é justamente para que sejam concretizados os objetivos constitucionalmente estabelecidos na Carta Magna que passam pela garantia de tais direitos, pois a inclusão digital pressupõe a inclusão social, assegurando a todos um mínimo ético, ou seja, condições essenciais para que o indivíduo possa desenvolver-se plenamente na sociedade da informação, como um ator social importante por meio do exercício da sua cidadania.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, P. *A Constituição aberta*. 3.ed. São Paulo:Malheiros, 2004. 526 p.

CASTRO, L. F. M. *Do Governo Eletrônico à Ciberdemocracia*. In: BLUM, R. M. S. O.; BRUNO, M. G. da S.; ABRUSIO, J. C. *Manual de Direito Eletrônico e Internet*. São Paulo: Lex Editora, 2006. pp. 325-337.

COELHO, C. C. de S. R. *Governo em rede*. Palestra ministrada no Primeiro Encontro Ibero Latino Americano de Governo Eletrônico e Inclusão Digital. Florianópolis, 2007.

GALINDO, F. *Obstáculos para la implantación del gobierno electrónico*. Palestra ministrada no Primeiro Encontro Ibero Latino Americano de Governo Eletrônico e Inclusão Digital. Florianópolis, 2007.

HARTMANN, I. A. M. *O acesso à Internet como direito fundamental*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br>>. Acesso em: 6 dez. 2007.

MODESTO, P. *Notas para um debate sobre o Princípio da Eficiência*. In: *Revista Interesse Público*, n. 7 jul/set. São Paulo: Notadez, 2000. pp. 67-75.

*MPSC debate parceria com universidade para converter máquinas caça-níqueis em computadores*. Disponível em: <<http://www.mp.sc.gov.br>>. Acesso em: 11 dez. 2007.

PACHECO, S. M. *Tecnologia da Informação e Processo de Mudança na Organização Pública: uma avaliação na Coordenadoria de Recursos Humanos do MP/SC*. Universidade do Sul de Santa Catarina. Florianópolis, 2002.

PLATÃO. *A República*. Trad. de J. Guinsburg. 2.ed. São Paulo: DIFEL, 1973. 238 p.

*Projeto de inclusão digital em SC transformará máquinas caça-níqueis em computadores*. Disponível em: <<http://www.mp.sc.gov.br>>. Acesso em: 11 dez. 2007.

ROVER, A. J. *Governo eletrônico: uma introdução*. In: *Anais da II Conferência Sul-Americana em Ciência e Tecnologia Aplicada ao Governo Eletrônico*. Ijuris: Florianópolis, 2005. pp. 53-64.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 878 p.

SILVA, J. B. da. *Projeto de Reciclagem de Microcomputadores*. Disponível em: <<http://rexlab.unisul.br/file.php/1/Apresentacao1.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2007.

VAZ, J. C. *Perspectivas e desafios para a ampliação do governo eletrônico nos municípios brasileiros*. In: *Seminário Internacional Governo Eletrônico e Governo Locais*. Brasília, 2003.

WOLKMER, A. C. *O Direito como expressão da natureza cósmica: Sófocles, Aristóteles e Cícero*. In: WOLKMER, A. C. (Coord.). *Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente*. Barueri: Manole, 2005. pp. 1-14.

# COTAS PARA ALUNOS NEGROS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS INCLUSÃO OU DISCRIMINAÇÃO?

Neusa Maria Coelho Sabbá Guimarães

*Assistente Social*

*Pós-graduada em Educação Inclusiva – UCB/IESDE Brasil*

## SUMÁRIO

Introdução - 1 A história da universidade - 1.1 O surgimento da universidade - 1.2 Decadência e florescimento da universidade - 1.3 A universidade no Brasil - 1.4 A crise nas universidades - 1.5 A crise universitária na visão de Darcy Ribeiro - 1.6 A crise universitária na visão de Anísio Teixeira - 1.7 A crise universitária na visão de Paulo Freire - 2 A política de cotas para negros - 2.1 O início - 2.1 O surgimento das cotas - 2.3 A política de cotas no Brasil - 3 Crítica à atual política de inclusão - 3.1 Princípios Constitucionais - 3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana - 3.1.2 Princípio da universalidade - 3.1.3 Princípio da igualdade - 3.2 Conformação da política educacional ao sistema constitucional - 4 Considerações finais - 5 Referências bibliográficas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Negros. Cotas. Crise. Universidade.

## RESUMO

Este artigo é resultado de um trabalho de pesquisa desenvolvido no Curso de Pós-graduação de Educação Inclusiva na UCB/IESDE BRASIL e refere-se à análise atual do fenômeno de crise no ensino superior brasileiro, identificando aquelas causas que mais se incompatibilizam com a normatização ético-jurídica, assente, principalmente na Constituição, referida à democratização do acesso às escolas superiores, enfocando, como ponto axial, a moderna política de criação de cotas de inclusão de negros. Como é sabido, o ensino universitário passa por uma grave crise, que bem poderíamos subdividir em três pontos essenciais: 1. a crise metodológica, concernente à abordagem do processo ensino-aprendizagem, em sala de aula (e que, em boa verdade, encontra fundas raízes em outros níveis de educação formal); 2. a crise institucional, que podemos vincular à falta de um projeto político pedagógico coerente com o novo momento jurídico-constitucional brasileiro; e 3. a crise relacionada a um ideal democrático de maior inclusão.

Objetiva-se um aprofundamento, um estudo do complexo fenômeno da crise do ensino superior, especificando as causas que dificultam a democratização do acesso no ensino superior e analisar se o Projeto de Lei que institui cotas para negros atende aos princípios da igualdade material, da universalidade e da dignidade da pessoa humana.

## INTRODUÇÃO

O tema desta monografia refere-se à análise atual do fenômeno de crise no ensino superior brasileiro, identificando aquelas causas que mais incompatibilizam se com a normatização ético-jurídica, assente, principalmente, na Constituição, referida à democratização do acesso às escolas superiores, enfocando, como ponto axial, a moderna política de criação de cotas de inclusão de negros. Como é sabido, o ensino universitário passa por uma grave crise, que bem poderíamos subdividir em três pontos essenciais: 1. a crise metodológica, concernente à abordagem do processo ensino-aprendizagem, em sala de aula (e que, em boa verdade, encontra fundas raízes em outros níveis de educação formal); 2. a crise institucional, que podemos vincular à falta de um

projeto político pedagógico coerente com o novo momento jurídico-constitucional brasileiro; e, 3. a crise relacionada a um ideal democrático de maior inclusão.

Este tema interessou-nos de forma especial, por ser de todo extremamente palpitante, uma vez que envolve acerba polêmica que vem ganhando foros diversos dentro e fora do mundo acadêmico. O assunto já não dirá mais respeito tão somente ao corpo burocrático do Ministério da Educação, mas chama para o campo de debate os educadores, dirigentes de estabelecimentos de ensino universitário e a própria comunidade brasileira, que se defronta com uma proposta política nova e, a bem da verdade, dissonante em relação à nossa índole.

Nossa monografia será, assim, uma contribuição para o adensamento do debate acadêmico em torno das questões atinentes à crise do ensino universitário e, principalmente, sobre as tentativas de políticas oficiais de inclusão.

Objetiva-se um aprofundamento, um estudo do complexo fenômeno da crise do ensino superior, especificando as causas que dificultam a democratização do acesso ao ensino superior e analisar se o Projeto de Lei que institui cotas para negros atende aos princípios da igualdade material, da universalidade e da dignidade da pessoa humana.

O trabalho monográfico realizou-se através de uma investigação eminentemente bibliográfica.

## **1 A HISTÓRIA DA UNIVERSIDADE**

### **1.1 O SURGIMENTO DA UNIVERSIDADE**

Para uma análise do atual estado de política educacional da universidade brasileira, haverá, necessariamente, de fazer-se uma incursão no plano histórico em que se enquadra o ensino superior no país. Parece-nos que o estudo sobre a implementação da democratização na área da educação, em atendimento ao que está fundamentalmente arraigado no espírito social brasileiro, bem como consolidado em normas pragmáticas da Constituição, não pode prescindir desta busca histórica, mesmo que de forma perfunctória. Para nós, a relação de causa e efeito do atual

estágio problemático do ensino superior tem de ser relacionada com a história do estabelecimento dos cursos superiores no país. Começamos, então, a nossa incursão.

Foi na Idade Média que a instituição da universidade, representando uma grande inovação, estruturou-se como uma corporação de professores e alunos, entregues ao descobrimento da verdade, do conhecimento, tendo sua origem por volta dos séculos XI e XII. O próprio termo "*universitas*", do qual deriva universidade, tem este significado de totalidade, conjunto de professores e estudantes. A universidade unifica a cultura europeia, chegando a seu ápice no século XIV, tornando-se mais tarde uma das grandes forças conservadoras do mundo. A universidade tinha conseguido unificar o seu pensamento ocidental, mas não conseguiu acompanhar as exigências da sociedade, que se encaminhava para a transformação científica.

A Universidade de Paris, unindo-se à Teologia, à Filosofia, fazendo assim a obra intelectual dos séculos XII, XIII e XIV, marcou o florescimento da universidade medieval. Pretendeu-se como um centro de formação de conhecimento no estilo da academia grega, por isso mesmo atraindo grandes nomes da inteligência medieval, estes ligados à igreja católica. Daí o estreito vínculo entre a universidade e o estilo de formação de conhecimento típico dos monastérios, que produziu um Tomás de Aquino, talvez dos grandes nomes daquela universidade. Ao mesmo tempo em que para a cidadela universitária ocorriam grandes nomes, também para lá, logo juntaram-se estudantes de todos os recantos da Europa. Foi o período que, segundo a análise de TEIXEIRA (1968), floresceu uma escola universitária com aquele objetivo de buscar e formar conhecimento.

A universidade começa a difundir-se pela Europa, surgindo um centro universitário em Bolonha, Valença e Salamanca-Espanha e em seguida, no ano 1290, em Lisboa. Conforme SARIVA (1998), em toda esta fase incipiente poderemos distinguir, como características dos centros universitários, uma firme e estreita ligação com a igreja católica, o ensino generalista e universal e uma crescente absorção dos licenciados pelos governos, de forma a aí aparecer uma das modernas características do ensino superior, que é a de formação profissional.

## 1.2 DECADÊNCIA E FLORESCIMENTO DA UNIVERSIDADE

A universidade da Idade Média era profissional, preparava o clérigo, o legista e o médico. Era utilitária e transmitia o conhecimento existente, mas buscava-se a nova universidade como a de Pitágoras, que ensinava a matemática e a ciência. Mas a nova universidade que começava a aparecer, com a Universidade de Humboldt, Universidade de Berlim, cuja metodologia serve de modelo às universidades atuais do mundo, não se reflete no Brasil.

No século XVIII, período de intensa renovação intelectual, a sociedade entra numa fase de transformação e essa universidade encontra-se em decadência. Decadência essa iniciada no século XV, quando a universidade, segundo novamente a lição de Teixeira, abandona o modelo de Academia de Platão para buscar apenas o conhecimento passado: há, nesse período, pouca preocupação com os estágios civilizacional e cultural presente e futuro, engessando-se o ensino no conhecimento clássico do passado. Essa universidade, do início da Idade Média era como a Academia da antiguidade, que buscava o conhecimento e não apenas comentar o conhecimento passado. No final da Idade Média, a universidade decadente lembrava a academia dos sofistas, onde se ensinava retórica, regras do pensamento humano, ou com a escola de Pitágoras, com suas matemáticas. Já a universidade dos Sofistas, lembrava a universidade do final da Idade Média, ensinava retórica, as regras do pensamento humano, e na própria Grécia encontramos Pitágoras, com a Matemática e a Ciência. Somente no início do século XIX é que se opera, em Berlim, com Humboldt, a renovação da universidade, que será o modelo contemporâneo.

É na Alemanha que a universidade, após atingir seu ápice na Idade Média, entra em decadência, mas em virtude das transformações sociais, renascendo na busca da verdade, da investigação e pesquisa, ou melhor, na criação de um conhecimento novo, dedicado à ciência.

A sociedade estava em transformação. A pesquisa retornaria a essa universidade, jogando-a para o futuro, descobrindo o conhecimento. Toda a Inglaterra vai à Alemanha buscar o renascimento científico.

### 1.3 A UNIVERSIDADE NO BRASIL

Criada na cidade de Curitiba, Paraná, em 1912, a primeira universidade brasileira é oficializada pela Lei Estadual n. 1.284. Faziam parte desta instituição as faculdades de Direito, Engenharia, Odontologia, Farmácia, e Comércio, porém, o Governo Federal, através do Decreto-lei n. 11.530, de março de 1915, determinava que escolas superiores fossem abertas em cidades com mais de 100.000 habitantes e, na época, Curitiba não tinha esta população, deixando, assim, a universidade do Paraná de ser reconhecida como tal, o que efetivamente ocorreu em 1946. Em 7 de Setembro de 1920, pelo Decreto-Lei n. 14.343, foi oficialmente a primeira universidade brasileira, no Rio de Janeiro, com o objetivo de dar ao Rei Alberto da Bélgica, que visitava o país na época, o título de doutor *honoris causa*. Conforme SCHAFRANSKI (2003 p.68), esta universidade não passou da agregação de 3 escolas superiores existentes no Rio de Janeiro, ou seja, as faculdades de Direito, Medicina e a Escola Politécnica, servindo de modelo para várias outras. Sendo regulamentada a sua criação somente em 1931 e tendo como principal inovação a criação de faculdades de educação ou filosofia, ciências, letras, para funcionarem como formadoras de professores para o ensino secundário, em grande quantidade e bem equipados de instrumentos pedagógicos, mas com centros de pesquisa científica com um número restrito de pesquisadores de alto nível. Estas duas tarefas contraditórias jamais foram resolvidas. A maioria das universidades restringiram-se somente à primeira função, destacando-se a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo à dedicação de pesquisas científicas. Deste modo, à guisa de síntese, podemos afirmar que a nossa universidade, nos momentos iniciais, muito se identifica com o paradigma universitário europeu da Alta Idade Média.

Com a criação do Ministério da Educação em 14 de Novembro de 1930, com o nome de Ministério da Educação e Saúde Pública, dá-se o período de estruturação de políticas educacionais. As principais medidas tomadas por Francisco Campos, primeiro Ministro da Educação, na pasta da Educação e Saúde Pública datam de abril de 1931. Nesta ocasião foi assinado um decreto que afirmava ser preferível o sistema universitário ao das escolas superiores isoladas e que estabelecia, como exigência para a fundação de uma universidade, a existência de três

unidades de ensino superior – as Faculdades de Direito, Medicina e Engenharia ou, no lugar de uma delas, a Faculdade de Educação, Ciência e Letras. Outra medida importante foi a reforma do ensino secundário.

Com a demissão de Francisco Campos, assume Gustavo Capanema, que chefiou o Ministério da Educação por um longo período, de 1934 a 1945. Foi marcante a presença de intelectuais de nomeada, neste período, junto ao ministro, como consultores, formuladores de projetos, defensores de propostas educativas ou autores de programas de governo. Projetos iniciados na gestão de Francisco Campos, foram amadurecidos e implementados, entre eles a reforma do ensino secundário e o grande projeto de reforma universitária, que resultou na criação da Universidade do Brasil, por lei oriunda do Poder Legislativo em 05 de julho de 1937. Hoje a Universidade Federal do Rio de Janeiro, herdeira da Universidade do Brasil, dava continuidade à antiga Universidade do Rio de Janeiro, criada na década de 1920 como uma reunião das escolas superiores existentes na cidade. Ao ser criada, a Universidade do Brasil reuniu 15 escolas ou faculdades que receberam a denominação de “nacionais” e 16 institutos, além do Museu Nacional. Com a criação desta universidade, o governo pretende implantar no País um padrão nacional de ensino superior e estabelecer um sistema que controlasse a qualidade deste ensino. Com a reforma universitária, que teve início em 1965, a Universidade do Brasil transformou-se na universidade Federal do Rio de Janeiro. Seu objetivo principal era transformar-se em Universidade Nacional, modelo e padrão das demais instituições de ensino superior do país, não podendo ser autônoma.

Ao Ministério da Educação, caberia a tarefa de propor legislação, definindo o conteúdo de seus cursos, os títulos que poderia outorgar e os procedimentos a serem seguidos. A legislação do Ministro Gustavo Capanema, permitia a existência ou criação de universidades estaduais e privadas, além da universidade nacional, este modelo deveria ser obedecido por todos e caberia ao Conselho Nacional de Educação velar por estes interesses, supervisionando o sistema educacional do país. A Universidade do Brasil por pouco tempo deixa de ser modelo e passa a fazer parte, entre tantas outras, de uma rede de universidades federais. Porém, permanece a idéia de um modelo único a ser fiscalizado e controlado pelo governo federal. A sedimentação da universidade brasileira decorre, essencialmente, no período aqui mencionado, pouco se alterando, em termos estruturais, de lá para cá.

A maioria das instituições universitárias latino-americanas sofrem da síndrome de massificação, burocratização e má qualidade. No Brasil o fenômeno repete-se. Existem dois sistemas importantes diferenciados do ensino superior brasileiro: sistema público e privado. A reforma universitária de 1968, abre espaço para a criação de programas de pós-graduação, pesquisa científica e contratação de professores em regime de tempo integral, permitindo que o Brasil se destacasse entre os países de terceiro mundo. A partir de 1980, a crise que o ensino superior enfrenta é de valores, idéias e objetivos, que repercute sobre problemas financeiros. Tradicionalmente universidades eram vistas como centros de formação para as profissões liberais ou “superiores”, segundo esta visão, o conhecimento seria basicamente produzido e utilizado fora das paredes da universidade. Os professores deveriam ser profissionais competentes em seus campos de trabalho – médicos, advogados - e sua tarefa principal seria de dar aos estudantes acesso aos conhecimentos básicos e dicas de iniciação de suas profissões.

A crise enfrentada pelo ensino superior brasileiro, na década de 80, vai além da questão administrativa ou da ausência de recursos. Trata-se de uma crise de valores, idéias e objetivos, repercutindo, assim, sobre os problemas administrativos e financeiros.

#### **1.4 A CRISE NAS UNIVERSIDADES**

As universidades sempre foram vistas como centros de formação para os profissionais liberais, ou “superiores”, herança das universidades européias. Sendo assim, os professores deveriam ser competentes em seus campos de trabalho e sua tarefa principal seria dar aos estudantes o acesso aos conhecimentos básicos e a iniciação de suas profissões. Portanto, o conhecimento seria produzido e utilizado fora das universidades. Porém, as universidades não podem ser vistas como o lugar onde é transmitido o conhecimento, mas como o lugar onde ele é produzido.

Uma visão mais atual é a de que as universidades devem ser instrumento para a introdução e difusão de conhecimentos e profissões novas. A universidade não se limita a retransmitir os conhecimentos existentes, mas sim a produzir novas competências.

De um lado temos as universidades orientadas para o ensino pro-

fissional – professores que só vão lá para algumas aulas e alunos que após alguns anos profissionalizam-se. Já as mais modernas funcionam como fontes de prestígio para seus professores e mobilidade social para seus estudantes, fazendo com que o sistema de ensino superior expanda-se e cada vez mais grupos sociais passe a interessar-se por ele, acima de tudo o que pode produzir e para quem, aumentando desta maneira a aspiração generalizada do ensino superior, fazendo com que o ensino superior no Brasil se expandisse com muito mais rapidez que os demais níveis mesmo em nossa sociedade, onde a educação básica e secundária é tão precária.

A reforma de 1968 não previu a grande expansão que ocorreria no Ensino Superior Brasileiro, fenômeno que se verificou nestes últimos 20 anos. Em 1960, menos de 2% das pessoas entre 20 e 24 anos estavam matriculadas no ensino superior. Já em 1970, a taxa alcançava 11%. Esta expansão implicou na entrada de mulheres, que de minoria passaram a constituir a metade ou mais do alunado; pessoas mais velhas, já profissionalizadas, buscando no ensino superior uma nova oportunidade e pessoas de níveis sociais mais baixos, que 20 ou 30 anos antes jamais teriam como perspectiva de vida uma carreira universitária.

## 1.5 A CRISE UNIVERSITÁRIA NA VISÃO DE DARCY RIBEIRO

À época em que surgiram os primeiros cursos de ensino superior, urgia formar um quadro de pessoas capacitadas para o desempenho de algumas profissões técnicas (como medicina e engenharia) e para administrar o Estado nacional, tudo isto sobrepondo-se a qualquer intenção de formação de conhecimento naquele sentido da *universitas* europeu. Por isso mesmo, a universidade apareceu tardiamente, entre nós, como já vimos, – somente em 1920 –, mas ainda assim, como a “[...] agregação de três escolas superiores existentes no Rio, ou seja, as faculdades de Direito, Medicina, e a Escola Politécnica [...]” (SCHAFRANSKI, 2003, p. 68). Nunca houve na universidade brasileira a idéia de integridade, de conjunto de professores e alunos reunidos para formação de conhecimento, segundo o método de amplo debate dos seres humanos.

Darcy Ribeiro, antropólogo, educador, homem de muitas idéias e projetos, nasceu em Monte Carlos, interior de Minas Gerais. Ingressou

na faculdade de Medicina, porém, após três anos, viu que seu interesse era do homem em si. Mudou-se para São Paulo, matriculou-se na Escola de Sociologia e Política e, em 1946, formou-se em Antropologia. Seu mérito não foi desenvolver grandes teorias pedagógicas, nem métodos de aprendizagem; não era autor de teses, mas de feitos.

Muito contribuiu para a área da educação e a política. Darcy Ribeiro conseguiu enxertar na nova Lei de Diretrizes de Bases da Educação, que ele concebeu e tornou realidade, a transformação de todas as nossas escolas públicas, num prazo de 10 anos, em escolas públicas brasileiras com período integral, ou seja, com café da manhã, almoço, atividades artísticas, estudo dirigido, assistência médica e, principalmente, um local para formar o cidadão crítico. Foi um dos primeiros a engajar-se politicamente na causa do ensino público, gratuito e de qualidade.

Para Darcy Ribeiro, a crise universitária é traduzida sob diversas formas, como a conjuntural, política, estrutural, intelectual e ideológica.

Importante definirmos cada uma:

**Crise conjuntural** – aparece em razão do impacto das “forças transformadoras”, como a Revolução Industrial e a Revolução Científica e Tecnológica (RIBEIRO, 1982, p. 23). É possível constatá-la, *v.g.*, no tempo da guerra fria, quando as universidades das nações adiantadas colocavam o corpo científico à sua disposição, gerando uma crise, no entendimento do autor, sob a “forma de traumas”, na medida em que as atividades produtivas e de serviços absorviam “[...] conteúdos técnico-científicos cada vez mais ponderáveis, exigindo uma preparação de nível universitário para toda força de trabalho”. (*idem*, p. 24). Já nas nações atrasadas, o impacto das forças transformadoras é sentido em forma de imposição de desafios para as universidades, de modo “[...] a realizarem a tarefa de auto-superação de suas deficiências para o domínio de um saber novo cada vez mais ampliado, ou ver aumentar progressivamente sua defasagem histórica em relação às nações adiantadas”. (*idem*, p. 24).

**Crise política** – observa-se quando, de um lado, certos setores postulam uma universidade conservadora e disciplinada, de outro, uma vertente política de desejar um perfil renovador ou até revolucionário (*idem*, *idem*).

**Crise estrutural** – decorrente da impossibilidade de a universidade resolver a ampla gama de problemas que lhe são afetos no quadro institucional vigente, “[...] exigindo reformas profundas que a capacitem a ampliar suas matrículas, conforme as aspirações de educação superior da população e, ao mesmo tempo, a elevar seus níveis de ensino e investigação” (idem, idem).

**Crise intelectual e ideológica** – é representada pela ação dinâmica que impõe transformações no meio universitário, de forma que seja necessário o estudo da própria universidade, enquanto a crise ideológica refere-se a uma divisão entre os universitários diante da necessidade de transformações, que podem tomar ou uma vertente que atribua à universidade a condição de “motor de mudança da sociedade global” ou a de erigi-la em “fortaleza defensiva do *status quo*” (idem, p. 24-25).

Esta situação de crise global à universidade provoca fortes tensões, que podem ser sintetizados em duas políticas básicas. Por um lado, há o caminho para a “modernização reflexa”, que se arrima “[...] na suposição de que, acrescentado-lhes certos aperfeiçoamentos e inovações, veremos nossas universidades aproximarem-se mais e mais de suas congêneres adiantadas até tornarem-se tão eficientes quanto elas”. (RIBEIRO, 1982, p. 25). Esta política exigirá a interação da universidade aos fatores de modernização, pouco requerendo à criatividade intelectual ou às relações externas.

Por outro lado, existe a política “crescimento autônomo”, que arranca “[...] do pressuposto de que a universidade – como uma subestrutura inserida numa estrutura social global – tende a operar como agência de perpetuação das instituições sociais, enquanto atuar espontaneamente” (idem, idem). Este modelo de política deverá desenvolver-se segundo um sentido de responsabilidade com a sociedade nacional.

Após estabelecer estas duas políticas, RIBEIRO, posiciona-se a favor de uma universidade que rompa com o protótipo conservador e conclui a necessidade da realização de um diagnóstico da sociedade e da universidade, com a finalidade de formular-se “[...] uma estratégia de luta nacional contra todos os fatores conducentes à atualização histórica”.

Para Ribeiro, a universidade deverá refletir os anseios da sociedade e estar à disposição para nela operar sua renovação.

## 1.6 A CRISE UNIVERSITÁRIA NA VISÃO DE ANÍSIO TEIXEIRA

O ensino universitário, após deixar de ser um ambiente fechado, onde elaborava-se a manutenção e o desenvolvimento da cultura intelectual e artística da humanidade, passando a contribuir com a criação de um mundo científico, abre-se para as sociedades ocidentais. Passa, assim, a assumir os papéis de formação geral e comum e o de formação de quadros de trabalhadores especializados e de especialistas, papéis exigidos pela sociedade que sofria transformações tecnológicas, científicas e industriais (TEIXEIRA, 1953). Porém, esta revolução não se passava no mundo universitário brasileiro, que nasceu tardiamente.

Anísio Teixeira, foi bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, viajou pelo mundo pesquisando e observando sistemas escolares. Influenciado pelo pensamento do educador John Dewey, grande filósofo da educação e o pedagogo de maior expressão da década de 20, que conheceu na Universidade de Columbia – EUA, em 1931, experiência que o marcou de tal forma que ao voltar para o Brasil, Anísio Teixeira adaptou as teorias do filósofo norte-americano ao modelo brasileiro de Educação. Enfatizou a necessidade de uma escola pública e gratuita, a implantação de experiências práticas na sala de aula e também a formação universitária para todos os educadores.

Teixeira ressalta o fato de não conhecermos um sistema universitário, pois até 1920, apenas tínhamos cursos de ensino superior, cursos isolados, que de um momento para outro foram reunidos, e denominados de universidade, onde tudo era aprendido superficialmente sem aprofundamentos em matérias especializadas: “As escolas superiores brasileiras, não obstante serem profissionais, cumpriam, de algum modo, herdadas do passado, as funções de educar o homem para a cultura geral e desinteressada” (TEIXEIRA, 1968).

Nossos cursos superiores olharam mais a cultura humanística do passado do que as experiências culturais brasileiras, produzindo uma situação paradoxal, que é:

[...] uma das elites mais cultas, uma minoria perfeitamente culta, e um sistema educacional terrivelmente pobre e deficiente [...] o Brasil teve a universidade, mas a universidade universal, uni-

versidade que tinha por fim fazer dele um homem universal, que era o objetivo da universidade da Idade Média [...]. (TEIXEIRA, 1968)

O primeiro problema refere-se aos próprios fins da universidade brasileira, no que toca à promoção de conhecimento, este, não apenas transmitido, mas criado na universidade, e que deve convergir para a formação da cultura nacional. Assim, a universidade deixa de ser fechada, somente para a formação intelectual de pessoas e assume a condição de provedora da cultura nacional.

A universidade brasileira é afetada por outro problema: a falta de tradição nas investigações científicas, principalmente no campo das ciências sociais.

Os professores, que tinham na docência uma segunda atividade, foram buscar maiores possibilidades para a pós-graduação, que apareceu tardiamente na universidade brasileira, causando assim, o atraso no campo das investigações científicas.

## **1.7 A CRISE UNIVERSITÁRIA NA VISÃO DE PAULO FREIRE**

Paulo Freire, considerado um dos grandes pedagogos da atualidade e respeitado mundialmente, tem suas idéias e práticas como objeto das mais diversas críticas. Porém, sua contribuição em favor da educação popular é inegável.

Sua experiência como educador, foi interrompida em 1964, durante o golpe militar. Exilou-se no Chile por 14 anos e, graças a sua participação, aquele país recebeu uma distinção da UNESCO, por ser um dos países que mais contribuiu, à época, para a superação do analfabetismo.

Para Paulo Freire, vivemos numa sociedade dividida em classes, onde os privilégios de uns impedem que a maioria usufrua dos bens produzidos e coloca como um desses bens produzidos e necessários, para concretizar a vocação humana de aperfeiçoar-se, a educação, da qual é excluída a grande maioria da população do Terceiro Mundo.

Existem dois tipos de pedagogia: a dos dominantes, cuja educação existe como prática da dominação, e a pedagogia do oprimido, onde

a educação surgiria como prática da liberdade, que a opressão e suas causas sejam objeto da reflexão dos oprimidos, e que resultará no seu engajamento necessário na luta por sua libertação.

Essa pedagogia “não pode ser elaborada pelos opressores, ela é um dos instrumentos para esta descoberta crítica – a dos oprimidos por si mesmos e a dos opressores pelos oprimidos, como manifestações da desumanização” (FREIRE, 1979, p. 33). Não é suficiente que o oprimido tenha consciência crítica da opressão, mas que esteja disposto a transformar essa realidade.

Já a pedagogia do dominante fundamenta-se numa concepção bancária de educação, ou seja, o sujeito da educação é o educador e predomina o discurso e a prática onde o educador deposita o conhecimento que os educandos recebem, memorizam e repetem. O saber é dado de cima para baixo e é autoritário, pois manda aquele que tem o conhecimento.

O educando é um agente passivo, é um objeto para receber a doação do saber, ao passo que o educador é o sujeito único de todo o processo. Temos assim uma educação que é exercida como prática da dominação. Para esse tipo de educação, não existem contradições, mantém-se a ingenuidade do oprimido que se acostuma e acomoda no mundo da opressão.

Somos seres capazes de comparar, de valorizar, de intervir, de escolher, de discutir, por tudo isso, nos fizemos seres éticos. Esta é a condição do homem para *ser*. Não é possível pensarmos os seres humanos longe da ética. Estar longe ou fora dela é transgredir.

Quando transformamos a experiência educativa em treinamento técnico, negamos aquilo que há de fundamentalmente humano: o caráter formador. Educar é isto, é formar.

Para MIZUKAMI, esta categoria, o ensino tradicional, está centrada no professor, “[...] e este tipo de ensino volta-se para o que é externo ao aluno: o programa, as disciplinas, o professor. O aluno apenas executa prescrições que lhe são fixadas por autoridades exteriores”. (1986, p. 8). Este tipo de relação social existente é vertical, ou seja, do professor para o aluno.

O homem (aluno) é visto como ser passivo, ele é inserido no mundo que passará a conhecer a partir das informações fornecidas, até que,

repleto de informações, possa repeti-las a quem não as possui.

Após este breve estudo sobre a crise no ensino universitário brasileiro, e verificado que esta é uma crise de valores, idéias e objetivos, vindo a repercutir sobre outros problemas mais visíveis, surge uma proposta que tem por objetivo criar uma reserva de vagas, nas instituições de ensino superior públicas, destinados exclusivamente a cidadãos da raça negra. Mas uma proposta de política educacional que, em vez de abordar a situação crítica, parece ir ao encontro dela para fomentar mais celeumas.

## 2 A POLITICA DE COTAS PARA NEGROS

### 2.1 O INÍCIO

Até o ano de 1888, o Brasil passou por um longo período de escravidão, de negros trazidos da África e seus descendentes. Desde então, tem-se observado no país a desigualdade e o preconceito racial, inicialmente com a escravidão e, posteriormente, decorrentes de práticas racistas.

Conforme ROSEMBERG (apud AQUINO, 1998, p. 73),

na América Latina no geral, e no Brasil, em particular desenvolveu-se uma prática de classificação racial que se apóia em características fenotípicas e socioeconômicas da pessoa (classifica-se a cor), diferentemente da norte-americana que se baseia na ‘regra da hipodescendência’, isto é, a partir da descendência.

No Brasil, a classificação é de cor, não é dicotômica (branco versus negro) e fluida, não sendo determinada exclusivamente pela origem, havendo assim, a possibilidade de passagem da “linha de cor” em decorrência da combinação fenotípica e do *status* social do indivíduo. Isso traduz-se pelo ditado: “o dinheiro embranquece”.

Constatou-se, após um estudo feito sobre a mobilidade social de brancos e negros no Brasil, que tais desigualdades são devidas às

oportunidades desiguais de ascensão após a Abolição, mostrando-nos uma profunda desigualdade racial entre estes segmentos da população e hoje incompatíveis com uma nova ordem social que se configura numa sociedade competitiva e de classes. Causando uma forte influência no pensamento educacional brasileiro, pois este reconhecia que a maioria do alunado negro concentrava-se nas camadas menos favorecidas. Segundo RIBEIRO (1995, p. 225), “a característica distintiva do racismo brasileiro é que ele não incide sobre a origem racial das pessoas, mas sobre a cor de sua pele”.

A discriminação racial no Brasil é evidenciada pela comparação dos rendimentos das populações: pretos e pardos recebem em média menos da metade do que recebem os brancos (ROSEMBERG, apud AQUINO, 1998). As diferenças ocorrem não só na vida social, pois os negros também são penalizados na esfera da educação: têm mais dificuldades de acesso e permanência na escola, freqüentam escolas de pior qualidade, redundando maior índice de reprovação e atraso escolar, do que o observado na comparação entre os brancos (idem).

Muitas foram as contribuições para este desequilíbrio, mas destacamos a política de imigração que resultou na marginalização dos negros, reforçando a distribuição regional dos dois grupos raciais: os negros concentraram-se nas regiões menos desenvolvidas economicamente (Nordeste), onde as oportunidades eram limitadas; e os brancos no Sul e Sudeste. É de conhecimento que as regiões onde não há desenvolvimento econômico são as que apresentam os piores indicadores do analfabetismo; assim sendo, o Nordeste brasileiro tem a maior taxa de analfabetismo do país, com um contingente de quase oito milhões de analfabetos, correspondendo a 50% do total do país (Fonte IBGE, PNAD de 2001).

## **2.2 O SURGIMENTO DAS COTAS**

Na década de 60, foi instituído nos EUA o sistema de cotas para negros. As cotas americanas favoreceram a diminuição das diferenças entre negros e brancos e contribuíram para o aumento da entrada de afro-descendentes no ensino superior. Em conseqüência, surgiram as ações afirmativas para amenizarem as diferenças sociais e coibir a

discriminação. Inicialmente estas ações foram utilizadas somente em favor dos afro-descendentes para compensar os que haviam sido prejudicados pelo segregacionismo e escravidão. Após, surgiram em prol das mulheres.

A expressão “ação afirmativa” foi utilizada pela primeira vez em 1961 e referia-se à necessidade de promover a igualdade entre negros e brancos nos Estados Unidos. A *affirmative action* é norma que se dirigia às relações de trabalho, obrigando os empregadores a tratar igualmente todos os seus empregados, e proibia-os de impor condições de cunho racial para a sua contratação.

Ações afirmativas podem ser conceituadas como:

políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de competição física [...] visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade [...]. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito. (GOMES, 2001, p. 6).

Apesar do segregacionismo racial e do extremo conservadorismo dos membros da Suprema Corte, as ações afirmativas tiveram êxito. Foi um grande progresso que os afro-americanos fizeram na escala econômica e social, e grande parte destes avanços foi devido às políticas afirmativas. Porém, estas políticas começaram a apresentar resultados decrescentes a partir dos anos 80. A segregação não acabou. O preconceito, que impedia um autodesenvolvimento das crianças no primeiro grau, dificultava a sua vida na universidade. Hoje os EUA promovem a “equalização educacional” em vários estados.

A equalização educacional é formada por políticas que reservam recursos expressivos para fundos que sustentam programas voltados para as minorias. Mais do que isto, tais programas escalam os professores mais qualificados para trabalharem com as crianças menos equipadas. E querem que as escolas elevem o nível de aprendizagem dos grupos minoritários para continuarem recebendo aqueles recursos. O resultado surpreende, pois intervém na situação social das minorias nas escolas. Antes da origem das políticas, os filhos das minorias iam a escolas precárias e com professores de má formação; já os alunos de classe média iam às escolas de melhor qualidade. Os recursos das políticas são destinados às escolas mais pobres e têm por objetivo elevar sua capacidade ao nível dos demais e não a facilitação da entrada dos estudantes nas universidades.

O sistema de cotas nos EUA existente há 40 anos ainda não eliminou por completo os muitos problemas sociais decorrentes do racismo. Disto nos dá conta SASSAKI (1997, p. 16), ao afirmar que:

a sociedade, em todas as culturas, atravessou diversas fases no que se refere às práticas sociais. Ela começou praticando a exclusão social de pessoas que – por causa das condições atípicas – não lhe pareciam pertencer à maioria da população. Em seguida, desenvolveu o atendimento segregado dentro de instituições, passou para a prática de integração social e recentemente adotou a filosofia da inclusão social para modificar os sistemas sociais gerais.

Em razão disto, surgiu o movimento de inclusão social, que teve início nos países mais desenvolvidos, devendo crescer fortemente nos primeiros 10 anos deste século nos países em desenvolvimento. Hoje, em várias partes do Brasil, podemos observar a exclusão e a segregação praticada em determinados grupos sociais. Porém vemos a inclusão ocupando o lugar da tradicional integração, que faz parte da psicologia de massa de nosso povo.

A inclusão, como expressão de maior relevo das democracias modernas – a própria idéia de democracia moderna – transcende o mero princípio de igualdade formal. Para SASSAKI inclusão é:

[...] o processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com necessidades especiais e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade. A inclusão social constitui, então, um processo bilateral no qual as pessoas, ainda excluídas, e a sociedade buscam, em parceria equacionar problemas, decidir sobre soluções e efetivar a equiparação de oportunidades para todos. (SASSAKI, 1997, p. 16).

### 2.3 A POLÍTICA DE COTAS NO BRASIL

As políticas de inclusão e de afirmação racial têm sua raiz no Direito Internacional Público, onde encontramos a Convenção Internacional Sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que em seu art. 1º, define discriminação como:

qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo, ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou qualquer outro campo da vida pública (GOMES, 2001, p. 19).

A política educacional tem dado ênfase na criação de condições de acesso aos bancos universitários, através de mecanismos de inclusão de minorias. A mais recente trata da criação de vagas em universidades públicas de ensino superior para negros. Entre as “ações afirmativas”, que visam abrandar as desigualdades existentes em nossa sociedade, a da criação das cotas é a que tem provocado mais debates. Através da decisão do Conselho Universitário da Universidade de Brasília (UnB), esta política já teve início. Teve seguimento no Rio de Janeiro com as universidades Estaduais: Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e a Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Neste

mesmo período tramitava no Congresso Nacional um Projeto de Lei do Senado, n. 650/1999, de iniciativa do Senador José Sarney, pretendendo estender o sistema de cotas para todo o país, com a cota mínima de 20% à população negra para preenchimento das vagas dos concursos públicos.

Durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, teve início a política de inclusão, através da Medida Provisória n. 63, de 26 de agosto de 2002, cuja finalidade era implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos sociais menos favorecidos: negros e índios. Cria-se então, o Programa Diversidade na Universidade, no âmbito do Ministério da Educação, que será executado mediante a transferência de recursos da União a entidades de direito público ou de direito privado, sem fins lucrativos, que atuem na área da educação e que venham a desenvolver projetos inovadores para atender à finalidade do programa. Ficando autorizada a concessão de bolsas de manutenção e de prêmios, em dinheiro, para os alunos das entidades a que este Programa se refere.

Em 2003, já sob o atual governo, foi implantado este regime de cotas, não só para negros, mas também para ex-alunos de escolas públicas que pretendem cursar uma universidade e já colocado em vigor em IES, o Projeto de Lei.

Consta nesta Lei que as instituições públicas federais de educação superior deverão reservar, em cada concurso de seleção para ingresso nos cursos de graduação, no mínimo, cinqüenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Estas vagas serão preenchidas por uma proporção mínima de auto-declarados negros e indígenas igual à proporção de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o última censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

No caso de não preenchimento das vagas, as remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

O governo federal, por meio do Ministério da Educação, enviou dois Projetos de Lei ao Congresso Nacional que propõem a democratização do acesso ao ensino superior, que institui um sistema de cotas

nas universidades públicas, com o objetivo de promover a inclusão desses grupos historicamente excluídos das instituições, valorizar a escola pública onde a maioria são alunos de classe média e baixa, reduzindo assim as desigualdades sociais. O sistema de cotas, no Brasil, está longe de ser uma solução para minimizar as desigualdades da população negra em relação à branca. O que se pretende fazer aqui é o caminho inverso, ou seja, manter o desequilíbrio nas escolas de ensino médio e fundamental – e corrigir no ensino de terceiro grau.

Ao pretender instituir um Sistema Especial de Reserva de Vagas para estudantes egressos de escolas públicas, em especial negros e indígenas, nas instituições públicas federais de ensino superior, a atual política educacional tem por escopo fundamental a idéia de inclusão de um maior número de pessoas, concretizando a norma programática contida no art. 206, I, da CR, que refere: “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”.

Além do mais, a estruturação de tal sistema parece estar acobertada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Portanto, indaga-se se realmente esta política de inclusão referida estabelece uma concretização da igualdade material, ultrapassando, assim, o conceito de mera e simbólica condição de igualdade formal.

Existe em nosso país uma grande desigualdade social econômica e particularmente a desigualdade racial. Deve-se adotar no Brasil, portanto, algum tipo de Ação Afirmativa.

A questão de relevo que doravante abordaremos diz respeito à validade histórico-sócio-cultural da política de estabelecimento de cotas para negros e índios nas Instituições de Ensino Superior Públicas e pode ser decomposta em duas indagações: no presente momento histórico, a sociedade brasileira necessita de uma política de inclusão nos moldes do Projeto de Lei n. Passa, pelo consenso ético-social, uma idéia de validade desta política de inclusão? Tentemos destrinçar, então, esta zona problemática.

### 3 CRÍTICA À ATUAL POLITICA DE INCLUSÃO

Como deixamos dito no capítulo que abriu o presente trabalho, a universidade brasileira padece, segundo a análise autorizada de estudiosos, de múltiplas crises que, ao fim e ao cabo, configuram a idéia de uma crise global do ensino superior. Não se trata apenas de problemas setoriais relacionados com questões político-científicas, mas de profundos problemas que afetam toda a estrutura universitária. Preferimos, destoando da opinião de TEIXEIRA e de RIBEIRO, utilizar a expressão problemas da universidade, aqui seguindo as reflexões de ORTEGA Y GASSET sobre a Missão da universidade. Com efeito, para o filósofo espanhol as pretensões de reforma universitária deparam-se com os abusos que ocorrem em seu meio: uns, na acepção geral da palavra, constituindo-se casos isolados, pouco freqüentes ou meras contravenções dos bons costumes, outros, no entanto, de tradição perene e, embora sendo abusos, tolerados. Neste caso, “[...] seria vão querer corrigi-los, por que sua freqüência e naturalidade indicam que não são anomalias, mas, sim, resultado inevitável dos maus costumes” (ORTEGA Y GASSET, 1946, p. 17), contra os quais é necessário travar um embate. Ora, se a crise é todo fenômeno que se estabelece uma quebra na fluência normal das instituições, então não reconhecemos crise universitária, pois que a universidade brasileira foi criada já de maneira muito diversa do que ocorreu em seu nascedouro, na Europa da Idade Média: a nossa universidade não foi fruto espontâneo da cultura nacional, mas uma criação artificial a partir da reunião de cursos superiores, instituídos para suprir a emergência decorrente da falta de profissionais técnicos e de uma elite que dirigisse a burocracia estatal. Nasceu, pois, problemática. E os problemas verificados nos anos de 1920 são, basicamente, os mesmos da atualidade, apenas avivados por novos matizes.

Um dos muitos problemas recorrentes em nossas Instituições de Ensino Superior – IES refere-se à pretensão de sua universalização, na esteira da nova política educacional fincada nas diretrizes político-constitucionais. Pretensão esta que, a bem da verdade, vem sendo estimulada por uma mitificação do ensino universitário entre nós, desde há muito conhecidas como a República dos Bacharéis. Daí que, como refere COUTINHO, ocorre um fenômeno educacional interessante no país: “abandonados praticamente ou reduzidos ao caos, os 1º e 2º Graus

estão substituídos em importância pelo ensino superior” (1980, cad. 1), por várias razões, inclusive pela ambição de melhoria de *status* social, a ascensão social. Embora o plano programático da Constituição da República preveja a universalização progressiva do Ensino Fundamental (art. 208, II), a política oficial de educação promove medidas, convergentes com o velho costume do bacharelismo, de universalização do ensino superior, através primeiro, da falta de controle na proliferação de IES pagas e, agora, por meio de política de ação afirmativa, para o ingresso de negros e indígenas. Trata-se de política que, a nosso ver, terá mero efeito simbólico, o que, aliás, já vem sendo demonstrado, como referimos no capítulo anterior. De qualquer forma, esta novidade política tem ganhado foros de relevo, seja entre os grupos de defesa de afirmação racial, seja pela ordem de prioridades estabelecida pelo governo. E terá alguma justificativa, *prima facie*, no ordenamento jurídico-constitucional. A questão, contudo, que se nos apresenta é se, no plano dos valores axiológicos, a todas as luzes incorporados no consenso social e *a fortiori* na Constituição, referida política é eticamente sustentável. Para tanto, passaremos em revista os princípios fundamentais de nossa Constituição, além de uma análise das normas programáticas referidas à educação. Por fim, contextualizaremos a política de cotas ao plano ontológico-axiológico da sociedade. Começemos, então.

### 3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Como é sabido, o Estado é político-juridicamente constituído por um corpo de normas hierarquicamente ordenado. A Constituição, estando no topo da pirâmide ou do *corpus iuris*, presidirá todo o conjunto normativo-legal, através de normas incontrastáveis. Queremos dizer, por outras palavras, que ela estabelecerá referenciais inarredáveis para a estruturação jurídica do Estado, sendo que os valores nela contidos – que são a representação dos valores axiológicos estabelecidos na sociedade – não sofrerão inversão por processo legislativo ordinário. Melhor explicando: a gradação de valores axiológicos insculpidos na Constituição, como expressão de uma dada realidade sócio-político-cultural nacional, não será suscetível de alteração por vontade do legislador ordinário. Daí que a Constituição, ao estabelecer que a educação, como direito de todos, “[...] será promovida e incentivada com a colaboração

da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205, CR), não poderá o legislador ordinário erigir norma legal que, *v.g.*, conduza o poder político à execução de um programa educacional como instrumento de ideologia política, pois que uma tal situação negaria o livre exercício da cidadania; ou, ainda, se se adotasse legislação educacional tendente à preparação na cultura geral, sem nenhum incentivo para a formação profissional.

Por outro lado, o direito constitucional tem como característica a fragmentariedade, ou seja, deixa amplas zonas livres de disciplina normativa, seja porque a Constituição ocupar-se-á basicamente de direitos e garantias fundamentais e das funções do Estado, seja porque será praticamente impossível, mesmo numa visão de profundo intervencionismo estatal, regular os muitos fenômenos da vida em sociedade. Assim, o artigo que mencionamos logo acima apenas dispõe as linhas gerais de um programa político para a educação, não adentrando os mecanismos legais para a política educacional. A educação, segundo o mencionado artigo 205, CR, é direito de todos e visa ao aperfeiçoamento da pessoa como cidadã, inclusive qualificada para o trabalho, pois bem o art. 205 CF já nos oferece inúmeras possibilidades para achegas normativo-legais: qual o conceito de exercício de cidadania (e da própria cidadania)? Quais os níveis de educação formal em que se pode preparar o cidadão para o trabalho? E será, prioritariamente, a formação técnico-profissional? Por fim, como se promover a inclusão de todos no sistema educacional? E até que nível de ensino deve o Estado comprometer-se na promoção da universalização educacional? O mesmo grau de complexidade sugerirá o 206, inc. I, da CR, no que concerne à inclusão, ao dispor que “o ensino será ministrado com base (no princípio da) igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”. Afinal, o que é igualdade de condições? Como a promover? Como universalizar o *acesso* e a permanência nas escolas?

Se é certo que as normas programáticas da Constituição são apenas bosquejos de um direito a ser inscrito no *corpus iuris* pela ação legislativa e, como tais, estabelecem compromissos do Estado para com o povo, também será imperioso afirmar que essas normas devem obedecer a um princípio de coerência jusfilosófica, para além de não destoarem dos valores axiológicos reconhecidos pela Lei Fundamental. A concatenação coerente entre Constituição e a legislação ordinária, que

trata de dar corpo jurídico-político às normas programáticas, é feita pela intermediação dos princípios fundamentais reconhecidos pela Constituição. Eles, numa palavra, é que presidirão os direitos fundamentais (da Constituição) e todo o restante *corpus iuris* do Estado. Passemos, então, uma vista de olhos sobre aqueles que mais diretamente referem-se à questão problemática a que nos propusemos estudar e que estão presentes em nossa Constituição.

### 3.1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A concepção dos direitos e garantias fundamentais inscritos na Constituição encontra uma justificação primeira no princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o qual se concebe o homem como ser de especial distinção. Não se trata de mero contraste biológico do homem em relação aos demais seres, pois que a ontologia procurará dignificar o homem como ser metafísico, que encontra alguma explicação em si mesmo. O homem – este ser dotado de especial distintivo – será, naquelas palavras candentes de NIETZSCHE (1950, p. 10) “[...] uma ponte, e não uma meta; o que se pode amar no homem é ele ser uma passagem e um acabamento”. Homem-ponte, ser com alguma missão para cumprir, meta para realizações, não apenas sociais, mas pessoais (e quando o homem realiza-se em sociedade, realiza-se a si próprio), homem como valor em si mesmo. Estas, pois, são algumas das acepções acerca da dignidade da pessoa humana, tratadas desde tempos imemoriais, mas com maior ênfase a partir da consolidação da cultura ocidental nos pressupostos judaico-cristãos. Não será por acaso que as palavras de S. Paulo terão influenciado (e continuam influenciar) toda a sociedade moderna, quando refere não haver diferenças entre os homens e que todos merecem não apenas igual tratamento, mas, também, respeito.

Podemos, então, destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana é referido não apenas ao homem como ser social, mas como pessoa com direito a respeito individual. Desta forma, apesar de compreendermos o homem como um animal político, porque inserido na *polis*, ao fim e ao cabo, um ser-em-sociedade e que só nela realiza-se, não podemos instrumentalizá-lo, de forma que seja apenas um componente social. Aliás, as formas de governo que instituíram políticas

supra-individuais, considerando o homem como um tão-só elemento social, perderam a razão de existir no pós-segunda Grande Guerra Mundial, quando a ONU<sup>1</sup> e, mais tarde, as constituições europeias positivaram o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>2</sup>. Portanto, a concepção que se tem do homem neste vasto campo ontológico é o do homem como ser individual e que, por isso mesmo, deve ser respeitado em sua individualidade. Daí que, seguindo a lição de MIRANDA (1993, p. 168-169), arrancamos com uma primeira diretriz básica para o entendimento do princípio, qual seja: “a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e a cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta”.

A primeira premissa acerca de dignidade da pessoa humana conduz, de maneira natural, a um segundo e inarredável pressuposto: o de que, sendo a pessoa humana um autêntico ser-em-sociedade, mas que deve ter sua individualidade respeitada (inclusive nas escolhas que fizer no caminho de sua autodeterminação e aperfeiçoamento pessoal), sua condição para com o meio comunitário é lastreada pelo princípio da igualdade. Igualdade material, diremos à guisa de complemento, pois que o homem não mais se conforma com a igualdade legal (formal), fundada pelos ideólogos do liberalismo político. O homem pós-Revolução Industrial passou a pretender do Estado condições para seu melhoramento. Assim, o Estado moderno do bem-estar social é aquele que, além de estabelecer os direitos de liberdades (direito individuais), também presta condições para que o cidadão, para que dentro de sua esfera de liberdade possa aperfeiçoar-se. Frisemos, no entanto: os meios são postos à disposição do cidadão para que, segundo seu julgamento de

---

1 A Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama, em seu art. 1º “[...] que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”.

2 A Constituição da Alemanha Federal, de 1949, declara em seu art. 1º: “1. A dignidade do homem é inviolável. Constitui obrigação de todas as autoridades do Estado o seu respeito e proteção. 2. O povo alemão reconhece, em consequência, os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo”. Em idêntico sentido vão os conceitos de dignidade da pessoa humana contidos no art. 19, da Constituição da República Democrática Alemã, no art. 1º, da Constituição da República Portuguesa (1976) e no art. 10, da Constituição espanhola (1978). Esta, contudo, apresentando-se mais abrangente e revelando unidade filosófica entre dignidade da pessoa humana e outros valores, quando refere que “[...] a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhes são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamento da ordem política e da paz social”.

conveniência, deles faça uso. Assim, ainda seguindo MIRANDA (1993, p. 169), poderemos dizer que “a dignidade da pessoa humana pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”.

Segue, encadeado a esse pressuposto, uma consideração metafísica do homem, que não é apenas aquilo que pretende ter, mas, simplesmente (ou complexamente) aquilo que verdadeiramente é como pessoa humana. Diremos, então, com MIRANDA (*idem*), que “o primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade”. Máxima sobre a qual faríamos apenas um reparo: trata-se da prevalência das liberdades, não apenas da liberdade no sentido de ausência de constrição. Liberdade para a escolha de seus caminhos (desde que não contrariem o sistema social e o bem-comum); liberdade para autodeterminação pessoal; liberdade para ser diferente, tendo como suposto o respeito ao pluralismo e às diferenças; liberdade para a procura da felicidade, no sentido agostiniano que é a felicidade pela obtenção do conhecimento e, até mesmo, liberdade para ser infeliz.

Ora, esta realização pessoal, exigida pela condição do ser-com-dignidade, efetivada por esforços próprios ou pela liberdade positiva concedida pelo Estado (naquele sentido ensinado por Isaiah Berlin, no seu *Two concepts of liberty*) – liberdade positiva, digamo-lo, em forma de prestações estatais e em complemento à liberdade negativa, entendida como zona de não interferência estatal sobre os desígnios da liberdade individual, relaciona-se com a qualidade de vida pretendida pela pessoa. Daí que “só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida” (*idem*).

Por fim, mas não menos importante, destacaremos o caráter de universalidade, ínsito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não há distinções ou categorias de dignidade da pessoa humana, de forma que todo homem é ser-com-dignidade. A dignidade é de cada um e de todos. Daí que o especial tratamento devido ao homem seja efetivado não apenas no plano de relações horizontal – do cidadão para com seus pares – mas, também, no plano de relações vertical – do Estado para com os cidadãos. Decorre disto a quarta diretriz básica do princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o constitucionalista português: “a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa (ou da cidadania dos demais Estados que adotaram o princípio)

e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos” (idem).

Como facilmente depreende-se, o princípio da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III da CR, relaciona-se inequivocamente com os princípios da igualdade e da universalidade (art. 5º, CR). Os pressupostos da dignidade da pessoa humana fazem implícita menção ao universalismo e à igualdade (não apenas formal – a de que todos são iguais perante a lei – mas a material – pela qual todos temos direito a nos realizar como pessoas humanas), de sorte que não será desarrazoada a afirmação de que o princípio da dignidade da pessoa humana forma, juntamente com os princípios da igualdade e da universalidade, um sistema de princípios fundamentais, que não apenas orientam os direitos constitucionais, mas acabam por presidi-los, dando-lhes conteúdo filosófico naquilo em que não se explicita. Se os direitos constitucionais são dirigidos pelos princípios fundamentais, lógica será a dedução de que toda a normatização jurídico-legal, inclusive das normas programáticas da Constituição, será orientada pelos referidos princípios. Passemos, então, ao estudo dos demais princípios.

### 3.1.2 PRINCÍPIO DA UNIVERSIDADE

Como deixamos dito, o princípio da dignidade da pessoa humana vai indissociavelmente ligado à idéia de que ela refere-se a todos e a cada um dos homens. Ou seja, não se compreenderá a destinação da dignidade da pessoa humana, *v.g.*, somente ao brasileiro, excluindo-se do âmbito ideativo deste princípio todos os demais que residam no Brasil. Com isso queremos dizer que a idéia de dignidade da pessoa humana é, a todas as luzes, preenchida pelo princípio da universalidade. É o que, aliás, se depreende da norma proclamada no art. 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando dispõe: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Desta forma, as constituições-modelo de Estados democráticos que positivam o princípio da dignidade da pessoa humana, também inscreveram no seu corpo normativo o princípio da universalidade, pois que a idéia de dignidade não estará perfeita se não estiver relacionada com a abrangência conceptual da universalidade.

O princípio da universalidade é, pois, assumido pelas constitui-

ções democráticas modernas, ganhando, em algumas delas, autonomia conceptual. A Constituição Portuguesa de 1976, *v.g.*, define em seu art. 12 o princípio da universalidade como sendo o princípio fundamental pelo qual “1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”. Na lição de MIRANDA (1993, p. 193), o princípio fundamental da universalidade consiste em considerar pessoas de direitos e deveres constitucionais “[...] todos quantos fazem parte da comunidade política [...]”.

A Constituição Brasileira de 1988 também erigiu à condição de princípio fundamental a idéia de universalidade, mas que, diferentemente do tratamento conceitual dado pela Constituição portuguesa, é apenas depreendido da norma contida no *caput* do art. 5º, que estabelece: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos **brasileiros e estrangeiros residentes no país** a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (grifamos). Referida norma não trata apenas da universalidade, mas, como facilmente percebe-se, refere-se, também, ao princípio da igualdade. Estas são condições que nos permitem arrancar os pressupostos do princípio da universalidade.

Em primeiro lugar, observa-se que o princípio da universalidade é destinado a todos quantos estejam sob um determinado regime constitucional, sem qualquer distinção de nacionalidade. Daí que poderemos afirmar, com SABBÁ GUIMARÃES (2001, p. 100), que “[...] este princípio atribui os direitos e deveres a todos, nacionais ou estrangeiros, que estejam sob o ordenamento constitucional, salvo os casos que são referidos especificamente aos nacionais (os direitos políticos, *v.g.*)”.

Em segundo lugar, percebe-se que, embora nosso legislador constituinte não tenha adotado boa metodologia na descrição dos princípios da universalidade e da igualdade, deles tratando num único artigo e quase de modo a confundi-los, percebeu bem o estreito vínculo que os une. Com efeito, as idéias de universalidade e de igualdade são convergentes e complementárias, no que concordamos com SABBÁ GUIMARÃES (*idem*) quando refere: “a menção da regra constitucional brasileira vem de encontro com a questão da inseparabilidade dos princípios da universalidade e da igualdade”. São indissociáveis, porém isto não permite a inferência de que um e outro princípio fundamental possuem o mesmo conteúdo ideológico. MIRANDA (1993, p. 193), ao

tratar do tema, deixa bem claro que os princípios da universalidade e da igualdade não se confundem:

este princípio (da universalidade), embora incindível do da igualdade, não se confunde com ele. **Todos têm direitos e deveres** – princípio da universalidade; **todos** (ou, em certas épocas ou situações, só alguns) **têm os mesmos direitos e deveres** – princípio da igualdade. O princípio da universalidade diz respeito aos destinatários das normas, o princípio da igualdade ao seu conteúdo. O princípio da universalidade apresenta-se essencialmente quantitativo, o da igualdade essencialmente qualitativo.

### 3.1.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A idéia de igualdade é aquela que desde tempos imemoriais vem ocupando as preocupações do homem dentro de um sistema social em que, a rigor, as desigualdades são mais evidentes. A ponto de ser mais plausível, como nos refere DAHL (2001, p. 79), a aceitação da idéia de que a desigualdade é que é a condição natural do homem. Não obstante isso, uma base ética e religiosa inscreve, na sociedade humana, a regra da igualdade. É o que encontraremos tanto no judaísmo, como nos cristianismo ou no islamismo. E, talvez, este consenso ético-social é que tenha preponderado para, já na Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776, preconizar-se a máxima de que “[...] todos os homens foram criados iguais e que todos são dotados pelo Criador com certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade”. Muito embora, como observa DHAL (idem, p. 76), à época da Declaração, muitos norte-americanos estivessem simplesmente excluídos de toda a noção de gozo e fruição desses direitos naturais: “[...] mulheres, escravos, negros libertos e povos nativos estavam privados não apenas dos direitos políticos, mas de inúmeros outros direitos ‘inalienáveis’ essenciais à vida, à liberdade e à busca da felicidade”. Esta igualdade, portanto, de todo em todo uma idéia deveras complexa, só será compreensível, segundo o mencionado cientista político norte-

americano, através de um julgamento moral, pelo qual deduziremos, tão-somente, uma idéia de igualdade intrínseca (idem, p. 77-79).

Assim, para se começar a entender o princípio da igualdade, temos que ela não se confunde com a concepção da igualdade natural entre os homens, “[...] que desconhece as inclinações particulares de cada um, o caráter de maior ou menor adaptabilidade ao meio social, as diferentes carências humanas etc” (SABBÁ GUIMARÃES, 2001, p. 100-101). A idéia de igualdade inscrita no princípio aproximar-se-á, portanto, de uma intrínseca igualdade do homem, concebida por meio de um julgamento moral pelo qual pretendemos o que deve ser o homem. Desta forma, ainda tendo como ponto de partida a Declaração norte-americana, diremos, com DHAL (idem, p. 78), “[...] que a vida, a liberdade e a felicidade de uma pessoa não são intrinsecamente superiores ou inferiores às de qualquer outra”.

No plano jurídico-constitucional, o princípio da igualdade viabiliza uma igualdade ideal, de maneira a possibilitar a fruição dos direitos e liberdades por todos. É, portanto, introduzida no ordenamento jurídico-social (como sabemos, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789) com a finalidade distributiva, na mesma medida em que se limitavam as áreas de atuação do Estado. Acerca disto, escreve SABBÁ GUIMARÃES (2001, p. 101):

Não se deve perder de vista que o princípio da igualdade é introduzido nos sistemas de direitos fundamentais com a finalidade distributiva, para que os direitos e liberdades sejam gozados por todos, sem discriminações. Neste sentido, os sistemas de direitos fundamentais, baseados no princípio da igualdade, adotam-no segundo dois aspectos: o da igualdade negativa e o da igualdade positiva. O primeiro deles consiste nas proibições de discriminações e de privilégios (em razão do sexo, raça, língua, religião, convicções políticas, etc.). E o segundo consiste na atitude positiva de o Estado atender às necessidades sociais, recebendo a conotação de Justiça distributiva naquele sentido preconizado desiguais, na proporção de sua desigualdade.

Segundo a aceção negativa de igualdade – pela qual se proíbem discriminações e privilégios – todos devem possuir a mesma condição diante da lei. Quebrará, portanto, o princípio da igualdade qualquer ato normativo-legal que tenda a criar categorias de pessoas com especial proteção constitucional.

Em suma e, mais uma vez recorrendo à lição de MIRANDA (1993, p. 213), apontamos como pontos essenciais do princípio da igualdade, os seguintes:

- a) Que a igualdade não é identidade e igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística;
- b) Que a igualdade significa intenção de racionalidade e, último termo, intenção de justiça;
- c) Que a igualdade não é uma “ilha”, encontra-se conexa com outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material.

### **3.2 CONFORMAÇÃO DA POLÍTICA EDUCACIONAL AO SISTEMA CONSTITUCIONAL**

Uma qualquer leitura que se pretenda fazer dos direitos fundamentais inscritos na Constituição ou do restante *corpus iuris* do Estado brasileiro deverá ser mediada pela compreensão dos princípios fundamentais que, em muitos dos casos, servirão, por um lado, para preencher as naturais lacunas ocorrentes na legislação, por outro lado, para estabelecerem um juízo de validade material das normas. Daí que se uma determinada lei não se conformar coerentemente ao sistema constitucional – e quando referimos sistema, estamos incluindo implicitamente os princípios constitucionais – poderá ela ser simplesmente julgada inconstitucional, perdendo, pois, a condição de validade formal e material. Pois bem, iniciemos pelas normas programáticas referidas à educação.

No Capítulo III, do Título VIII da Constituição, encontraremos os direitos constitucionais referidos à educação, à cultura e ao desporto, inscritos em normas compromissórias, ou, como a doutrina normalmente

refere, normas programáticas. Isto porque estas normas, diferentemente daquelas relacionadas aos direitos e garantias fundamentais, não são auto-aplicáveis: necessitam de regulamentação normativo-legal. Isto não quer dizer, entretanto, que tais normas programáticas sejam destituídas de qualquer elemento de substancial inteligibilidade. Pelo contrário. Elas, preenchidas pela filosofia ordenadora da Constituição e pelos princípios que regem todos os direitos constitucionais e infraconstitucionais, indicam precisas diretrizes para o legislador ordinário. Note-se bem: diretrizes. Pois bem, comecemos pelo início.

O art. 6º, da CR, prescreve que é direito social, dentre outros, a educação, na forma como disciplina a Constituição. O que, efetivamente, ganhará melhores contornos nos dispositivos constitucionais dos arts. 205 a 214, que são as mencionadas normas constitucionais de caráter compromissório ou programáticas. Ora bem, existe nestas normas uma linha de coerência deduzida, somente, pela sua leitura integral. O estudo compartimentado das normas da educação propiciará somente um entendimento fragmentário e imperfeito da filosofia de política educacional. Assim, para a compreensão dos compromissos estabelecidos no art. 205 CF, deverá o intérprete fazer, necessariamente, a exegese dos demais artigos relacionados com a política constitucional referida à educação.

Assim, quando o mencionado artigo dispõe que a educação é “[...] direito de todos e dever do Estado e da família [...]” e “[...] será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade [...]”, há de se conjugá-lo com os demais dispositivos referidos à educação e orientá-lo politicamente pelos princípios específicos referentes à educação (art. 206, CR) e filosoficamente pelos princípios fundamentais. Sendo assim, o direito de todos, quer dizer que está à disposição da generalidade das pessoas, gerando, inclusive, um direito subjetivo de reclamá-lo. Reclamá-lo a quem: ao Estado? À família? À sociedade? Já que o compromisso é compartilhado?

Bom, lembremos, primeiro, que um dos princípios específicos relativos à educação é o da “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (art. 206, I, CR). Por outras palavras, as partes comprometidas com a educação devem obedecer ao princípio de igualdade de condições, para que todos possam ter educação. Mas se, em tese, todos tiverem condições, como suportar a demanda de estudantes? É aqui que apelamos para o princípio da igualdade, que prescreve, *prima*

*facie*, uma igualdade intrínseca para as pessoas e que é compreendida segundo uma percepção do ideal. É lógico que, para que todos possam ter acesso às escolas, necessário será que as partes comprometidas colaborem e o Estado cumpra seu dever. Não de um momento para o outro, pois que estamos tratando de normas compromissórias e, portanto, não imediatamente exequíveis. Mas através de políticas de aperfeiçoamento. Em síntese, o direito de todos à educação dependerá de normas estatais que concretizem a acessibilidade e permanência de estudantes nas escolas e da colaboração da sociedade.

É este, em linhas gerais, um programa político-constitucional de democratização da educação. Mas em todos os níveis de ensino? Parece-nos que não. E o legislador constituinte estava consciente das dificuldades que qualquer governo teria para colocar em prática um amplo programa de democratização do ensino. Daí que, mais adiante, no art. 208, CR, estabeleça os limites dos deveres estatais. Com efeito, pela leitura do referido dispositivo, constata-se que o dever do Estado com educação será efetivado mediante a garantia de:

- I - Ensino Fundamental obrigatório e gratuito [...];
- II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular [...]; VII - atendimento ao educando, no Ensino Fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

E, mais adiante, o § 1º do referido artigo dispõe que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público e subjetivo”. Corroborando o raciocínio que viemos expondo, de que as normas jurídico-constitucionais necessitam de implementação através de leis de outras categorias, temos o art. 214, CR, o qual refere que o plano nacional de educação deverá visar à articulação e ao desenvolvimento do ensino, bem como à integração das ações do poder público, conduzindo à

erradicação do analfabetismo, à universalização do atendimento escolar, à melhoria da qualidade de ensino, à formação para o trabalho e à promoção humanística, científica e tecnológica do país. Seguindo por esta senda, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB – Lei n. 9.394/96, estabelece, em seu art. 4º, I e II, naquilo que se refere à universalização do ensino, a garantia do Ensino Fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para quem a ele não teve acesso na idade própria e a progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade do ensino no nível médio.

Como se vê, o programa político-constitucional estabeleceu prioridades para a universalização do ensino no país. De forma que as metas lançadas na Constituição e, posteriormente, em 1996, através da LDB, são a de universalização do ensino, mas nos níveis fundamental e médio. O que é muito coerente, se tivermos em conta o ainda alarmante índice de analfabetismo no país (eram 16 milhões de analfabetos na faixa etária de 15 anos ou mais, até o ano de 2000<sup>3</sup>) e de evasão escolar. Ademais, o Brasil também ressentia-se da falta de mão-de-obra qualificada, de forma que urge, atualmente, a criação e aperfeiçoamento de escolas ensino técnico-profissional de nível médio.

Os ensinos fundamental e médio no país passam por graves problemas de ordens diversas e que serão, ao fim e ao cabo, assemelhados com aqueles que observamos nas universidades. A abordagem tradicional de aula, em que se opera aquilo que Paulo Freire denominou de “ensino bancário”, é o mesmo tipo de ensino desinteressado denunciado por Anísio Teixeira com relação à universidade; o método, que poderíamos sintetizar na fórmula latina *magister dixit*, em que o professor é aquele que expõe a matéria de forma exaustiva, num longo e tedioso monólogo, sempre exercendo a máxima autoridade sobre o objeto da aula, está presente em todas as salas de aula, do Ensino Fundamental ao Superior; a falta de conexão entre teoria e prática, que dificulta imensamente a criação de interesse do aluno sobre a matéria, é problema também ocorrente em todos os níveis de nossa educação. Tudo isto, aliado à falta

---

3 Número este que diverge, pois, segundo PINTO, BRANT, SAMPAIO e PASCOS (2000, p. 513), os dados do IBGE consideram alfabetizadas as pessoas que sabem ler e escrever um bilhete. Há, segundo os autores, a tendência para se adotar o conceito de analfabeto funcional, “[...] que incluiria todas as pessoas com menos de quatro séries de estudos concluídas”, o que, no Brasil, faria o número de analfabetos saltar para 30 milhões de pessoas.

de preparo dos nossos professores e aos muitos problemas estruturais das escolas, já para não falarmos das contingências sócio-econômicas de grande parte da população brasileira, conduz ao aprendizado deficiente e ao elevado índice de evasão escolar. De forma que, ao que nos parece, seria hoje mais coerente a priorização de aperfeiçoamento da educação da rede regular de ensino nos níveis fundamental e médio, incluindo políticas de incentivo ao acesso e permanência na escola, em vez do maciço empreendimento na educação superior, coroado pela política de inclusão. Em suma, poderemos dizer que os Projetos de Lei que tratam do sistema especial de reserva de vagas para negros e indígenas, hoje em curso no legislativo, quebram a linha de prioridades constitucionais de universalização do ensino, para além de deixar sem o menor trato os problemas localizados nos ensinos fundamental e médio.

Se as políticas de universalização da universidade não encontram conformação no sistema jurídico-constitucional, também as iniciativas legais referidas à criação de cotas para negros e índios não se justificam no quadro de princípios fundamentais da Constituição.

Com efeito, a primeira experiência legal de *affirmative action* brasileira, surgiu no Estado do Rio de Janeiro, onde, através da Lei n. 3.708, de 9 de novembro de 2001, estabeleceu-se cota de até 40% para as populações negra e parda, no preenchimento de vagas de cursos de graduação da Universidade do Rio de Janeiro. Mais recentemente, surgiu o Projeto de Lei do executivo estipulando a reserva de 50% de vagas a alunos que tenham cursado o ensino médio em escolas públicas, as quais deverão ser preenchidas “[...] por uma proporção mínima de autodeclarados negros e indígenas igual à proporção de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição [...]” (art. 2º). Uma tal estruturação política de inclusão não corresponde, a nosso ver, ao conteúdo princípio-lógico da Constituição. Senão vejamos.

Embora a reserva de vagas possa parecer, *prima facie*, uma medida de inclusão democrática, na realidade ela dissocia-se da idéia de dignidade da pessoa humana. Isto porque, criando uma categoria especial de pessoas merecedoras de vaga em universidade, esta política de inclusão deixa de considerar que o respeito à condição humana é devido “a todas e cada uma das pessoas”. Ou seja, a categorização de beneficiados comete uma injustiça, deixando ao olvido muitas outras

situações carentes de atenção político-educacional. Já para não falarmos que se contrapõe, frontalmente, a dois dos princípios básicos do Estado brasileiro, quais sejam: o de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, III e IV, CR).

A política de afirmação racial ínsita no mencionado Projeto de Lei, não atende ao princípio da universalidade. Aliás, pode-se, através da política de reserva de cotas para negros e indígenas, criar uma situação que, a todas as luzes, quebra, insofismavelmente, tanto o princípio da universalidade, quanto o princípio da igualdade, bastando que, atendida a reserva de vagas numa dada instituição universitária, um aluno não declaradamente negro, possa vir a ser preterido se uma vaga reservada for preenchida por um candidato negro. A política de promoção pessoal de negros e indígenas não se pauta pelo caráter meritório do concurso vestibular, sendo factíveis casos de preterição de alunos brancos.

Ademais, não vemos aqui o princípio da igualdade material, que é aquele atendido pelo conjunto de condições concretas de ascensão social (através, *v.g.*, da conquista do ensino universitário) colocados à disposição de *todos* e não apenas de uma categoria do povo brasileiro.

Transgredindo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da universalidade e da igualdade, que possuem uma forte carga de valoração axiológica, parece-nos que a política de inclusão nas universidades para negros e indígenas acaba por afetar, diretamente, uma zona de consenso ético-social. Não há dúvida de que o planejamento político-educacional que aqui abordamos seja polêmico. Mas não só no meio acadêmico e universitário, pois que as tentativas políticas de afirmação racial engendram, paradoxalmente, uma espécie perversa de discriminação o que, iniludivelmente, afronta todos os princípios ético-sociais inscritos na Constituição. Acerca desta nova espécie de discriminação – a discriminação positiva – vale transcrevermos a lição do jusfilósofo português FERREIRA DA CUNHA (2001, p. 185), quando trata dos direitos humanos:

a primeira heresia dos direitos humanos é a da **falsa discriminação**, ou do mau uso do discurso da discriminação. Consiste sobretudo em eleger um grupo, normalmente de facto vítima de abu-

sos, ou segregado de alguma forma, no presente, no passado ou em certas condições ou casos, para daí extrapolar uma regra injusta de discriminação, a qual seria de abolir, substituindo por uma nova regra, mas de discriminação positiva. Isto é, a forma de compensar os discriminados seria de os passar a privilegiar. A isto se chama por vezes, mais eufemisticamente, **acção afirmativa**. Esquece-se freqüentemente que nenhum privilégio (mesmo a ex-segregados) se confere à custa de discriminações (mesmo a ex-privilegiados, ou pessoas numa hipotética situação “neutra”). A discriminação positiva, que raramente contempla os pobres, mas favorece sobretudo as camadas de elite de certas “minorias” (os activistas políticos e sociais que delas se possam reivindicar por razões de sexo, raça, cultura, actividade, etc.), estabelece uma nova hierarquia de pessoas, em que o homem comum, desprotegido, fica prejudicado, e muito mais prejudicadas ainda as minorias não contempladas.

Parece-nos, em suma, que a política de inclusão através de reserva de vagas para negros e indígenas é, sob diversos aspectos, equivocada, tanto por inverter a ordem constitucionalmente estabelecida de compromisso do Estado em universalizar o ensino, como por entrar em conflito direto com os princípios constitucionais e éticos do povo brasileiro.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o breve estudo sobre a crise no ensino universitário, mais precisamente a criação do sistema de cotas (Projeto de Lei que o governo mandou para o Congresso abordando uma das estratégias de inclusão – a de criação de cotas para a inclusão de negros em instituições de ensino superior públicas), considera-se que a criação de cotas existentes já há algum tempo em países como os Estados Unidos da América, onde existe, de fato, um grave fenómeno de discriminação racial, tem sido

visto como a solução.

Entre nós, contudo, o problema já não estará diretamente vinculado a este fator, já que, conforme acentuou Gilberto Freyre em muitos de seus escritos, o nosso caráter de miscibilidade contrapõe-se a qualquer idéia arraigada de preconceito racial ou de cor: o problema evidenciado no país será mais relacionado com os desníveis sociais (e todos os problemas sócio-culturais a eles vinculados) do que propriamente sociais.

Ante esta constatação, a criação de cotas para negros, oriundos de escolas públicas, em instituições públicas de ensino superior não solucionará o problema da discriminação racial e muito menos uma diminuição das diferenças sociais, sem contudo, minorar a crise do ensino público. Observou-se que esta busca de uma política de cotas para negros nas universidades não é uma questão de fundo econômico e sim mostra-nos a necessidade do governo de melhorar a escola pública básica; aí então, todos os que estudam nela, sejam brancos ou negros, entrarão no ensino superior por seus próprios méritos.

A criação de cotas subverte o sistema naquilo que lhe é estrutural: o próprio nível de conhecimento, privilegiando os que têm menos em detrimento dos que têm mais. Procurando-se corrigir, deste modo, as deficiências do estudo de um segundo grau defasado, como se isso fosse a solução. Despreza-se o conhecimento do candidato para superestimar condições pessoais e privilegiar situações econômico-sociais num processo que toma a conseqüência como a causa. Cabe reavivar o sentido da escola pública de primeiro e segundo graus para que todos possam chegar a uma instituição de ensino superior em igualdade de condições com aquelas oriundos de escola particular. Seria esta a verdadeira igualdade a ser privilegiada. Não se combate a discriminação privilegiando-se determinadas categorias sociais; ao contrário, isto só acentua desigualdades.

O sistema de cotas é uma política paliativa e por isto mesmo não podemos desfocá-la da luta pela melhoria da escola pública, das condições de vida do povo brasileiro e do combate a todo tipo de segregação, seja de etnia, gênero ou classe.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Júlio Groppa. *Diferenças e preconceito na escola: alternativas teóricas e praticas*. São Paulo: Summus, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal & convenções internacionais*. Atual. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

COUTINHO, Afrânio. *A febre da pós-graduação*. Jornal do Comércio, Manaus, caderno 1, 18 maio 1980.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *O ponto de Arquimedes: natureza humana, direito natural, direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2001.

DHAL, Robert A. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

FREYRE, Gilberto. *Casa grande & senzala*. 23. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1984.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. (Tomo IV).

MIZUKAMI, Maria da Graça Nicoletti. *Ensino: as abordagens do processo*. São Paulo: EPU, 1986, p. 8.

NIETZSCHE, Frederico. *Assim falava Zaratustra*. 3. ed. Trad. José Mendes de Souza. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1950.

ORTEGA Y GASSET, José. *Missão da universidade*. Trad. Sant'Anna Dionísio. Porto: Imprensa Portuguesa, 1946.

PINTO, José Marcelino de Rezende; BRANT, Liliane Lúcia Nunes de Aranha; SAMPAIO, Carlos Eduardo Moreno; PASCOS, Ana Roberta Pati. *Um olhar sobre os indicadores de analfabetismo no Brasil*. Revista Brasileira Est. Pedagógicos, Brasília, v. 81, n. 199, p. 511-524, set./dez. 2000.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Actual. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Círculo do Livro, 1995.

\_\_\_\_\_. *A universidade necessária*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

SABATOVSKI, Emílio; FONTOURA, Iara P.; FOLAMNN, Melissa (Org.). *Constituição Federal & convenções internacionais*. 12. ed. atual. Até a Emenda 39. Curitiba: Juruá, 2003, p. 129.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Habeas corpus: crítica e perspectivas (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional)*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2001.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

SCHAFRANSKI, Márcia Derbli. *Pedagogia no ensino superior*. Curitiba: Juruá, 2003.

TEIXEIRA, Anísio. *A crise educacional brasileira*. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*. Rio de Janeiro, v. 19, n. 50, abr./jun. 1953, p. 20-43. Disponível em: <<http://www.prossiga.br/anisioteixeira/artigos/crise.html>>. Acesso em: 21 jan. 2005.

\_\_\_\_\_. Uma perspectiva da educação superior no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*. Brasília, v. 50, n. 111, jul./set. 1968, p. 21-82. Disponível em: <<http://www.prossiga.br/anisioteixeira/artigos/perspectiva.html>>.



## LIGEIRAS OBSERVAÇÕES SOBRE A IM(P)UNIDADE PENAL NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

Cláudio da Silva Leiria

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul*

“Na história da sociedade há um ponto de fadiga e enfraquecimento doentios em que ela até toma partido pelo que a prejudica, pelo criminoso, e o faz a sério e honestamente” (F. Nietzsche, Para além do bem e do mal).

### RESUMO

No presente artigo, defende-se que as imunidades previstas no artigo 181 do Código Penal não são absolutas, mas dependem de representação, sob pena de entendimento contrário ferir o princípio da igualdade de todos perante a lei e os direitos fundamentais à propriedade e segurança.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crimes patrimoniais. Imunidades. Segurança. Propriedade. Ação.

## ABSTRACT

In the present article, it is defended that the immunities foreseen in article 181 of the Criminal Code are not absolute, but depend on representation, duly warned contrary agreement to wound the principle of the equality of all before the basic law and rights to the property and security.

**KEYWORDS:** Larcenies. Immunities. Security. Property. Action.

## SUMÁRIO

Introdução - 1 Da necessidade de uma nova interpretação do artigo 181 do Código Penal - 1.1 Colisão de direitos fundamentais - 1.2 Do direito fundamental à segurança e à propriedade - 1.3 Lei Maria da Penha e imunidades penais - 2 A objeção ideológica - Breves conclusões - Referências.

## INTRODUÇÃO

Prescreve o artigo 181 do Código Penal que é **isento de pena** quem comete delitos contra o patrimônio em prejuízo do cônjuge, na constância da sociedade conjugal (inciso I) e de ascendentes ou descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, civil ou natural (inciso II).

Já nos incisos I, II e III do artigo 182 do Diploma Repressivo é previsto que somente se procede mediante representação se os crimes contra o patrimônio forem praticados em detrimento de cônjuge desquitado ou judicialmente separado; de irmão, legítimo e ilegítimo; de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

Não se aplica o disposto nos dois artigos acima citados se o crime é de roubo ou extorsão, ou, em geral, quando haja o emprego de grave ameaça ou violência à pessoa; ao estranho que participa do crime; se o

crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, conforme dispõe os incisos I, II e III do artigo 183 do Código Penal.

No presente artigo, pretende-se demonstrar que a norma veiculada no artigo 181, inciso I, do Código Penal deve ser relativizada, pois, dentre outros motivos, sua 'interpretação tradicional' (literal) fere o princípio constitucional da isonomia, além de servir de fomento à impunidade.

## 1 DA NECESSIDADE DE NOVA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 181 DO CÓDIGO PENAL

Refere NUCCI que

imunidade é um privilégio de natureza pessoal, desfrutado por alguém em razão do cargo ou da função exercida, bem como por conta de alguma condição ou circunstância de caráter pessoal. No âmbito penal, trata-se (art. 181) de uma escusa absolutória, condição negativa de punibilidade ou causa pessoal de exclusão da pena. Assim, por razões de política criminal, levando em conta motivos de ordem utilitária e baseando-se nas circunstâncias de existirem laços familiares ou afetivos entre os envolvidos, o legislador houve por bem afastar a punibilidade de determinadas pessoas<sup>1</sup>.

O citado autor prossegue afirmando que

*Ensina Nélson Hungria que a razão dessa imunidade nasceu, no direito romano, fundado na co-propriedade familiar. Posteriormente, vieram outros argumentos: a) evitar a cizânia entre os membros da família; b) proteger a intimidade familiar; c) não dar cabo do prestígio auferido pela família. Um furto, por exemplo, ocorrido no seio familiar deve ser absorvido pelos próprios côn-*

---

1 Código Penal Comentado. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, P. 731.

*judes ou parentes, afastando-se escândalos lesivos à sua honorabilidade (Comentários ao Código Penal, v. 7, p. 324).*

No entanto, o legislador não poderia, pura e simplesmente, face ao princípio de que todos são iguais perante à lei, blindar contra a ação persecutória do Estado o agente que pratica crimes patrimoniais em prejuízo de seus ascendentes, descendentes e cônjuges.

Está-se, vez mais, diante do problema de colisão de direitos fundamentais. De um lado, o direito fundamental à segurança e à propriedade de que a vítima é titular; de outro, o direito do réu a uma imunidade penal, qual seja, não se ver processado pelo Estado por uma conduta ilícita.

## 1.1 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que os direitos fundamentais não são intocáveis e absolutos. Como o homem vive em sociedade, estando em contato permanente com seu semelhante - que também goza de direitos e garantias -, natural que surjam situações de conflitos e choques entre esses direitos.

Tem-se colisão ou conflito de direitos sempre que a Constituição proteja, ao mesmo tempo, dois valores ou bens que estejam em contradição em um caso concreto.

Conforme CANOTILHO, uma colisão autêntica de direito fundamentais ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.

E no âmbito penal, não se pode ter visão monocular do Direito. Os interesses da sociedade também devem ser tutelados. Importante lembrar a lição do Supremo Tribunal Federal: **“A lei deve ser interpretada não somente à vista dos legítimos interesses do réu, mas dos altos interesses da sociedade, baseados na tranqüilidade e segurança social”**.<sup>2</sup>

---

2 RHC 63.673-0-SP, DJU 20.06.1986, p. 10.929.

O princípio da proporcionalidade tem dupla face: se de um lado há a proibição de excesso, para conter o arbítrio do Estado, de outro existe a proibição da proteção deficiente aos que têm seus direitos fundamentais violados.

## 1.2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA E À PROPRIEDADE

Toda pessoa que se encontre no território do país tem direito à segurança e à propriedade, cabendo ao poder público promover este direito, garantindo à população o direito de ir e vir, de estabelecer-se com tranqüilidade, de ter sua intimidade preservada, sem que seu patrimônio, integridade física, moral ou psicológica sejam colocados em risco.

**A Declaração Universal dos Direitos do Homem**, datada de 1948, no seu artigo 3, prescreve que “todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” No art. 8 há a previsão de que **todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhes sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei**. E, por fim, prescreve o artigo 17, itens 1e 2, da referida Declaração:

*“I - Todo homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.*

*“II - Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.”*

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o famoso ‘Pacto de São José da Costa Rica’) no seu artigo 7º assegura que ‘toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais’.

A Constituição Brasileira garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito *à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade* - art. 5º, ‘caput’.

É absolutamente necessário que os operadores do Direito passem a enxergar que não somente o indivíduo tem direitos, mas que a coletividade pacata e ordeira precisa de ordem e segurança para levar em paz sua vida. O contrato social precisa ser protegido. O Estado tem

sua razão maior de ser na proteção do todo, e não somente da da parte. Invoca-se ensinamento de SAMPAIO DÓRIA (grifos não constantes do original):

*Em verdade, o Estado, que o homem organiza, se destina ao bem do homem, e não à sua desgraça. Ninguém constrói, por exemplo, uma estrada de ferro para ser esmagado por um desastre. Nem mesmo para servi-la. Mas para se servir dela. Da mesma forma, não é para ser anulado que o homem organiza o Estado. As sociedades se formam em função dos indivíduos, e para eles. E, nas sociedades, a organização política, ou Estado, surge, mas é para garantir, igualmente, a cada um a liberdade, isto é, fazer, ou deixar de fazer, o que generalizado, não destrua, nem prejudique a vida social. Nunca para suprimir aos homens a dignidade da existência<sup>3</sup>.*

A solução que se alvitra para o conflito de direitos fundamentais é fazer interpretação condicionando à representação as situações previstas nos incisos do art. 181 do Código Penal.

Muitos são os motivos pelos quais se deve considerar condicionada à representação a ação penal nos crimes contra o patrimônio em que são vítimas as pessoas referidas no artigo 181 do Código Penal.

Em **primeiro** lugar, face ao princípio da igualdade, o patrimônio dessas vítimas não é menos digno de proteção do que o das demais pessoas.

A Constituição brasileira, no 'caput' do art. 5º, prescreve que **todos são iguais perante a lei**, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade.

A interpretação literal do art. 181 do CP gera teratóide: *cidadãos de segunda classe, cujo patrimônio não teria a proteção penal*. E lembre-se que o patrimônio é protegido pela Constituição e pelo Pacto de São José da Costa Rica.

A **igualdade perante a lei penal** exige que a mesma lei penal, com

---

3 DÓRIA, A. Sampaio. *Direito Constitucional*. 5ª ed., vol. I, Tomo I, São Paulo: Max Limonad, 1962, p. 244.

as sanções correspondentes, seja aplicada a todos quantos pratiquem o fato típico nela descrito.

Ao tratar sobre o tema 'inconstitucionalidade', JOSÉ AFONSO DA SILVA ensina que

*a outra forma de inconstitucionalidade revela-se em se impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permanecem em condições mais favoráveis. O ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade<sup>4</sup>.*

Se a Constituição Federal de um lado impõe limites ao legislador ordinário na escolha dos bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal, de outro impõe a obrigação de incriminar a ofensa de certos bens jurídicos e determina a exclusão de certos benefícios.

Ao dispor que 'a lei punirá *qualquer* discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais' (art. 5º, inciso XLI), a Constituição está protegendo a propriedade (direito fundamental), e via de consequência, impedindo que de forma absoluta o legislador penal prescreva imunidades no que diz respeito aos crimes contra o patrimônio praticados pelas pessoas referidas no artigo 181 do Código Penal. Configura-se um direito constitucional a não ser discriminado em função dos direitos fundamentais.

Não pode o legislador infraconstitucional simplesmente negar proteção penal a bens jurídicos de primazia e fundamentalidade, como a propriedade, face a ataques repulsivos, como os delitos de furto, estelionato, apropriação indébita, abuso de incapazes etc.

Na esteira do ensinamento de LUCIANO FELDENS,

*passamos a perceber, pois, uma situação de intrínseca conexão entre o dever de prestação normativa em matéria penal e o tema da prospecção objetiva dos direitos fundamentais, haja vista a exigência que se impõe ao Estado de protegê-los....Por essa razão, e tal como*

---

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, p. 208.

*reconhecido por penalistas de primeira grandeza, a problematização em torno dos mandados constitucionais de criminalização deve partir de bases normativo-constitucionalistas<sup>5</sup>.*

Em **segundo**, a *meta optata* do artigo 181 do Código Penal é acobertar a intimidade familiar, protegê-la de escândalos perante terceiros. No entanto, há outras formas de fazer-se isso e ainda assim dar proteção ao patrimônio das vítimas.

Isso poderia ser facilmente obtido determinando-se o segredo de justiça para o inquérito policial ou processo judicial criminal envolvendo as partes elencadas no art. 181 do CP. Preservada ficaria a honorabilidade da família (enquanto instituição) e de seus membros (no particular).

Em **terceiro**, em muitas situações, a vítima não tem qualquer sentimento de amor ou afeto pelo agente que lhe causou um desfalque patrimonial. Nem é preciso mencionar que são inúmeros os casamentos 'de fachada', em que os cônjuges não nutrem o menor sentimento de amor um pelo outro, ou de pais que até odeiam seus filhos.

Nesses casos, que motivo racional haveria para tornar os autores dos ilícitos imunes a uma persecução penal?

Frise-se ainda que a família modificou-se radicalmente. Novos padrões de comportamento são adotados. Na década de 40, quando o Código Penal entrou em vigor, o Brasil ainda era uma sociedade agrária e patriarcal. A religião, especialmente a católica, era de enorme influência. Os sentimentos de unidade e de honra de uma família eram bem mais acentuados do que nos tempos atuais. A matriarca apenas cuidava dos filhos e dos afazeres domésticos. O dinheiro da família era guardado em cofres ou debaixo do colchão. O divórcio sequer existia.

Importante destacar que na seara infracional o Tribunal de Justiça de São Paulo improveu recurso de adolescente contra a sentença que lhe aplicou a medida socioeducativa de internação porque subtraiu vários objetos de seus pais com o intuito de comprar substâncias entorpecentes. **No julgamento, os Desembargadores entenderam que os atos infracionais praticados foram mais danosos ao grupo familiar do que**

---

5 *A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle das leis penais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 73.

## a preservação da instituição familiar.

Em **quarto**, como conseqüência do ponto anterior, mencione-se que a vítima pode ter interesse em futura ação indenizatória, na esteira do que dispõe o art. 63 do CPP<sup>6</sup>, para o que será de enorme utilidade o trânsito em julgado de uma sentença condenatória na órbita criminal.

Em **quinto**, a imunidade prevista no artigo 181 do CP quebra a coerência interna do sistema jurídico. Ora, um crime no seio familiar seria sempre grave, independentemente do bem jurídico afetado. Então, qual a lógica de permitir a imunidade para os crimes patrimoniais quando ela não se aplica a delitos que afetam outros bens jurídicos? Por que conceder imunidade para delitos com maior quantitativo de pena e negá-la para delitos menos graves?

É de bom alvitre salientar que o Código Penal capitula como agravante o crime cometido contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, nos termos do seu artigo 61, inciso II, 'e'. E assim sendo, os **delitos não-patrimoniais** cometidos contra as pessoas referidas no art. 181 do CP também não prejudicariam o 'bom nome da família? Não semeariam a cizânia?

Não se pode olvidar, também, que a imunidade penal prevista no artigo 181 do CP é fator criminógeno, pois sabendo que não poderá haver a persecução penal pelo Estado, o indivíduo não se intimidará em realizar a conduta ilícita.

Para a pobre vítima, restaria apenas uma ação indenizatória contra o agente. Mas qualquer um que tenha os pés na realidade sabe a crise que atravessa a execução: muitos bens não são penhoráveis, o agente via de regra não terá bens para pagar o devido, o escamoteamento de bens é de fácil realização (venda do bem, colocação do bem em nome de terceiros, ocultamento de bens etc).

Deve-se, sempre, portanto, deixar ao crivo do familiar ou cônjuge lesado a decisão de possibilitar a deflagração da ação penal. É a única forma de manter-se o equilíbrio entre os direitos da vítima e do acusado.

---

6 Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

O Parlamento parece estar atento para a questão. Visando a corrigir a absurda situação consagrada pelo art. 181 do Código Penal, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 3.764/2004, de autoria do Deputado Coronel Alves, prevendo a revogação desse artigo e dando nova redação ao artigo 182, nos seguintes termos:

*“Art. 1º. Esta lei revoga o art. 181 e dá nova redação ao art. 182 do Código Penal Brasileiro.*

*“Art. 2º. Fica revogado o artigo 181 do Decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940.*

*“Art. 3º. O art. 182 do Decreto-lei 2848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:*

*‘Art. 182.....*

*I- do cônjuge, na constância da sociedade conjugal ou judicialmente separado;*

*II – de ascendente, descendente e colateral até o 3º grau.*

Na justificativa do Projeto de lei, o parlamentar argumenta:

*Para melhor adequar o texto à realidade brasileira e não beneficiar o parente que praticou a infração contra a própria família, entendemos que a melhor hipótese seria a revogação do art. 181, pois traz a isenção de pena, quando o mais correto deve ser a representação, deixando para a família a decisão da responsabilidade penal ou não.*

*Assim, este projeto visa aperfeiçoar o texto e ampliar a ação familiar na correção dos atos delituosos, dentro do espírito das penas alternativas.*

### 1.3 LEI MARIA DA PENHA E IMUNIDADES PENAIS

Com o advento da Lei Maria da Penha, tende a formar-se um consenso doutrinário de que as imunidades penais entre cônjuges e parentes não teriam mais aplicabilidade quando se tratar de violência patrimonial contra a mulher, nos termos do artigo 5º, incisos I a III, c/c o artigo 7º, inciso IV, da Lei n. 11.340/06<sup>7</sup>.

Nesse diapasão é o entendimento da douta Desembargadora gaúcha Maria Berenice Dias, *verbis*:

“A partir da vigência da Lei Maria da Penha, o varão que ‘subtrair’ objetos da sua mulher pratica violência patrimonial (art. 7º., IV). Diante da nova definição de violência doméstica, que compreende a violência patrimonial, quando a vítima é mulher e mantém com o autor da infração vínculo de natureza familiar, não se aplicam as imunidades absoluta ou relativa dos arts. 181 e 182 do Código Penal. Não mais chancelando o furto nas relações afetivas, cabe o processo e a condenação, sujeitando-se o réu ao agravamento da pena (CP, art. 61, II, f)”<sup>8</sup>.

7 Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

(...)

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I, II, III – (omissis)

**IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;**

8 A Lei Maria da Penha na justiça, RT, p. 88-89.

A interpretação acima é a única que se afina com o espírito da lei de garantir a proteção à mulher. Entender que as imunidades do artigo 181 do Código Penal prevalecem sobre o disposto no artigo 7º, inciso IV, da Lei Maria da Penha, seria tornar o último dispositivo mero ornamento legal e propiciar a continuidade das subtrações patrimoniais contra a mulher nas esferas familiar e residencial.

No mínimo, há de entender-se pela derrogação dos artigos 181 e 182 do Código Penal face ao disposto no artigo 2º, 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil – a lei posterior revoga a anterior quando com ela incompatível. .

## 2 A OBJEÇÃO IDEOLÓGICA

Com certeza, as posições externadas no presente artigo atrairão os protestos dos autodesignados ‘penalistas modernos’, que, escandalizados, focarão suas críticas no fato de que direitos dos acusados, expressos legislativamente, não poderiam ser suprimidos na ‘via interpretativa’.

Na dogmática ‘garantista’, o Direito Penal existe tão-somente para a proteção daquele que seus adeptos denominam ‘o mais débil’ (o acusado) diante do Leviatã (O Estado).

Nessa visão estreita e unilateral do fenômeno jurídico, o Direito Penal tem como única finalidade proteger o acusado da fúria punitiva do Estado.

Só não percebeu o ‘garantista’, ‘neto retardatário do Iluminismo’, que na realidade brasileira o débil na relação penal é o Estado (depauperado, sem condições de equipar sua polícia e o Poder Judiciário ou dar vida digna aos seus cidadãos), enquanto o Leviatã é o criminoso, cada vez mais ousado, organizado e bem armado. Isso é mais uma prova do equívoco que é transplantar-se doutrinas alienígenas para aplicação em solo pátrio, sem qualquer observância das realidades locais.

Na linha de pensamento ‘garantista’, conforme as necessidades de proteção do ‘mais débil’, ora a legalidade flexibiliza-se (concedendo-se direitos sem previsão legal), ora torna-se uma muralha intransponível (restringindo-se interpretações desfavoráveis ao acusado).

Essa cegueira ideológica, no entanto, não se harmoniza com a

Constituição brasileira, que deve ser a bússola na interpretação do Direito. Pode-se dizer que se extrai do sistema constitucional o mandamento de criminalizar os delitos patrimoniais praticados pelos agentes elencados no artigo 181 do Código Penal.

O ‘garantista’ constrói sobre areia movediça, ao interpretar o Código Penal e a Constituição com olho de Polifemo: ‘só o delinqüente tem direitos’.

Ora, análise ponderada da Constituição revela, como não poderia deixar de ser, que ela faz o justo equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais do acusado e a defesa da sociedade (individual x coletivo). Pode-se dizer com todas as letras que a Constituição Federal não acolheu o comando normativo estampado no artigo 181 do CP.

A não ser assim, o Direito Penal chancelaria situações teratológicas e afrontosas aos mais elementares sentimentos de justiça, como, por exemplo, não punir o agente que lesa patrimonialmente a mãe com 59 anos de idade, cega e analfabeta; ou então, isentar de pena o agente relacionado no art. 181 do CP pela prática do grave delito de abuso de incapaz débil mental.

Como já referido neste texto, se de um lado o Estado não pode usar de arbítrio contra o cidadão, excedendo-se no rigor punitivo (proibição de excesso), também não pode pecar pela proteção deficiente à coletividade na seara penal.

E é justamente a tarefa do aplicador do direito encontrar o ponto de equilíbrio entre direitos do acusado e os direitos da sociedade, não permitindo o aniquilamento de uma espécie por outra. Não existem ‘modelos’ de interpretação pré-definidos, sujeitando-se o intérprete, também, às variáveis sociais.

No Brasil, infelizmente, os operadores do Direito que se intitulam ‘garantistas’ (termo que usurparam) cingem-se a criar doutrinas pró-delinqüentes, esquecendo que as vítimas também têm direitos, o que faz lembrar as agudas palavras de VOLNEY CORRÊA JÚNIOR<sup>9</sup>:

“Todos os séculos registram surtos espasmódicos de contracultura e anticivilização. Neste fim de

---

9 *Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas*. Campinas: Millennium Editora, 2002, p. 90.

século, a revivescência cínica em voga é a bandidolatria. Cegos à dramática situação da população atormentada por assaltantes e surdos aos gemidos das vítimas, insensatos há que se propõem a identificar no ladrão-assaltante uma auréola robinhoodiana: ele, a seu modo e em última instância, estaria a promover redistribuição de renda...Seria cômico, se não fosse trágico.

“Humanismo sadio é o que se volta para o trabalhador pacato: para a faxineira e para a lavadeira (que não delinqüem); para o balconista e para o ascensorista (que não delinqüem); para o metroviário e para o bancário (que não delinqüem); para o rurícola, cujo único crime é suplicar um pedaço de terra; para o funileiro, o carpinteiro, o operário em construção (que não delinqüem); para todos quantos se vêem submetidos a formas espoliativas de trabalho, abrigam-se em sub-habitações, alimentam-se precariamente, vestem-se mal, afligem-se em corredores de hospitais deficientes (e não delinqüem, não delinqüem, não delinqüem, porque mansos de espírito, puros, dotados de boa índole).

“Falso e hipócrita humanismo é o que prodigaliza benesses aos que estupram, seqüestram, matam e roubam.”

## BREVES CONCLUSÕES

1. A imunidade prevista no artigo 181 do Código Penal, tal como posta, é inconstitucional, pois: a) fere o princípio da igualdade, já que o patrimônio da vítima naquelas hipóteses é tão digno de proteção quanto o de qualquer cidadão; b) a proteção à intimidade familiar, buscada pelo instituto, pode ser alcançada por outros meios, tal como a decretação de sigilo no procedimento investigatório; c) muitas vezes não há vínculos afetivos a proteger entre autor e vítima; d) a vítima pode ter interesse na condenação do culpado para exercer a ação *ex delicto*; e) há uma quebra

de coerência interna do sistema penal, já que a imunidade não é aplicada para outros delitos cometidos pelos agentes relacionados no art. 181 do CP, inclusive para os com menor quantitativo de pena;

2. Ainda, a imunidade positivada no artigo 181 do Código Penal estimula a impunidade, pois sabendo de antemão que não poderá ser perseguido penalmente, o simples temor de sofrer uma ação indenizatória, de difícil execução posterior, não intimidará o agente;

3. Contra as pessoas elencadas no artigo 181 do CP pode haver a deflagração de ação penal, mas condicionada à representação da vítima;

4. A Lei n. 11.340/06 (“Maria da Penha”) derogou tacitamente o artigo 181 do Código Penal, fazendo com que as imunidades penais entre cônjuges e parentes não tenham mais aplicabilidade quando se tratar de violência patrimonial contra a mulher (artigo 5º, incisos I a III, c/c o artigo 7º, inciso IV); e

5. O Direito Penal não pode ser visto somente sob a ótica dos direitos do acusado (visão monocular), devendo a interpretação da lei levar em consideração os interesses da vítima, pois o princípio da proporcionalidade é uma via dupla: de um lado, contém o arbítrio do Estado, de outro proíbe proteção deficiente ao lesado em seus direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. Editora RT, 2007.

DÓRIA, A. Sampaio. *Direito Constitucional*. 5ª ed. vol. I, Tomo I, São Paulo: Max Limonad, 1962.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle das leis penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

JÚNIOR, Volney Corrêa Leite de Moraes. *Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas*. Campinas: Millennium Editora, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores.



# CONTROLE LEGISLATIVO DE CÃES DA RAÇA PIT BULL: UMA NOVA SOLUÇÃO PARA UM VELHO PROBLEMA

Marco Aurélio Souza da Silva

*Pós-graduando em nível de especialização em Direito Penal e*

*Processual Penal pela UNIVALI/SC*

*Assistente da 22ª Promotoria de Justiça da Capital do*

*Ministério Público de Santa Catarina*

## SUMÁRIO

Introdução - 1 Comportamento canino agressivo - 2 Avaliação do risco de lesão por cães agressivos - 3 Agressividade relacionada à dominação canina - 4 Breve histórico dos cães da raça pit Bull - 5 Mídia, pit bull e segurança pública - 6 Constitucionalidade e efetividade da Lei Estadual n. 14.204/07 - 7 Responsabilidade criminal - 8 O papel do Ministério Público na responsabilidade criminal - 9 Responsabilidade civil - 10 Senso comum e senso crítico - Considerações finais - Referências bibliográficas - Anexos.

“Chegará o dia em que o homem conhecerá o íntimo dos animais. E desse dia em diante, um crime contra um animal será considerado crime contra a humanidade.”

*Leonardo da Vinci*

## INTRODUÇÃO

Não obstante seja de fundamental importância o papel da mídia na construção do processo democrático, muitas vezes observa-se que o meio de comunicação constrói uma realidade não necessariamente verdadeira. É fácil constatar que nos últimos anos a mídia tem dado uma cobertura extraordinária aos eventos envolvendo a violência perpetrada por homens e animais.

No tocante às matérias de violência veiculadas, sobressaem-se alguns fenômenos recorrentes. Atualmente, mais uma vez as lentes da mídia, sobretudo a televisiva, voltam-se para a dramatização do ataque de cães da raça pit bull a pessoas e a outros animais. O problema é que a imagem transmitida tem sido a de que o vilão desses fenômenos é tão-somente o animal. O seu proprietário ou possuidor, geralmente o principal culpado por sua falta de cautela, civilidade e respeito à lei, é menos penalizado que o próprio animal.

Desde que a mídia começou a dar publicidade aos casos em que crianças e adultos foram vítimas do ataque de cães pit bulls, levantou-se a discussão quanto à existência de uma lei que estabelecesse um controle desses animais. Tomada pelo medo, pelo desespero e pela desinformação, boa parte da população, por forte influência da mídia, exigiu direta ou indiretamente de seus representantes políticos uma solução rápida para o problema. Com isso, na ausência de um debate sério e profundo acerca do assunto, a saída que tem sido utilizada é a mais simplista e a que exige menos esforço.

Assim foi que, em 26 de novembro de 2007, o Governador do Estado de Santa Catarina, Luiz Henrique da Silveira, sancionou a Lei n. 14.204<sup>1</sup>, proibindo, neste Estado, a criação, a comercialização e a circulação de cães da raça pit bull, bem como das raças que resultem de seu cruzamento, por canis ou isoladamente. Estabelece também a referida lei uma vedação da circulação e da permanência desses cães em logradouros públicos e locais em que haja concentração de pessoas, tais como ruas, praças, jardins e parques públicos, bem como nas proximidades

---

1 BRASIL. Lei do Estado de Santa Catarina n. 14.204, de 26 de novembro de 2007. Disponível em: <[http://200.192.66.20/alesc/docs/2007/14204\\_2007\\_lei.doc](http://200.192.66.20/alesc/docs/2007/14204_2007_lei.doc)>. Acesso em: 21 dez. 2007.

de hospitais, ambulatórios e unidades de ensino público e particular. Não obstante a publicação legislativa, o governo catarinense ainda não decidiu, até o momento, de que maneira fará a fiscalização e a quem competirá aplicar as multas.

Santa Catarina é mais um Estado da Federação a aprovar uma lei de restrições relacionadas a cães da raça pit bull. O primeiro, de que se tem notícia, foi o Rio de Janeiro, em 2005, com a Lei n. 4.597<sup>2</sup>. Atualmente, existem projetos de lei em outros estados da federação no mesmo sentido.

Em meio a tanta polêmica, embora não seja o assunto novidade, o presente trabalho procurará tecer uma análise jurídica e médica veterinária, a fim de explicitar as possíveis conseqüências de mais uma legislação que se propõe a resolver um problema antigo, mas que, ao que tudo indica, por vias tortas.

Nesse contexto, serão abordados os principais aspectos do comportamento canino, além de um breve histórico dos cães da raça pit bull. Em seguida, far-se-á uma análise da relação mídia, pit bull e segurança pública, passando pela aplicação e efetividade prática da Lei Estadual n. 14.204/07, o papel do Ministério Público na responsabilização criminal, a responsabilidade civil resultante do evento danoso e, bem assim, um confronto entre o senso comum e o senso crítico que imperam acerca da matéria.

Antes de adentrar no aspecto jurídico, fazem-se necessárias algumas considerações técnicas acerca do objeto de controle da mencionada legislação – o cão da raça pit bull.

## 1 COMPORTAMENTO CANINO AGRESSIVO

A agressividade é um dos problemas comportamentais mais comuns encontrados nos animais, especialmente nos domesticados, razão pela qual existem centros de adestramento especializados em diversos locais do país. Tendo em vista a freqüente ocorrência de ataques por parte de animais domésticos, causadores de lesões e até mortes, isso

---

2 BRASIL. Lei do Estado do Rio de Janeiro n. 4.597, de 16 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em: 21 dez. 2007.

acabou por tornar-se um problema de saúde pública relevante.

No tocante aos animais domésticos identificados como agressivos, notadamente os cães, constata-se que seus proprietários necessitam de auxílio na avaliação da extensão do perigo que representam, bem como na correção ou controle de tal comportamento. A informação adequada deve consistir em advertir os proprietários de que devem proporcionar um tratamento seguro aos seus animais, evitando, com isso, situações que provoquem transtornos agressivos.

Para melhor compreensão do complexo problema da agressividade canina, impende realizar uma breve análise de sua classificação, em conformidade com a literatura médica veterinária.

## 2 AVALIAÇÃO DO RISCO DE LESÃO POR CÃES AGRESSIVOS

A abordagem de classificação funcional leva em conta as circunstâncias em que a agressão ocorre, a organização dos padrões comportamentais envolvidos, permitindo interferências em relação à motivação para o comportamento, bem como auxiliando na descoberta dos fatores que levam ao comportamento e no desenvolvimento de um prognóstico e de um plano de tratamento adequados.

A maneira ideal de estabelecer um diagnóstico preciso é combinar exame físico e testes diagnósticos apropriados a um histórico comportamental completo, além de observar o cão durante uma exibição agressiva típica, tanto de forma direta quanto por meio de observação de vídeos.<sup>3</sup>

É comum perceber a impaciência ou intolerância dos proprietários. Com frequência, agridem seus cães com gritos, chineladas, arremesso de objetos etc., especialmente quando esses encontram-se em momentos de agressividade. Ocorre que deveriam saber que tais maneiras são ineficazes. Na maioria das vezes, punir o cão agressivo aumenta seu medo e sua ansiedade, o nível de excitação e os riscos para as pessoas e outros animais. Cães que são punidos de maneira inconsistente e em

---

3 LANDSBERG, G.; HUNTHAUSEN, W; ACKERMAN, L. *Problemas comportamentais do cão e do gato*. Trad. Paulo Marcos Agria de Oliveira. São Paulo: Roca, 2004, p. 354.

ocasiões inadequadas podem aprender a atacar sem aviso.

A agressividade canina decorre de múltiplos fatores. A manifestação pode ser influenciada de maneira significativa pelo ambiente, pelas circunstâncias ou pela presença de pessoas estranhas. Em casos de agressão possessiva ou territorial, o medo pode ser um fator contribuinte. Da mesma forma, um problema de saúde no animal pode aumentar sua irritabilidade, agravando ainda mais possíveis agressões, pois a dor pode baixar o limiar para a agressão.

Outro fator negativo é o aprendizado incorreto. Registre-se que a situação complica-se ainda mais quando o cão aprende que pode conseguir o que quer sendo agressivo. Assim, o diagnóstico e o tratamento de problemas comportamentais agressivos exigem uma compreensão de todos os fatores que contribuem para tais problemas.

Cães altamente excitados tendem a apresentar um risco mais alto para agressão, na medida em que o seu estado emocional pode interferir na capacidade de responder de forma consciente ou racional a estímulos. Quando exposto a um estímulo novo ou surpreendente, o cão que é altamente excitado pode responder de maneira impulsiva, reflexiva ou defensiva<sup>4</sup>.

Quando se tem pouca informação sobre o comportamento social do animal diante de diversas pessoas, em uma ampla variedade de situações, surgem dúvidas acerca de seu potencial para agir de maneira agressiva em circunstâncias específicas. Daí a necessidade de o proprietário avaliar os riscos de danos por parte de seus cães a outras pessoas ou outros animais.

Os aspectos físicos do cão também são importantes na avaliação do potencial de agressividade quanto à ocorrência de danos. Por certo, cães de grande porte, jovens e fortes, tendem a causar maiores problemas. Porém, isso não afasta a possibilidade de um animal de pequeno porte provocar lesões graves em suas vítimas, como lacerações profundas ou fraturas ósseas. Tirante a agressão predatória, a agressão territorial é mais perigosa do que a agressão por medo, já que na territorial o cão vai atrás do alvo, ao passo que um cão agressivo por medo pode evitar

---

4 LANDSBERG, G.; HUNTHAUSEN, W; ACKERMAN, L. *Problemas comportamentais do cão e do gato*. Trad. Paulo Marcos Agria de Oliveira. São Paulo: Roca, 2004, p. 355.

interação se estiver fora de sua propriedade.

Por fim, as características da família que adota o animal podem constituir uma variável de especial importância a influenciar o risco da situação. A atividade e a complexidade de alguns ambientes domésticos também dificultam o controle e o manejo seguro dos animais no tocante ao potencial agressivo.

### 3 AGRESSIVIDADE RELACIONADA À DOMINAÇÃO CANINA

Cães que apresentam exibições de dominação em relação a uma pessoa determinada podem se tornar agressivos se a pessoa aproximar-se quando o cão estiver repousando ou comendo, ou em resposta a sinais sociais dominantes ou manipulação. O animal pode sinalizar sua dominação por meio de posturas, expressões faciais e vocalização. Se a pessoa não recuar ou não se submeter, ou se ainda responder com ameaças ou ansiedade, a agressividade pode desenvolver-se para tocaia, mordidas e ataques. Assim, o cão aprende que a agressão é bem-sucedida na manutenção de seu *status* ou na posse de um recurso, e também pode tornar-se cada vez mais defensivo e ansioso, dependendo da resposta do proprietário<sup>5</sup>. O *status* dominante do cão em relação aos membros da família não prediz se este pode ser amigável ou agressivo com relação a pessoas fora do grupo social do cão (estranhos).

Não é incomum que ataques ocorram subitamente, sem aviso e, aparentemente, não provocados. Tais ataques podem não parecer provocados porque o proprietário não reconhece sinais dominantes que, em geral, precedem a investida. A agressão por dominação provavelmente é um dos tipos de problemas comportamentais caninos cujo diagnóstico é mais errôneo, por ser baseado em poucos critérios. Algumas formas de agressão relacionada à dominação são tão graves e perigosas que têm sido rotuladas como “síndrome de fúria”.

Cães com personalidade agressiva podem tornar-se problemáticos para proprietários com pouca capacidade ou fraco conhecimento para reivindicar controle suficiente. Via de consequência, crianças pequenas

---

5 LANDSBERG, G.; HUNTHAUSEN, W; ACKERMAN, L. *Problemas comportamentais do cão e do gato*. Trad. Paulo Marcos Agria de Oliveira. São Paulo: Roca, 2004, p. 359.

tendem a ficar em alto risco ao conviverem com um cão dominante-agressivo. Assim, casos de agressão relacionada à dominação devem ser diferenciados de outras formas de agressão. Portanto, existem critérios de identificação, diagnóstico e tratamentos da agressão, especialmente por dominação, mas que deixarão de ser citados neste trabalho por extrapolar seus objetivos.

Comparativamente, a agressão possessiva pode ser direcionada para seres humanos ou outros animais que se aproximam do cão quando ele está próximo ou em posse de algo que valoriza. Pode-se tratar de um alimento, um brinquedo, uma pessoa, um animal ou um local. A agressão possessiva pode associar-se com agressão por dominação, mas isso nem sempre é o caso.

A agressão por medo é provocada por um estímulo que parece ameaçador para o cão. Às vezes, é citada como agressão defensiva, embora possa haver aspectos desse tipo de agressão em que o animal não parece estar amedrontado. Tal agressão pode ser exibida quando um cão é o receptor de posturas ou expressões faciais agressivas, ou é abordado por outro animal ou uma pessoa que não é familiar, não é amigável ou, de alguma forma, representa ameaça para ele. Socialização inadequada, experiências traumáticas, punições e genética podem contribuir para o desenvolvimento de agressão por medo.

A agressão territorial e protetora é direcionada a uma pessoa ou a outro animal que não é membro do grupo ou que não é familiar para o cão. Geralmente, essa agressão pode ser exibida em direção a pessoas ou outros animais que se aproximam de membros da família ou do território percebido do animal.

A agressão predatória relaciona-se ao instinto natural de cães. É da natureza deles perseguir e caçar presas. Entretanto, quando tal instinto é direcionado a pessoas e animais domésticos, provoca problemas que precisam ser corrigidos. Os comportamentos predatórios podem ser estimulados pelo movimento de pessoas correndo, ciclistas, crianças brincando ou automóveis trafegando. O desejo de perseguir e arrebanhar, fortemente inerente a algumas raças, também pode ser um componente do impulso predatório. Estímulos auditivos, como choros e gritos de bebês ou crianças pequenas, também podem provocar uma resposta predatória. Esta não é precedida de ameaças porque representa um instinto normal de caçar e matar, durante o qual o desempenho de

comportamentos de aviso ou ameaça seria contraproducente<sup>6</sup>.

A agressão predatória é difícil de evitar, pois é um comportamento instintivo. Porém, alguns cães nascem com maior instinto predatório do que outros. Por essa razão, o treinamento de obediência do animal é uma obrigação do proprietário ou do seu possuidor.

Observa-se que a classificação da agressividade animal varia conforme a literatura consultada. Destarte, há inúmeras outras formas de agressão, como relacionada ao conflito, irritável ou induzida por dor, por brincadeira, materna redirecionada, intra-específica, fisiopatológica, idiopática, aprendida etc., o que, a despeito de sua importância, foge aos objetivos perseguidos pelo presente estudo.

Diante dessas considerações, a segurança da família tem de ser a primeira preocupação. Em alguns casos, remover o animal da casa é a melhor solução. Doar o cão a amigo, parente ou estranho pode ser arriscado, ainda que o receptor possa ser mais autoritário e dominante do que o cão. A opção da eutanásia deve ser discutida como última hipótese. Os membros da família devem ser consistentes em suas interações com o cão, tendo em mente que a obtenção de controle tem que ser realizada de maneira gradual e segura e sem confronto físico. Se alterações significativas forem experimentadas de maneira muito rápida, a agressividade poderá aumentar.

Contar com o auxílio de um adestrador ou membro da família ao qual o cão não desafiará é a maneira mais segura de começar a obter o controle do animal, de forma que a modificação comportamental possa continuar. O treinamento precoce de obediência é útil para estabelecer o domínio do proprietário desde a idade jovem do animal. Isso tem especial importância em raças que tendem a ser agressivas por natureza.<sup>7</sup>

A socialização precoce pode exercer um efeito fundamental sobre as tendências agressivas. Boa parte das informações refere-se aos cães, mas pode ser aplicada a outras espécies de animais. Se o cão tiver pouco contato com pessoas no início de sua vida, principalmente entre três e

---

6 LANDSBERG, G.; HUNTHAUSEN, W; ACKERMAN, L. *Problemas comportamentais do cão e do gato*. Trad. Paulo Marcos Agria de Oliveira. São Paulo: Roca, 2004, p. 376.

7 OLIVER, John E. *Agressividade*. In: LORENZ, Michael D.; CORNELIUS, Larry M. *Diagnóstico clínico e tratamento em pequenos animais*. Trad. Idília Ribeiro Vanzellotti. Rio de Janeiro: Interlivros, 1989, p. 36.

doze semanas de idade, provavelmente terá receio do contato humano e poderá agredir por medo.<sup>8</sup>

Conhecida a classificação básica do comportamento agressivo canino, passar-se-á ao conhecimento de um breve histórico acerca dos cães da raça pit bull.

#### 4 BREVE HISTÓRICO DOS CÃES DA RAÇA PIT BULL

A origem da raça remonta ao Século XIX. Por volta de 1835, o parlamento inglês proibiu o esporte chamado *bull baiting*, um jogo sádico em que Bulldogs eram usados para atacar touros trazidos à arena (com a discutível intenção de amaciar-lhes a carne). O cão atacava o touro, evitando coices e chifradas, agarrava sua narina ou orelha, e a segurava até que o touro caísse. Inconformada, a opinião pública forçou o governo a tomar uma medida contra essa prática. Uma vez que o *bull baiting* foi banido, os criadores que apreciavam a rudeza, coragem e tenacidade dos buldogues voltaram sua atenção para a criação de cães para a briga (ou rinha). Começaram com o bulldog, efetuaram cruzamentos com terrier, e produziram os *Half and half* ou *Bull and Terriers*, cães de pequeno porte, de muita força física e dotados de maior agilidade que os bulldogs.<sup>9</sup>

Os *Bull and Terriers* foram criados para agredir outros cães, matar ratos (pragas comuns na época), mostrando bravura, alta tolerância à dor, vontade de lutar e afeição ao seu criador. Com o tempo passaram a diferenciar-se em raças, tais como o *Staffordshire Bull Terrier*, o *Bull Terrier*, o *Irish Staffordshire Bull Terrier* e o Pit Bull (que não tinha um padrão para estética, mas sim em termos de temperamento).<sup>10</sup> Posteriormente, esses cães migraram para os Estados Unidos como cães de guarda de fronteira e outros países.

A raça tem como características a agilidade, a resistência, a força e

---

8 OLIVER, John E. *Agressividade*. In: LORENZ, Michael D.; CORNELIUS, Larry M. *Diagnóstico clínico e tratamento em pequenos animais*. Trad. Idília Ribeiro Vanzellotti. Rio de Janeiro: Interlivros, 1989, p. 36.

9 WIKIPEDIA. *Pit Bull*. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Pit\\_bull](http://pt.wikipedia.org/wiki/Pit_bull)>. Acesso em: 22 dez. 2007.

10 WIKIPEDIA. *Pit Bull*. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Pit\\_bull](http://pt.wikipedia.org/wiki/Pit_bull)>. Acesso em: 22 dez. 2007.

a auto-confiança. Sem adentrar em detalhes e discussões nessa área, até porque refoge do objetivo desse trabalho, registra-se ainda que a raça apresenta as variações de cores *Red Nose* (a mais popular), *Black Nose* (tradicionais), *Blue Nose* (raro) e os *Blue Fawn* (raro)<sup>11</sup>.

O pit bull é um cão inteligente, ágil, forte e companheiro de seu dono. Defende seu território com muita determinação, à semelhança de outras raças. A diferença está na força e na violência empregada. São ótimos animais de companhia e, notadamente, de guarda, desde que tratados com o devido cuidado, compreendendo carinho, atenção, alimentação e espaço adequado. Recomenda-se que a condução desses animais em locais públicos somente deve ser feita mediante a utilização de coleiras resistentes, enforcadores, guias curtas e focinheiras.

De outra parte, os cruzamentos indiscriminados devem ser evitados, dado o resultado imprevisível de variações comportamentais, entre elas a agressividade. Animais extremamente agressivos não devem ser reprodutores, evitando-se assim a transmissão hereditária do temperamento hostil.

As pesquisas realizadas em seres humanos, acerca da influência dos genes na personalidade de um indivíduo, até o momento demonstraram resultados inconsistentes. Da mesma forma, a influência genética no comportamento animal ainda é objeto de muitos estudos. Portanto, os animais em geral, entre eles os cães da raça pit bull, não se apresentam como uma ameaça ínsita, geneticamente predeterminada, pois a nocividade deles decorre essencialmente do ambiente em que vivem e da maneira pela qual são criados e tratados por seus proprietários.

## 5 MÍDIA, PIT BULL E SEGURANÇA PÚBLICA

Em qualquer país do mundo, a mídia, sobretudo a sensacionalista, procura editar notícias chocantes, vibrantes e de impacto dramatizador imediato, de modo a apreender o leitor ou o telespectador e aumentar a audiência. O fato é que, muitas vezes, a notícia não vem devidamente acompanhada da efetiva informação, traduzindo-se em mais um produto

---

11 WIKIPEDIA. *Pit Bull*. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Pit\\_bull](http://pt.wikipedia.org/wiki/Pit_bull)>. Acesso em: 22 dez. 2007.

espetacular do universo midiático.

A freqüente reprodução de imagens e notícias cria um estereótipo, refletindo no aumento vertiginoso da audiência televisiva e da vendagem de informação impressa. Não raro, a mídia constrói uma realidade social, (re)produzindo notícias e imagens de insegurança, em meio a um discurso espetacular da violência. No tocante às notícias envolvendo ataque de cães ferozes, especialmente os da raça pit bull, a situação não é diferente.

Com a costumeira precisão de sempre, ainda que se referindo ao papel da mídia em relação à violência urbana, Luiz Flávio Gomes assim sintetiza o seu entendimento acerca da matéria:

A mídia dramatiza as informações relacionadas com a violência, apresenta a criminalidade por meio de estereótipos, condena (com sua publicidade) pessoas que ainda são presumidamente inocentes, difunde o discurso de endurecimento das penas, amplia o alarme social gerado pela violência, espalha o medo, tenta influenciar (não raramente) no resultado dos julgamentos jurídicos e é seletiva (evita, muitas vezes, noticiar nomes de pessoas ou empresas que possam lhe trazer complicações ou prejuízos). Como se vê, a mídia não é isenta (não faz um discurso neutro)<sup>12</sup>

É evidente que a mídia tem um papel importantíssimo na disseminação da informação e na construção de uma sociedade democrática, livre, justa e solidária. Porém, isso não será alcançado com a banalização da mencionada raça de cães, mostrada por meio da criação de situações inverídicas de ataques, que quase sempre deram-se por imprudência ou negligência de seus donos, ou até mesmo por culpa exclusiva da vítima (como entrada não autorizada de pessoas pulando muro de quintal que tem o referido animal como guarda, maus-tratos etc.).

Outro ponto interessante a ser salientado é o preconceito indiscriminado em relação à imagem do cão da raça pit bull. A mídia nem sempre faz uma identificação correta do que seja a referida raça, por-

---

12 GOMES, Luiz Flávio. *Mídia, segurança pública e justiça criminal*. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em: 17 dez. 2007.

quanto diversas vezes mostra cães mestiços ou de outras raças (como *american staffordshire terrier*, *bulldog*, *bull terrier* etc.), confundindo e induzindo em erro o receptor da notícia. De outro lado, tais fatos costumam causar indignação naquelas pessoas conhecedoras da raça, por sentirem-se injustiçadas e hostilizadas. Com isso, apresenta-se uma visão maniqueísta da realidade social, consubstanciada na dicotomia “o bem e o mal”, onde o pit bull é a essência do mal.

Trata-se do ensino do medo. O impacto das notícias, incrementando o medo e o alarme social, é sentido, inclusive, em cidades pequenas e distantes das capitais, onde o número de cães da raça pit bull é insignificante. Porém, a conseqüência é a mesma, resultando na criação, às vezes desnecessária, de legislações locais no sentido de conter determinada forma de violência que não reflete a realidade local.

Conquanto importante a presença dos meios de comunicação no processo de democratização e socialização dos indivíduos, ao mesmo tempo pode representar uma arma apontada contra qualquer membro da sociedade. O enfoque dado pela imprensa em geral às tragédias envolvendo cães da raça pit bull, ao mesmo tempo em que mostra a insegurança, revela uma injustiça para com o animal. A mídia, quando quer, dá publicidade exagerada a alguns casos de violência, criando um sentimento de insegurança social, o que acaba servindo ao Estado para a implementação de medidas autoritárias ou desconectadas com a realidade social. E a criação da Lei Estadual n. 14.204/07, em Santa Catarina, parece ser um exemplo. Como afirma Galeano, “num mundo que prefere a segurança à justiça, há cada vez mais gente que aplaude o sacrifício da justiça no altar da segurança”.<sup>13</sup>

## **6 CONSTITUCIONALIDADE E EFETIVIDADE DA LEI ESTADUAL N. 14.204/07**

A elaboração da Lei Estadual n. 14.204, sancionada em 26 de novembro de 2007 pelo Governador Luiz Henrique da Silveira, proíbe, no Estado de Santa Catarina, a criação, a comercialização e a circulação de cães da raça pit bull, bem como das raças que resultem de seu cruza-

---

13 GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Trad. Sérgio Faraco. 9. ed. Porto Alegre: L & PM, 2007, p. 81.

mento (art. 1º). Torna obrigatória, a partir dos 6 (seis) meses de idade, a esterilização de todos os cães da referida raça, ou dela derivada, no Estado de Santa Catarina (art. 2º).

A lei também veda a circulação e a permanência de cães da raça pit bull em logradouros públicos, precipuamente, locais em que haja concentração de pessoas, tais como ruas, praças, jardins e parques públicos, bem como nas proximidades de hospitais, ambulatórios e unidades de ensino público e particular. Fica, entretanto, permitida a circulação desses cães nos mencionados locais desde que conduzidos por maiores de dezoito anos e por meio de guias com enforcadores e de focinheiras próprias para a tipologia de cada animal (art. 3º).

Os proprietários e/ou condutores de cães da raça pit bull, ou dela derivada, são responsáveis pelos danos que venham a ser causados pelo animal sob sua guarda, ficando sujeitos às sanções penais e legais existentes, além daquelas dispostas no art. 5º da Lei (art. 4º).

O descumprimento da Lei acarretará ao infrator, proprietário e/ou condutor, independentemente de outras sanções legais existentes, as sanções correspondentes: I - multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), que deverá ser aplicada em dobro e progressivamente, nos casos de reincidência à infração; II - apreensão do animal nas hipóteses de reincidência, abandono do animal ou ataque deste a pessoa ou a outro animal; e III - reparação ou compensação de danos causados independentemente da agressão ter sido contra pessoas e/ou animais (art. 5º).

Além disso, no caso de aplicação do inciso II, poderá o dono ser considerado fiel depositário, estando sujeito às multas, reparações, indenizações e restrições determinadas (§ 3º do art. 5º), bem como a multa de que trata o inciso I será aplicada aos proprietários dos cães da raça pit bull ou, não sendo estes conhecidos, aos possuidores ou detentores dos mesmos (§ 4º do art. 5º).

Rapidamente, a lei ganhou as páginas de jornais e revistas, bem como as telas de televisão. As manchetes de impacto, como dito antes, não podiam ser diferentes, entre elas: "Santa Catarina proíbe criação e

circulação de pitbulls”<sup>14</sup>, “Aqui, pit bulls não são mais bem-vindos”<sup>15</sup> e “Pit Bulls têm dias contados”<sup>16</sup>.

Em anos anteriores, a mesma matéria restou disciplinada no Estado do Rio de Janeiro. Lá, a elaboração da Lei n. 3.205, de 09 de abril de 1999, com a nova redação dada pela Lei n. 4.597<sup>17</sup>, aprovada em 2005, foi mais abrangente, referindo-se à permanência de “animais ferozes”, e não apenas cães da raça pit bull, em logradouros públicos, precipuamente, locais em que houvesse concentração de pessoas. Considera animal feroz, para efeito do que determina essa Lei, todo o animal de pequeno, médio e grande porte que tem índole de fera e que coloca em risco a integridade do cidadão, mais especificamente os cães pit bull, fila brasileiro, doberman e rotweiler.

Uma das questões polêmicas diz respeito à discutível constitucionalidade da lei catarinense, à semelhança do que vem ocorrendo em outros estados da federação. Há quem entenda que as leis que estabelecem um controle na criação, comercialização e circulação de cães da raça pit bull, bem como das raças que resultem de seu cruzamento, não só do Estado de Santa Catarina, são inconstitucionais. Entre os principais argumentos dessa corrente está a ofensa ao direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF), ao direito de liberdade (art. 5º, *caput*, CF) e à preservação das espécies animais (art. 225, VII, CF). Por outro lado, os que defendem as leis estaduais de controle dos cães, alegam que a limitação é administrativa e que, nos termos da Constituição Federal de 1988, a propriedade há de ter uma função social. Ademais, ressaltam que, no tocante aos direitos fundamentais envolvidos, faz-se necessário cotejar os diversos direitos envolvidos, como o direito de liberdade, os direitos dos animais, o direito à segurança pública, entre outros.

Vale lembrar que em 2005, no Estado do Rio Grande do Sul, o

---

14 O Globo On Line. *Santa Catarina proíbe criação e circulação de pitbulls*. 30 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/11/30/327385057.asp>>. Acesso em: 21 dez. 2007.

15 Diário Catarinense. Caderno Geral. *Aqui, pit bulls não são mais bem-vindos*. 29 de novembro de 2007, p. 33.

16 Notícias do Dia. Caderno Cidades. *Pit bulls têm dias contados*. 30 de novembro de 2007, pág. 06.

17 BRASIL. Lei do Estado do Rio de Janeiro n. 4.597, de 16 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em: 21 dez. 2007.

Prefeito do Município de Bento Gonçalves propôs ação direta de inconstitucionalidade em face do Legislativo Municipal, por ter promulgado a Lei n. 3.719/2005, que estabelecia normas a serem observadas pelos proprietários de animais domésticos, naquele município. Os fundamentos consistiam na violação da Constituição Gaúcha, da Lei Orgânica Municipal, bem como na ofensa ao direito constitucional de ir e vir dos proprietários de animais de estimação, à autonomia administrativa do Município e ao princípio da independência entre os Poderes. Os Desembargadores integrantes do Tribunal Pleno julgaram, por unanimidade, procedente a ação, nos termos do voto do eminente Relator:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL QUE DISPÕE SOBRE MATÉRIA DE INICIATIVA PRIVATIVA DO EXECUTIVO. VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA. AUMENTO DE DESPESA SEM A DEVIDA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. VÍCIO CONSTITUCIONAL MATERIAL. FLAGRANTE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

O Senhor Prefeito do Município de Bento Gonçalves ajuíza a presente ação direta de inconstitucionalidade, objetivando a retirada do ordenamento jurídico da Lei Municipal n. 3.719, de 26 de abril de 2005, a qual estabelece normas a serem observadas por proprietários de animais de estimação e domesticados no Município de Bento Gonçalves, por violação aos artigos 8º e 10, da Constituição Estadual, ao artigo 38, III, da Lei Orgânica Municipal – que determina serem de iniciativa do Prefeito Municipal projetos de lei sobre matérias que aumentem a despesa pública – além de ferir o direito constitucional de ir e vir dos proprietários de animais de estimação, a autonomia administrativa do Município e o princípio da independência entre os Poderes.

Entendo que tem razão o proponente, ao menos,

em juízo de cognição sumária, é isso que se extrai dos autos, especialmente do texto da lei cujos efeitos se busca suspender neste feito.

**Observe-se que o texto da lei em questão obriga os proprietários de cães das raças Bit Bull (sic) e Rhot Weiller (sic) e de outros animais de estimação a uma série de providências, sob pena de sanções pecuniárias, as quais, evidentemente, demandam fiscalização do órgão municipal competente.** Mais, nos termos da referida lei, fica o Município obrigado, além da imposição de multa, ao recolhimento dos animais cujos donos não se adequarem ao novel ordenamento legal e, ainda, à promoção de campanhas de divulgação e conscientização junto à população.

**Ora, não se pode ter dúvidas de que tanto a fiscalização, quanto a manutenção de local para conservação dos animais desobedientes e a promoção de campanhas de conscientização da população são medidas que implicam dispêndio de dinheiro público,** estando, assim, o Legislativo a se imiscuir em questão de dotação orçamentária do município, acerca da qual somente o Executivo pode deliberar por flagrante reflexo nas contas públicas. É elementar na administração pública que não se admite o aumento de despesas sem a correspondente previsão orçamentária que a defina, dispondo, neste sentido, a Constituição Estadual nos seus artigos 8º, 10; 13, I, 149 e 154, I, e 30, I, da Constituição Federal.

No caso em exame, tal não ocorreu, por isso, então, de se acusar o vício de origem de que padece o diploma legal em comento.

Ademais dos fundamentos que acima discorri - os quais, a meu ver, são causa suficiente para a concessão da liminar pleiteada - **quero registrar**

**aspectos outros que, igualmente, contribuíram para meu convencimento e que dizem com questões relativas a direitos fundamentais dos cidadãos como o de não ser discriminado pela escolha da raça de seu cão, o de não ser ameaçado da perda da companhia de seu cão e o de usufruir, livremente, das praças públicas de sua cidade, até porque contribui para que mantidas com esta finalidade.<sup>18</sup> (grifei)**

De qualquer sorte, a lei catarinense foi uma resposta ao clamor popular relacionado às inúmeras notícias de ataques de cães da raça pit bull a pessoas e a outros animais nos últimos anos. A lei, de autoria do deputado estadual Marcos Vieira (PSDB), essencialmente impõe restrições à criação, ao cruzamento, à comercialização e à circulação de cães da raça pit bull em espaços públicos, além de determinar que os proprietários providenciem a esterilização desses animais, sob pena de multas severas.

Conforme dados da Secretaria do Bem-Estar Animal da Prefeitura da Capital, divulgados pelo Jornal “Notícias do Dia”<sup>19</sup>, cerca de 150 ocorrências de ataques de cães da raça pit bull foram registradas, apenas na capital. A coordenadora Maria da Graça Dutra vê a lei com uma expectativa positiva, já que lida com o abandono recorrente dos animais da raça, salientando que o órgão, de agosto a outubro de 2007, recebeu mais de 120 denúncias de pit bulls soltos em vias públicas.<sup>20</sup>

No plano da efetividade, também a polêmica está criada. Para alguns, a elaboração de uma norma proibindo a criação e o cruzamento de cães da raça fará com que muitas pessoas deixem de vendê-los, diminuindo o número de exemplares e, conseqüentemente, os acidentes trágicos. Para outros, a raça está sendo punida pela incompetência e má-fé dos seus proprietários, sendo que o mais coerente seria investir

---

18 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70011741535. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 12 set. 2005. Porto Alegre- RS. Rel.: Arno Werlang.

19 Notícias do Dia. Caderno Cidades. *Pit bulls têm dias contados*. 30 de novembro de 2007, pág. 06.

20 Diário Catarinense. Caderno Geral. *Aqui, pit bulls não são mais bem-vindos*. 29 de novembro de 2007, p. 33.

em um projeto de posse séria e responsável dos animais, independentemente da espécie, da raça ou da agressividade. Ressaltam que o caráter do animal não decorre apenas da índole, mas também da maneira como ele é criado. Certamente, a imagem da raça ficou desvirtuada.

A segunda corrente demonstra mais coerência. É sabido que criar uma lei sem estabelecer critérios de operacionalização é um problema muito sério. Gustavo Fleury, cinotécnico, em entrevista ao Jornal “Diário Catarinense”, concluiu com precisão ao afirmar sua opinião: “É preciso investir na conscientização. Essa lei é uma grande comédia e não vai resolver nada. Cada um deve ser responsável por seu cão e cobrado por isso”<sup>21</sup>. Vê-se que essa discussão remonta à origem de diversos problemas sociais por que passa este País: a falta de educação e conscientização adequadas. Registre-se, por oportuno, que o respeito à lei e a convivência social harmônica tendem a ser mais eficazes numa sociedade com maiores níveis de educação e discussão séria dos problemas sociais.

Para Juarez França, a Lei em questão é de cunho racista para um determinado animal, pois não houve um aprofundamento científico determinando se a raça pit bull é nociva ao homem e se deve ser exterminada<sup>22</sup>.

Um efeito rebote tem sido constatado pelas pessoas e profissionais ligados à área animal de pequeno porte. É o caso do aumento da quantidade de abandonos de cães da raça pit bull nas ruas, em virtude do medo de algumas pessoas em relação à aplicação das multas. Também discutível, e que só o tempo dirá, é se a procriação desenfreada da raça será contida. A proibição, da forma como está, poderá fazer com que os criadores profissionais e sérios sejam prejudicados, sobressaindo aqueles “criadores de fundo de quintal”, sem qualquer qualificação, respeito pelos animais ou responsabilidade social, interessados tão-somente em auferir lucro fácil com a venda dos filhotes da raça.

Mas, surgem ainda outras dúvidas. A violência causada por cães que não sejam da raça pit bull (como rotweiller, fila brasileiro etc.), no

---

21 Diário Catarinense. Caderno Geral. *Aqui, pit bulls não são mais bem-vindos*. 29 de novembro de 2007, p. 33.

22 FRANÇA, Juarez Antônio. Médico Veterinário, especialista em clínica e cirurgia de pequenos animais. Entrevista pessoal concedida em 06 de janeiro de 2008, especificamente sobre a problemática envolvendo cães da raça pit bull.

Estado de Santa Catarina, ensejaria a responsabilização e as conseqüências da mencionada lei estadual? Os cruzamentos entre cães da raça pit bull e outras raças que resultem em animais potencialmente perigosos estariam abrangidos pela lei? Quem fará a identificação genética do animal para comprovação de que descende da raça pit bull? Como será feita a fiscalização para dar cumprimento à lei?

De acordo com o deputado estadual Marcos Vieira, em entrevista ao Jornal “Notícias do Dia”<sup>23</sup>, a lei será regulamentada por decreto, devendo o Governador do Estado reunir-se com os Secretários de Segurança e Saúde para definir quem irá aplicar as multas e apreender os cães. Segundo o deputado, em outras capitais do país o Corpo de Bombeiros e a Polícia Militar auxiliam na aplicação e na fiscalização. Espera-se que a regulamentação da lei estabeleça soluções e critérios objetivos.

A exemplo de outras leis elaboradas por influência do clamor popular, sob a égide puramente emocional, fica a dúvida se a fiscalização não agirá somente sobre os proprietários que criam corretamente seus cães, deixando de fora os verdadeiros culpados e os destinatários da norma. É o caso da Lei Complementar n. 094<sup>24</sup>, de 18 de dezembro de 2001, que dispõe sobre o controle e a proteção de animais, bem como a prevenção de zoonoses no Município de Florianópolis, mas que até o momento não demonstrou resultados positivos no tocante à fiscalização pelos funcionários da Prefeitura Municipal.

Em meio à complexidade do tema, uma coisa é inquestionável: todo animal tem um potencial de agressividade, inexistindo algum que seja espontaneamente agressivo ou violento. A docilidade, sociabilidade e a obediência devem ser priorizadas pelos proprietários desses animais, especialmente dos cães de guarda. Lamentavelmente, muitos criadores profissionais e bons proprietários pagarão um alto preço em detrimento de poucos irresponsáveis.

O Conselho Regional de Medicina Veterinária de Santa Catarina – CRMV, por meio de seu vice-presidente Albert Lang, registrou publicamente na imprensa o repúdio da classe à maneira como a Lei Estadual n. 14.204/07 trata a polêmica dos pit bulls. Albert Lang enfatiza que a

---

23 Notícias do Dia. Caderno Cidades. *Pit bulls têm dias contados*. 30 de novembro de 2007, pág. 06.

24 Ver anexo.

lei “parece dar uma resposta oportunista e sem efeitos a um problema de saúde e de segurança públicas” e que seria melhor se o governo aplicasse as leis já existentes, que limitam a circulação dos animais e, ao mesmo tempo, investisse em campanhas de educação entre seus proprietários.<sup>25</sup>

Uma alternativa seria a fiscalização se fazer presente na base do sistema, isto é, quando do registro de criadores, canis e feiras de animais. Ademais, investimento na posse responsável, consistente na proteção de quaisquer animais, vez que se trata de vidas, das quais o homem não pode livremente dispor, sob pena de praticar crime ambiental (art. 32, da Lei n. 9.605/98). Geralmente, o comportamento dos animais reflete a pessoa do seu dono e sua convivência familiar. Criados de maneira solitária, em um ambiente hostil ou de agressividade, serão os animais hostis e agressivos. Recebendo atenção necessária, bem como criados em meio a crianças, adultos e outros animais, tenderão a ser sociáveis. Ocorre que, ao desrespeitar continuamente os animais e a própria natureza, o homem passou a neles descarregar suas mágoas, seus sofrimentos e seus complexos.

## 7 RESPONSABILIDADE CRIMINAL

O Código Penal e a legislação penal extravagante estabelecem uma ampla variedade de tipos penais a que se amoldam diversas condutas humanas. Ocorre que muitas condutas são realizadas por meio ou com o auxílio de instrumentos. Assim como o homem pode praticar uma infração penal diretamente contra um animal ou outra pessoa, também poderá fazê-lo indiretamente por meio de um animal, considerado mero instrumento da prática da infração por parte daquele que detém a sua posse ou propriedade.

A infração penal é gênero, do qual são espécies o crime (ou delito) e a contravenção penal. As infrações penais são praticadas, em regra, a título de dolo, nos termos do parágrafo único do art. 18 do Código penal. Porém, em alguns casos, envolvendo o animal como instrumento delitivo, a natureza poderá ser culposa.

---

25 A Notícia. LANG, Albert. *Pit bull: a polêmica*. 03 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.an.com.br/2007/dez/03/0opi.jsp>>. Acesso em: 24 jan. 2008.

A prática de uma infração penal envolvendo um animal, especialmente como objeto ou instrumento, é bastante comum. Citam-se, como exemplos, a omissão de cautela na guarda ou condução de animais (art. 31, da Lei das Contravenções Penais), o homicídio culposo (art. 121, §3º, do Código Penal), a lesão corporal culposa (art. 129, §6º, do Código Penal), a introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164, do Código Penal) e os maus-tratos contra os animais (art. 32, da Lei n. 9.605/98).

Para melhor compreensão do objetivo deste estudo, notadamente acerca da discussão travada ao final deste tópico, faz-se necessário uma breve revisão dos elementos estruturais do crime.

O crime é considerado uma resultante da conduta humana. Pode ser conceituado sob os aspectos material ou formal. No aspecto material, corresponde a todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da paz social. No aspecto formal, cuida-se da mera subsunção da conduta ao tipo legal.<sup>26</sup>

Existem basicamente dois sistemas de fato punível: o bipartido e o tripartido. No sistema tripartido, considera-se o crime como sendo um fato típico, antijurídico e culpável, enquanto no sistema bipartido, um fato típico e antijurídico, não integrando a culpabilidade o conceito de crime. Conforme Juarez Cirino, o sistema bipartido de fato punível afirma a unidade conceitual de tipicidade e antijuridicidade como elementos integrantes do tipo de injusto, onde o tipo legal é a descrição da lesão de bens jurídicos e a antijuridicidade é um juízo de valoração do comportamento descrito no tipo legal, formando o conceito de tipo de injusto.<sup>27</sup> O sistema tripartido de fato punível, ainda dominante na dogmática contemporânea, define o crime como a ação típica, antijurídica e culpável, sob forte influência do modelo finalista da ação.<sup>28</sup>

Ensina Nucci que “crime é a conduta ilícita que a sociedade considera mais grave, merecendo, pois, a aplicação da pena, devidamente

---

26 CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. V. 1, 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 113.

27 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 03.

28 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 04-07.

prevista em lei, constituindo um fato típico, antijurídico e culpável”.<sup>29</sup> Em síntese, o fato é considerado típico por estar definido em lei; antijurídico, por ser contrário ao direito; e culpável, porque relacionado a um juízo de reprovação. A culpabilidade significa a reprovabilidade do injusto ao autor, ou seja, um injusto é culpável quando o autor não se motivou na norma, momento em que, nas circunstâncias em que agiu, era-lhe exigível que nela se motivasse.

O fato típico é aquele fato material que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo descrito na lei penal, sendo formado por quatro elementos: conduta dolosa ou culposa, resultado (apenas nos crimes materiais),nexo causal (apenas nos crimes materiais) e tipicidade.

A conduta penalmente relevante é a ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, dirigida a uma finalidade, que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei penal como crime.<sup>30</sup> Nucci salienta que a conduta pode ser definida como a ação ou omissão voluntária e consciente, que movimenta o corpo humano, com uma finalidade (finalismo) ou, apenas, como a ação ou omissão voluntária e consciente, que movimenta o corpo humano (causalismo).<sup>31</sup> Registre-se que somente as pessoas humanas podem realizar conduta, pois são as únicas dotadas de vontade e consciência para buscar uma finalidade. Os animais irracionais não realizam condutas.

Entretanto, nem sempre a noção do crime esgota-se com a mera conduta, necessitando de complementação pelo resultado ou evento. Cumpre destacar que o evento é gerado pela conduta, que em seguida adquire autonomia, embora relacionado àquela que o produziu. Daí dizer-se que nem todo crime possui evento. Entre os crimes sem evento encontram-se os chamados de mera conduta, isto é, que se consumam independentemente da verificação de qualquer resultado, como é o caso da omissão de cautela na guarda ou condução de animais (art. 31, da Lei das Contravenções Penais), verificando-se mesmo que nada aconteça

---

29 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 175.

30 CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. V. 1. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 117.

31 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial*. p. 209.

à vítima. O resultado é a modificação no mundo exterior provocada pela conduta.

O nexu causal é entendido como sendo o elo de ligação concreto, físico, material e natural que se estabelece entre a conduta do agente e o resultado naturalístico. Esse nexu material de causalidade, que liga conduta e evento, tem sua definição extraída do artigo 13, do Código Penal, dispondo que o resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa, considerando-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Destarte, o nexu causal é o liame entre a conduta e o resultado, que faz nascer o fato típico.

E a tipicidade relaciona-se ao modelo descritivo das condutas humanas proibidas ou permitidas, criado pela lei penal, com a função de garantia do direito de liberdade. Em outras palavras, trata-se de um molde criado pela lei, em que está descrito o crime com todos os seus elementos, de maneira que as pessoas sabem que cometerão algum delito se vierem a realizar uma conduta idêntica à constante do modelo legal. Ademais, infere-se que a tipicidade é indício de antijuridicidade do fato.

Outro aspecto a ser analisado é o que diz respeito à culpabilidade, traduzida no vínculo psicológico entre o autor e o fato típico. Na culpabilidade, afere-se a possibilidade de censurar uma pessoa pela causação de um resultado provocado por sua vontade ou inaceitável descuido, quando lhe era plenamente possível ter evitado. Os elementos da culpabilidade compreendem a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

O dolo e a culpa integram o fato típico e não a culpabilidade, já que são elementos subjetivos da conduta. O Código Penal, em seu artigo 18, I, define literalmente o dolo por meio da expressão “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Na primeira parte, tem-se o dolo direto (ou determinado), enquanto na segunda parte tem-se o chamado dolo indireto (ou indeterminado), que, por sua vez, apresenta duas formas - eventual e alternativo. Nesse sentido, o dolo é direto quando o agente teve a intenção de provocá-lo. O dolo é indireto quando a vontade do agente não visa a um resultado preciso e determinado. Quanto às duas formas deste último, observa-se que o dolo é eventual quando o agente, conscientemente, admite e aceita o risco de

produzir o resultado, e é alternativo quando a vontade do agente visa a um ou outro resultado (ex.: matar ou ferir).<sup>32</sup>

Na conduta dolosa, existe uma ação ou omissão voluntária dirigida a uma finalidade ilícita, na qual o agente quer ou assume o risco da produção do evento criminoso. Na conduta culposa, existe uma ação voluntária dirigida a uma finalidade lícita, mas que, pela quebra do dever de cuidado, sobrevém um resultado ilícito não querido, cujo risco nem sequer foi assumido.<sup>33</sup> Enquanto o dolo gira em torno da vontade e da finalidade do comportamento do sujeito, a culpa não cuida da finalidade da conduta, mas da não observância do dever de cuidado pelo sujeito.

Portanto, a culpa é o comportamento descuidado, que provoca um resultado danoso involuntário, mas previsível e que deveria ter sido evitado. Foi a culpa também inserida no Código Penal, em seu artigo 18, II, por meio da expressão “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”. Tais modalidades podem ser definidas, resumidamente, da seguinte maneira: imprudência é a modalidade de culpa *in agendo*, onde o agente faz o que não deve. Trata-se da prática de ato perigoso, com um comportamento sem cautela, realizado com precipitação ou insensatez. Negligência é a forma de culpa *in omitendo*, onde o agente não faz o que deveria fazer. É a falta de precaução. E imperícia é a falta de aptidão técnica, teórica ou prática, onde o agente mostra-se inabilitado para o exercício de determinada arte ou profissão. Trata-se da imprudência no campo técnico, consistente na incapacidade ou falta de conhecimento necessário para o exercício de determinado mister.

A doutrina destaca, ainda, outra divisão acerca da culpa: a consciente (ou com representação ou previsão) e a inconsciente (ou sem representação ou previsão). Na primeira, o sujeito prevê o resultado, mas espera que este não aconteça. E, na segunda, o sujeito não prevê o resultado, embora este seja previsível. De qualquer forma, consoante também dispõe o Código Penal em seu artigo 18, parágrafo único, a punição por dolo é a regra, enquanto a sanção por culpa é excepcional,

---

32 DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p. 33.

33 CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. V. 1. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 64.

admissível nos casos previstos em lei.

Apenas para argumentar e servir de eventual fundamentação às infrações envolvendo proprietários de cães da raça pit bull, doutrina e jurisprudência constantemente debatem a complexa e controvertida distinção entre culpa consciente e dolo eventual nos crimes de trânsito. Em ambos os casos o agente prevê o resultado, mas somente no dolo o agente admite a possibilidade de o evento acontecer, aceitando-o, enquanto que, na culpa consciente, ele acredita sinceramente que conseguirá evitar o resultado, ainda que o tenha previsto, mas não o aceita. A jurisprudência tem inclinado-se atualmente no sentido de considerar a atuação do agente em certos crimes de trânsito não mais como culpa consciente, mas como dolo eventual, como em casos de racha, direção em alta velocidade, direção sob embriaguez, notadamente quando provocam lesões corporais graves ou homicídios. É o que se pode depreender do seguinte aresto:

A conduta social desajustada daquele que, agindo com intensa reprovabilidade ético-jurídica, participa, com o seu veículo automotor, de inaceitável disputa automobilística realizada em plena via pública, nesta desenvolvendo velocidade exagerada – além de ensejar a possibilidade de reconhecimento de dolo eventual inerente a esse comportamento do agente -, ainda justifica a especial exasperação da pena, motivada pela necessidade de o Estado responder, grave e energicamente, à atitude de quem, em assim agindo, comete os delitos de homicídio doloso e de lesões corporais.<sup>34</sup>

Portanto, no dolo eventual, o sujeito prevê o resultado e, embora não o queira propriamente atingi-lo, pouco se importa com a sua ocorrência. É o caso do motorista que se conduz em velocidade incompatível com o local e realiza manobras arriscadas. Nessa situação, mesmo prevendo que pode perder o controle do veículo, atropelar e matar alguém, não se importa, pois é melhor correr esse risco do que interromper o

---

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 71.800-1-RS. 1ª Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. *DJ* 20.06.1995. *RT* 733/478.

prazer de dirigir (não quero, mas se acontecer, tanto faz).<sup>35</sup>

Para ilustrar o tema em discussão, cite-se um exemplo hipotético bastante comum:

O proprietário está a passear com o seu cão pit bull (ou de qualquer outra raça) em um local público, em meio à presença de várias pessoas, e, por um descuido seu, o animal vem a se soltar da guia e a atacar uma criança no outro lado da rua, causando-lhe lesões no rosto e nos membros.

Conforme revisado no início deste tópico, constata-se que a conduta do proprietário consistiu em um fato típico, antijurídico e culpável. Nesse caso, tem-se a responsabilização do dono pela prática do crime de lesão corporal culposa, prevista no art. 129, §6º, do Código Penal, devido à quebra do dever de cuidado por parte do condutor do animal, por meio de uma conduta imprudente (ou negligente). As conseqüências do evento descuidado, se previsíveis, não foram observadas, ou, se foram, não assumiu o agente o risco do resultado danoso.

Registre-se que, em tratando-se de lesão culposa, ao contrário das lesões corporais dolosas, o Código Penal não faz distinção quanto à gravidade dos ferimentos, ou seja, se leves ou gravíssimas. Lamentavelmente, o legislador não atentou para o fato de que aquele que culposamente provoca uma pequena ferida na perna da vítima, sujeitar-se-á às mesmas penas daquele que deu causa à amputação de um membro. A gravidade das lesões, entretanto, será levada em consideração quando da fixação da pena-base pelo juiz, por relacionar-se com as conseqüências do crime, nos termos do art. 59, do mesmo estatuto legal.

Nessa senda, considerando que a violação do dever de cuidado é um componente normativo dos tipos culposos, seria também possível enquadrar o comportamento de quem adquire um cão da raça pit bull, que posteriormente vem a lesionar ou matar uma pessoa ou outro animal, a título de dolo eventual? A resposta pode ser afirmativa, a depender do caso concreto. A exemplo do que vem ocorrendo com determinados crimes de trânsito, é possível sustentar que, ciente o proprietário do risco que a falta de cuidado com esse animal poderá trazer,

---

35 CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. V. 1. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 204.

plausível seria responsabilizá-lo pelo resultado danoso provocado a título de dolo eventual, e não necessariamente de culpa.

As conseqüências jurídicas seriam significativas, haja vista que uma lesão culposa transformar-se-ia em dolosa e, além do pequeno acréscimo da pena mínima, sujeitaria o autor às penas decorrentes das causas de aumento pela gravidade das lesões. No tocante à prática de um homicídio, por exemplo, tendo um animal como instrumento, o delito culposos passaria a ser doloso e, além do agravamento da pena, haveria deslocamento da competência do juízo comum para a do Tribunal do Júri.

Sabe-se que é tênue a linha divisória entre a culpa consciente e o dolo eventual. Nucci, ainda que fazendo referência aos delitos ocorridos no trânsito, afirma que a solução não é fácil e depende do caso concreto e das circunstâncias que envolvem o crime.<sup>36</sup> Traçando um paralelo entre a interpretação que vem sendo adotada em determinados crimes de trânsito – homicídios e lesões corporais graves –, verifica-se que aquela simples adequação de condutas culposas praticadas por proprietários de animais merece também ser revista, sobretudo a partir dessa nova produção legislativa estadual dirigida à proibição de criação e circulação de cães da raça pit bull.

Essa mudança de interpretação deve ser conduzida essencialmente pelos membros do Ministério Público, considerando que boa parte das infrações penais, relacionadas direta ou indiretamente aos animais, são apuradas mediante ação penal de iniciativa pública, o que será melhor destacado no próximo tópico.

## **8 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA RESPONSABILIDADE CRIMINAL**

A Constituição Federal, em seu art. 127, dispõe que “o Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Situa o

---

36 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial*. p. 214-215.

Ministério Público em um capítulo especial, fora da estrutura dos demais Poderes da República, explicitando sua autonomia e independência. Trata-se de um órgão independente e complementar da função judiciária, que age de ofício, exerce a fiscalização e atua no sentido da manutenção da ordem constitucional e legal. Consoante leciona Vicente Paulo:

A Constituição Federal criou, em plena harmonia com o sistema dos “freios e contrapesos” (*checks and balances*), o Ministério Público como um órgão autônomo e independente, não subordinado a qualquer dos Poderes da República, como autêntico fiscal da nossa Federação, da separação de Poderes, da moralidade pública, da legalidade, do regime democrático e dos direitos e garantias constitucionais.<sup>37</sup>

No processo penal, o Ministério Público exerce uma função essencial, vez que é o titular da ação penal pública (art. 129, I, CF), sendo o responsável pela persecução penal em juízo. A função acusatória constitui uma garantia dos direitos fundamentais, notadamente da vida, da liberdade, da segurança, do devido processo legal e da dignidade humana, zelando pela expansão da incidência dos valores constitucionais.

Conforme salientado no item anterior, o Ministério Público deve atentar para a modalidade de conduta do proprietário que adquire, comercializa ou circula com cães da raça pit bull, assim como o faz no tocante aos crimes de trânsito. Por óbvio, não só o clamor popular, mas também a benevolência do legislador nos delitos de trânsito, fez com que o operador do direito, sobretudo o membro do Ministério Público, passasse a melhor adequar a conduta dos condutores de veículos aos tipos penais, em determinados casos concretos, com o escopo de fazer justiça e conter a impunidade. Diga-se, de passagem, que recentemente o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por meio do seu Centro de Apoio Operacional Criminal – CCR, recomendou aos Promotores de Justiça, entre outras medidas, a adoção de uma interpretação mais rígida com relação aos crimes de trânsito, optando pela possibilidade do dolo eventual nos casos de homicídio, quando existirem elementos

---

37 PAULO, Vicente. *Aulas de direito constitucional* (org. Juliana Maia). 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 420.

que indiquem que o motorista assumiu o risco de ferir ou matar alguém. Trata-se de política criminal adotada para fazer frente ao elevado número de mortes havidas nas estradas.

O presente estudo sugere que o mesmo seja feito no tocante às infrações penais praticadas pelos donos de cães da raça pit bull, sob pena de continuar-se a colocar a culpa no animal, inclusive fazendo-o pagar com a própria vida, pelo sacrifício, em detrimento daquele que deveria efetivamente sentir o rigor da lei. Não se pode conceber que, enquanto a legislação ambiental tutela inclusive os animais domésticos, protegendo-os da extinção, uma legislação estadual procure exterminar uma determinada raça de cães por conta da irresponsabilidade de seus proprietários. Trata-se de uma contradição absurda. Urge que os donos de cães de raças como pit bull sejam severamente punidos pela falta de cuidado para com estes.

As tragédias de que se têm notícias, provocadas por cães pit bulls, não revelam uma correspondência de proporcional desaprovação social. Apesar da variedade dos resultados lesivos, a postura dos diversos segmentos sociais em relação ao proprietário do animal é algo bastante peculiar. Do contexto dos incidentes provocados pelos referidos animais, infere-se, em geral, que o proprietário não é visto inicialmente como um transgressor das normas penais. Com isso, adota-se uma tolerância social em relação ao proprietário irresponsável, quando comparado aos agentes causadores de outros crimes, como aqueles praticados contra o patrimônio e a integridade física humana. Prevalece a estigmatização por parte da sociedade em relação ao animal, minimizando a responsabilidade do seu dono e contribuindo para a impunidade.

Destarte, considerando que a nova lei estadual dá publicidade da proibição e da periculosidade de quem cria, comercializa ou circula com cães da raça pit bull no Estado de Santa Catarina, forçoso concluir que o dono do animal que se enquadra nessas condições está, de maneira consciente, assumindo o risco das eventuais conseqüências danosas por este provocadas. Seguramente é possível argumentar que, a partir de agora, na maioria das situações estaria o proprietário ou possuidor do animal dando ensejo a uma conduta dolosa, por meio de dolo eventual. Notadamente, as infrações penais de lesões corporais culposas e de homicídios culposos, praticadas por meio de cães da raça pit bull, estarão a receber doravante uma adequação conforme o caso concreto

e o Ministério Público tem um papel importantíssimo nesse processo. À semelhança do que vem ocorrendo com os delitos de trânsito, por política criminal também deve o Ministério Público enquadrar o proprietário de cães da raça pit bull, quando responsável por um acidente com lesões corporais ou morte, na mesma pena de quem o faz dolosamente. Tal argumentação emerge do fato de que o dono do animal sabia que poderia provocar um dano grave, inclusive com morte, e, ainda assim, assumiu o risco.

Considerando que o resultado danoso provocado pela conduta descuidada ou intencional do proprietário de animais domésticos enseja a responsabilização daquele não apenas no âmbito criminal, segue uma análise acerca da responsabilidade civil.

## 9 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil pela guarda do animal ou de reparação do dano causado por este é do seu guardião. Como ensinam Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona, “por guardião entenda-se não apenas o proprietário (guardião presuntivo), mas, até mesmo, o possuidor ou o mero detentor do bem, desde que, no momento do fato, detivesse o seu poder de comando ou direção intelectual”<sup>38</sup>.

Assim, responderá pela reparação do dano aquele que no momento do desenlace fatídico detinha o poder de comando sobre o animal que estava sob sua autoridade. Essa atribuição de responsabilidade não exige necessariamente perquirição de culpa. Em outras palavras, o guardião ou responsável será chamado à reparação do dano, ainda que não haja atuado com culpa ou dolo, mas pelo simples fato de ter exposto a vítima a uma situação de risco.

A banalização do tratamento dispensado aos animais, agravado pelo crescente número de acidentes, conduziu o legislador a mudar significativamente o tratamento legal da matéria no atual Código Civil, passando a admitir a responsabilidade do guardião (dono ou mero detentor), independentemente da aferição de culpa, isto é, de forma

---

38 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil (volume III)*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 172.

objetiva.<sup>39</sup>

Conforme extrai-se do disposto no art. 936, do Código Civil, a responsabilidade somente será ilidida se o guardião provar a quebra do nexa causal em decorrência da culpa exclusiva da vítima ou evento de força maior, não importando a investigação de sua culpa.

A jurisprudência é pródiga em responsabilizar civilmente o proprietário ou possuidor de animal que provoca dano a outrem, como se verifica dos seguintes arestos:

Responsabilidade civil. Dano provocado por animal. Culpa presumida. **O dano causado por animal presume-se decorrente de culpa “in vigilando” do seu guardião**, salvo quando comprova a ocorrência de alguma das excludentes legais de responsabilidade.<sup>40</sup> (grifei)

Sentença confirmada por seus próprios fundamentos (art. 46, da Lei 9.099/95). Ação de cobrança - Acidente de trânsito - Motociclista que perde o controle e cai em razão de cachorro que repentinamente lhe corta a frente - Responsabilidade “in vigilando” do dono do animal - Danos materiais comprovados - Presença de três orçamentos com valores não elididos por melhor prova - Alegação de excesso infundada - Ressarcimento devido. **Ao exercer os seus poderes sobre o animal, o seu dono ou detentor poderá causar, indiretamente, dano tanto aos bens pertencentes a terceiros como à integridade física de alguém, caso em que deverá ser responsabilizado por esses atos ilícitos, tendo o dever de indenizar os lesados. Assim,**

---

39 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil (volume III)*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 173.

40 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Ap. Cível n. 20010110218990 ACJ/DF, Acórdão n. 152713, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. Data de julgamento: 26 fev. 2002. Rel. Fernando Habibe, publicação no *DJU*: 29/04/2002.

**os donos ou detentores de animais, domésticos ou não, deverão ressarcir todos os prejuízos que estes porventura causarem a terceiros, porque têm a obrigação da guarda.** O dono ou detentor do animal tem, portanto, o dever de guardá-lo de modo que não possa lesar outrem. Sua responsabilidade por dano causado pelo animal na integridade física ou patrimonial de outrem tem por base a presunção de culpa, estabelecida no fato de que lhe incumbe guardar e fiscalizar o animal, logo, indiretamente, pode decorrer do comportamento do próprio detentor ou proprietário, hipótese em que se aplicarão os princípios concernentes à culpa “in vigilando”.<sup>41</sup> (grifei)

Diante disso, prevalece o princípio da presunção de culpa do dono ou detentor de animais, em relação ao dano por eles causado à integridade física ou patrimonial de outrem, razão pela qual deverá aquele ser responsabilizado pelos atos ilícitos, tendo o dever de indenizar os lesados.

## 10 SENSO COMUM E SENSO CRÍTICO

A violência causada por algumas espécies animais não deve ser entendida apenas de uma maneira pontual, a partir do próprio animal, visto que o homem também é naturalmente violento. Apesar de sua complexidade, o ser humano é tido como uma espécie animal a mais no ecossistema, o que o faz compartilhar a agressividade e a violência.

A violência provocada por cães de temperamento agressivo não é novidade no meio social. Por volta das décadas de 70 e 80, ganhavam as páginas de jornais, de revistas e, principalmente, destaque nos telejornais os ataques provocados por cães da raça doberman. Naquela época, inclusive, os sensacionalistas procuravam achar uma “razão” para tamanha agressividade desse animal para com quem se insurgia

---

41 BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2428/04. Data de julgamento: 31 ago. 2004. Rel.: Luiz Felipe Siegert Schuch.

contra ele. Algumas vozes diziam que o doberman era fruto de um cruzamento genético realizado em laboratório. Afirmava-se que ele apresentava uma formação reduzida da calota craniana, incompatível com o seu crescimento, e que isso produzia uma compressão do cérebro contra o crânio, causando-lhe fortes dores de cabeça e levando-o a um comportamento desajustado e violento. Foi, então, tachado de animal assassino e que geralmente atacava e matava seu dono quando atingia determinada idade. Mais uma falsidade para vender reportagens. Naquela época não havia, como ainda hoje não há, qualquer explicação científica acerca daqueles boatos, mas que a imprensa em geral fazia crer a população desinformada.

No início da década de 90, os boatos sensacionalistas continuaram, porém, com o foco das câmeras direcionado a outra raça de cães. A moda, desta vez, era a criação de cães da raça fila brasileiro. Para variar, a mídia deitou seus tentáculos em cima desses animais, momento em que quase sempre apareciam como cães perigosos, descontrolados e traiçoeiros.

Posteriormente, outra raça de cães entrou na moda: o Rotweiller. Por ser um animal de grande porte, ágil e forte, demandava uma criação em local apropriado, com bastante espaço. Infelizmente, mais uma vez as pessoas procuraram adquirir uma raça tão-somente para demonstrar poder, independentemente das condições de que dispunham. Por óbvio, dada a falta de condições adequadas de criação, aliada à incompetência de seus proprietários, os acidentes passaram a ocorrer e a mídia aproveitou-se disso.

O que os animais até aqui referidos supostamente teriam em comum era apenas a robustez e o temperamento ou a personalidade forte. Superada essa fase, no final da década de 90 e início do novo século, a raça de cães que se tornou moda foi o pit bull, que continua a ganhar o papel principal nos noticiários de revistas, jornais e telejornais sensacionalistas.

Em meio a uma sociedade estratificada, profundamente marcada pela desigualdade, pela miséria e pelo abandono dos valores humanos - sociais e morais -, há pessoas com o mínimo de senso crítico para compreender que a "culpa" pelo comportamento agressivo desses cães de guarda e, conseqüentemente, pelos acidentes provocados, não é propriamente deles, mas fruto da incompetência e da irresponsabilidade

de certos proprietários.

Não raro, animais das raças pit bull, doberman, rotweiller, fila brasileiro, entre outros, deixam de receber os cuidados mínimos necessários. Por terem um temperamento que os caracterizam como sendo de guarda, no mais das vezes, esses animais são maltratados, mantidos em locais bastante reduzidos, acorrentados, sem espaço suficiente para gastarem energia, desnutridos e sem, ou pouquíssimo, contato com pessoas estranhas à família. Isso quando não são adestrados para o ataque ou submetidos a aplicações de drogas anabolizantes para hipertrofia muscular, cujos efeitos deletérios são devastadores, à semelhança do que ocorre com os seres humanos.

Juarez França salienta que um animal em seu estado normal de comportamento não tende à agressão. Mesmo cães doentes, com patologias variadas, tornam-se defensivos, mas não agressivos. Dos caninos que atende em seu consultório, os das raças pinscher e fila são os mais reativos ao toque, aproximação e exame clínico, exigindo quase sempre a colocação de mordanças. Na mesma linha de argumentação, destaca que ainda há um modismo estético em seccionar as orelhas de cães pit bulls (tecnicamente denominada "conchectomia bilateral) com o objetivo de torná-lo mais amedrontador. O pós-operatório é de difícil execução, considerando que o paciente fica estressado devido às dores e aos desconfortos, refletindo-se em um complexo procedimento que pode geralmente alterar o comportamento do animal, tornando-o mais intolerante. Assim, por um simples desejo estético do proprietário poderá originar-se um cão indócil<sup>42</sup>.

O senso crítico demonstra que não apenas esses animais de guarda podem atacar pessoas e outros animais, vez que outras raças, como akita, poodle, pinscher e alguns sem raça definida, independentemente do porte, podem também ter um temperamento voltado para a agressividade e fazer grandes estragos quando resolvem atacar.

Impende registrar que, na natureza, os animais costumam atacar em duas situações: para alimentar-se e para defender seu espaço vital. Ocorre que o homem acrescentou, infelizmente, uma terceira condição: o adestramento para o ataque. Esta condição, aliada à falta de cuidados

---

42 FRANÇA, Juarez Antônio. Médico Veterinário, especialista em clínica e cirurgia de pequenos animais. Entrevista pessoal concedida em 06 de janeiro de 2008, especificamente sobre a problemática envolvendo cães da raça pit bull.

adequados, transforma um animal doméstico em uma arma. A explicação não pode ser outra, senão a necessidade que algumas pessoas têm de demonstrar poder sobre os outros membros da sociedade, algo que são incapazes de fazer por outros meios.

Assim, conhecendo que os cães da raça pit bull são extremamente ágeis, fortes e resistentes, certas pessoas os adquirem tão-somente para demonstrar auto-afirmação perante seus pares. O animal, neste caso, não é nada mais do que um instrumento à disposição de seu dono, da mesma forma como poderia ser uma arma de fogo, uma faca ou um automóvel.

A discussão que se trava entre aqueles que encaram o pit bull como um animal assassino, predeterminado a atacar e matar, faz lembrar a teoria antropológica criminal lombrosiana (1878), radicada nos caracteres hereditários para explicar o homem delinqüente. Pode-se afirmar que os equívocos são semelhantes. Numa leitura descompromissada da realidade, parece que o cão da raça pit bull comporta-se muito diferentemente do homem. Basta lembrar que o homem é o único primata capaz de torturar ou destruir membros da mesma espécie por motivos econômicos ou por prazer, quiçá até sem motivos.

Sob o fundamento antropológico, Lédio Andrade afirma que a dicotomia entre o comportamento emocional (ou irracional) dos animais e o comportamento racional dos humanos é mais um sofisma. Em verdade, salienta que a espécie humana pode raciocinar, mas a base efetiva da maioria de seu comportamento é emocional.<sup>43</sup> Boa parte do comportamento humano, segundo a psicanálise, é inconsciente, havendo uma mescla entre razão e emoção, ou instinto, ou pulsão, não só no comportamento violento, mas em todo o comportamento. Há uma mistura de fatores biológicos e culturais. Querer restringir o ser humano à pura genética ou à pura cultura, ou a um ser racional diferente dos animais irracionais, é exercer um profundo reducionismo e dificultar a análise das complexidades envolvidas nas ações dos indivíduos.<sup>44</sup> Portanto, tratar a agressividade ou a violência animal de maneira diferenciada, desconsiderando a provocada pelo homem, chega a beirar

---

43 ANDRADE, Lédio Rosa de. *Violência: psicanálise, direito e cultura*. Campinas: Millennium, 2007, p. 04.

44 ANDRADE, Lédio Rosa de. *Violência: psicanálise, direito e cultura*. Campinas: Millennium, 2007, p. 05.

a ignorância.

Agir instintivamente não pressupõe a intenção de causar dano ao outro, mas, sim, agir para satisfazer os instintos próprios da espécie, adquiridos geneticamente, ou por hereditariedade. Explicando a relação psicanalítica entre a violência e o sujeito individual, Lédio Andrade preleciona: “quer-se alguma coisa, mas existe uma barreira, um outro. Então, elimina-se a barreira pela capacidade física e consoma-se o desejo. Neste agir, o outro simplesmente não existe, não importa. Depois da ação, não há sentimento de culpa”.<sup>45</sup> Assim, enquanto a agressividade instintiva animal dá-se em prol da sobrevivência da espécie, a agressividade humana e a prática de atos violentos não tem necessariamente relação com a sua sobrevivência.

Ao tratar do tema violência, à luz da psicanálise, Jurandir Costa tece a seguinte comparação entre a violência do homem e do animal:

Violência é o emprego desejado da agressividade, com fins destrutivos. Esse desejo pode ser voluntário, deliberado, racional e consciente, ou pode ser inconsciente, involuntário e irracional. A existência destes predicados não altera a qualidade especificamente humana da violência, pois o *animal não deseja, o animal necessita*. E é porque o animal não deseja que seu objeto é fixo, biologicamente predeterminado, assim como o é a presa para a fera. Nada disso ocorre na violência do homem. O objeto de sua agressividade não só é arbitrário como pode ser deslocado.<sup>46</sup>

A ausência de um debate sério, coerente e profundo acerca da relação pit bull - proprietário novamente está levando inúmeras pessoas a um quadro de pânico e precipitação na busca de soluções para o problema. Por que ninguém propõe as mesmas medidas “profiláticas”, destinadas aos mencionados animais, àqueles seres humanos que praticam homicídios, latrocínios, estupros, seqüestros e acidentes letais no trânsito? Existiria alguma desproporcionalidade entre o número

---

45 ANDRADE, Lédio Rosa de. *Violência: psicanálise, direito e cultura*. Campinas: Millennium, 2007, p. 53.

46 COSTA, Jurandir Freire. *Violência e psicanálise*. 2. ed. São Paulo: Graal, 1986, p. 39.

de pessoas que são mordidas por cães da raça pit bull por ano e o das que são assassinadas, seqüestradas, estupradas, mortas ou tornadas inválidas por embriaguez ao volante? Quando as pessoas saem à noite pelas cidades, ou mesmo durante o dia, têm medo de quê? De serem assaltadas, seqüestradas, estupradas, violentadas por outra pessoa ou atacadas por um pit bull?

A violência está presente em todos os lugares e sob as mais variadas formas. Trata-se de um fenômeno que faz parte da humanidade, onde a agressão instintiva integra cada ser humano em particular, da mesma forma que os animais.

O senso comum tem acompanhado o legislador, muitas vezes propenso às idéias radicais, como a esterilização e o extermínio de uma raça animal. O senso crítico requer a demanda de mais debate e soluções racionais para contornar um problema de especial gravidade. O que não se pode permitir é a continuidade da punição dos animais, enquanto o verdadeiro culpado pelas tragédias - o proprietário - continua impune.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado parece ser um paradoxo. Ao mesmo tempo em que promove políticas públicas de bem-estar social, necessárias à coletividade, também institucionaliza a violência. Na presente discussão, uma legislação estadual determina a esterilização e o futuro extermínio de uma raça animal, violando a Constituição da República e contrariando a legislação ambiental federal de preservação das espécies.

A nova legislação estadual - Lei n. 14.204/07 - acabou por tornar-se mais um triste exemplo do intervencionismo estatal, cada vez mais intenso e ineficaz, no controle dos incidentes envolvendo os cães da raça pit bull. Como ensinam Zaffaroni e Pierangeli, a intervenção não objetiva tutelar com eficácia os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranqüilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança.<sup>47</sup>

---

47 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.10.

A violência dos ataques provocados por cães não é algo recente, especialmente quando se verifica a maneira como esse fenômeno foi abordado nas últimas décadas. A cada ano, revelam-se alarmantes estatísticas de lesões e mortes provocadas por ataques de cães pit bull, exigindo do Estado medidas mais adequadas para coibir esses acidentes. As diversas medidas que também estão sendo adotadas em outros Estados da Federação, no tocante ao controle populacional dos cães, mereceriam ser amplamente discutidas entre os agentes sociais envolvidos antes de sua implementação.

Os fenômenos envolvendo ataques de pit bulls refletem mais uma faceta do gênero violência que gera perplexidade em quase todos os lugares do mundo. Entre as causas dessa violência está a desintegração social de uma sociedade movida pela priorização da aparência, pelo excesso de consumo e pela busca desenfreada pelo poder, fatores que muitas vezes conduzem a uma menor valorização da vida humana, dos animais e do meio ambiente, ao desrespeito à lei e a uma assustadora escalada de hostilidades.

Constatou-se que a agressividade é um dos problemas comportamentais mais comuns encontrados nos animais, notadamente nos domesticados, e que exige uma postura corretiva por parte de seus proprietários. De outro lado, o clamor social pela extinção desses animais, desencadeou no legislador uma atuação repressiva, não logrando uma solução jurídica e socialmente adequada, vez que procura punir mais energicamente o animal, ao invés do verdadeiro culpado pela situação – o dono.

A maneira como está sendo produzido e interpretado o mencionado instrumental jurídico é condenável por criar ou reproduzir a ilusão de que a erradicação da raça de cães pit bull diminuirá ou eliminará o número de acidentes. Essa visão fragmentada do legislador em relação ao direito deve ser evitada, procurando compreender, antes de mais nada, os fenômenos sociais e jurídicos em sua integridade com o ordenamento.

No afã de dar uma resposta rápida à sociedade, criam-se dispositivos jurídicos controversos que interferem radicalmente na convivência social e harmônica. Lamentavelmente, o legislador continua a criar novas teses jurídicas oportunistas sem atentar para o moderno paradigma, pensando tão-somente em acalmar a ânsia de uma sociedade que perdeu

boa parte dos seus valores e que reage proporcionalmente à ameaça ou à violência sofrida, especialmente por influência da mídia.

Diante dos problemas sociais, para não transparecer a impossibilidade do Estado em atender às demandas, leis são criadas, mesmo sabendo-se que não serão cumpridas ou que serão ineficazes. “A lei cria a aparente e ilusória crença na eficiência do Estado, apesar dos problemas e conflitos continuarem sem solução”.<sup>48</sup> Como diz Vera Andrade, “quanto mais o Direito promete, sem poder cumprir, mais perde poder e credibilidade social”.<sup>49</sup> Um exemplo é a Lei n. 14.204/07, que apesar de não dispor como será exercida a fiscalização para o seu cumprimento, provavelmente por decreto, corre o risco de não ser respeitada, empurrando diversos criadores para a clandestinidade e transferindo a solução do problema para um futuro indeterminado.

Conclui-se que a legislação estadual que proíbe, no Estado de Santa Catarina, a criação, a comercialização e a circulação de cães da raça pit bull, bem como das raças que resultem de seu cruzamento, constitui uma atitude precipitada e incoerente com os valores sociais, bem assim de discutível constitucionalidade. São consistentes os argumentos de ofensa ao direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF), ao direito de liberdade de escolha (art. 5º, *caput*, CF) e à preservação das espécies animais (art. 225, VII, CF). Além disso, a novel legislação institucionaliza uma conduta vedada pela Lei de Crimes Ambientais, em seu art. 32, qual seja, a prática de ato de abuso, maus-tratos, ferimento ou mutilação de animais domésticos ou domesticados.

Destarte, o presente estudo visou a tecer alguns esclarecimentos e algumas críticas construtivas, não constituindo uma proposta teórica de mudança radical, vez que essa mudança deve ser cultural. Nesse momento, a coerência, o bom senso e a atitude do Ministério Público frente a tais questões deve ser balizadora. A exemplo do que vem fazendo em determinados crimes de trânsito, deve ter em mente a sustentação de que, considerando que a nova lei estadual deu publicidade da proibição e da periculosidade de quem cria, comercializa ou circula com cães da

---

48 ANDRADE, Lédio Rosa de. *Violência: psicanálise, direito e cultura*. Campinas: Millennium, 2007, p. 64.

49 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 170.

raça pit bull neste Estado, crível é concluir que o dono do animal que se enquadra nessas condições está assumindo o risco das eventuais conseqüências danosas provocadas por este e, seguramente, na maioria das situações, doravante, estaria dando ensejo a uma conduta dolosa, por meio de dolo eventual.

O homem ainda não desvendou por completo o íntimo dos animais, mas avançou sobremaneira na forma de tutelar a preservação vital destes por meio da Lei de Crimes Ambientais. A sociedade tem por dever o respeito a toda e qualquer forma de vida, para a concretização do dizer de Leonardo da Vinci e da preservação da própria humanidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Notícia. LANG, Albert. *Pit bull: a polêmica*. 03 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.an.com.br/2007/dez/03/0opi.jsp>. Acesso em: 24 jan. 2008.

ANDRADE, Lédio Rosa de. *Violência: psicanálise, direito e cultura*. Campinas: Millennium, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003;

BRASIL. Lei do Estado de Santa Catarina n. 14.204, de 26 de novembro de 2007. Disponível em: <[http://200.192.66.20/alesc/docs/2007/14204\\_2007\\_lei.doc](http://200.192.66.20/alesc/docs/2007/14204_2007_lei.doc)> Acesso em: 21 dez. 2007.

BRASIL. Lei do Estado do Rio de Janeiro n. 4.597, de 16 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em: 21 dez. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 71.800-1-RS. 1ª Turma. Rel.: Ministro Celso de Mello. *DJ* 20.06.1995. *RT* 733/478.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Ap. Cível n. 20010110218990 ACJ/DF, Acórdão n. 152713, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. Data de julgamento: 26 fev. 2002, Rel. Fernando Habibe, publicação no *DJU*: 29/04/2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2428/04. Data de julgamento: 31 ago. 2004. Rel.: Luiz Felipe Siegert Schuch.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70011741535. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 12 set. 2005. Porto Alegre- RS. Rel.: Arno Werlang.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. V. 1, 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Jurandir Freire. *Violência e psicanálise*. 2. ed. São Paulo: Graal, 1986, p. 39.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.

Diário Catarinense. Caderno Geral. *Aqui, pit bulls não são mais bem-vindos*. 29 de novembro de 2007, p. 33.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil (volume III)*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Trad. Sérgio Faraco. 9. ed. Porto Alegre: L & PM, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Mídia, segurança pública e justiça criminal*. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em: 17 dez. 2007.

LANDSBERG, G.; HUNTHAUSEN, W; ACKERMAN, L. *Problemas comportamentais do cão e do gato*. Trad. Paulo Marcos Agria de Oliveira. São Paulo: Roca, 2004.

LORENZ, Michael D.; CORNELIUS, Larry M. *Diagnóstico clínico e tratamento em pequenos animais*. Trad. Idília Ribeiro Vanzellotti. Rio de Janeiro: Interlivros, 1989.

Notícias do Dia. Caderno Cidades. *Pit bulls têm dias contados*. 30 de novembro de 2007, pág. 06.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

O Globo On Line. *Santa Catarina proíbe criação e circulação de pitbulls*. 30 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/11/30/327385057.asp>>. Acesso em: 21 dez. 2007.

PAULO, Vicente. *Aulas de direito constitucional (org. Juliana Maia)*. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

WIKIPEDIA. *Pit Bull*. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Pit\\_bull](http://pt.wikipedia.org/wiki/Pit_bull)>. Acesso em: 22 dez. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

## ANEXOS

LEI N. 4.597, DE 16 DE SETEMBRO DE 2005.  
ALTERA DISPOSITIVOS DA LEI N. 3.205, DE 09 DE ABRIL DE 1999, E REVOGA A LEI  
N. 3.207, DE 12 DE ABRIL DE 1999.

A Governadora do Estado do Rio de Janeiro,  
Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta  
e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - O *caput* do art. 2º e os arts. 4º, 5º e 7º da Lei n. 3.205, de 09 de abril de 1999,  
passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º - É obrigatória, a partir dos 06 (seis) meses de idade, a esterilização  
de todos os cães da raça pitbull, ou dela derivada, no Estado do Rio de Janeiro. (NR)  
(...)”

Art. 4º - Ficam vedadas:

- I – a circulação e a permanência de animais ferozes nas praias;
- II – a permanência de animais ferozes em logradouros públicos, precipua-

mente, locais em que haja concentração de pessoas, tais como ruas, praças, jardins e parques públicos, e nas proximidades de hospitais, ambulatórios e unidades de ensino públicos e particulares. (NR)

§ 1º - A circulação de animais ferozes nos locais referidos no inciso II deste artigo será permitida desde que conduzidos por maiores de 18 (dezoito) anos através de guias com enforcador e focinheira apropriados para a tipologia racial de cada animal.(NR)

§ 2º - Considera-se animal feroz, para efeito do que determina esta Lei, todo animal de pequeno, médio e grande porte que tem índole de fera e coloca em risco a integridade do cidadão, mais especificamente os cães pitbull, fila, doberman e rotweiler. (NR)

§ 3º - Considera-se praia, para efeito do que determina o *caput* deste artigo, a orla de terra, em declive suave, ordinariamente coberta de areia, e que confina com o mar. (AC)

Art. 5º - Os proprietários e/ou condutores de cães da raça pitbull, ou dela derivada, bem como fila, doberman e rotweiler são responsáveis pelos danos que venham a ser causados pelo animal sob sua guarda, ficando sujeitos às sanções penais e legais existentes, além daquelas dispostas no art. 7º desta Lei. (NR)

(...)

Art. 7º - O não cumprimento do disposto nesta Lei acarretará ao infrator, proprietário e/ou condutor as seguintes sanções, independentemente de outras sanções legais existentes e pertinentes:

I – multa de 05 (cinco) a 5.000 (cinco mil) UFIR's, que deverá ser aplicada em dobro e progressivamente, nos casos de reincidência à infração;  
II – apreensão do animal nas hipóteses de reincidência, abandono do animal ou ataque deste a pessoa ou a outro animal;  
III – reparação ou compensação de danos causados independentemente da agressão ter sido contra pessoas e/ou animais. (NR)

§ 1º - A aplicação da multa prevista no inciso I deste artigo independe da aplicação do disposto nos seus incisos II e III.  
§ 2º - Aplicar-se-ão, cumulativamente, as sanções previstas neste artigo, em caso de reincidência. (AC)

§ 3º - No caso de aplicação do inciso II, poderá o dono ser considerado fiel depositário, estando sujeito às multas, reparações, indenizações e restrições determinadas. “(AC)

Art. 2º - Fica acrescido um artigo 8º à Lei n. 3.205, de 09 de abril de 1999, renumerados os demais, com a seguinte redação:

“Art. 8º - Todos os cães objeto desta Lei que participarem de eventos cinófilos oficiais poderão transitar livremente com o condutor ou proprietário, dentro do local do evento, sem a focinheira.”

Art. 3º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogada a Lei n. 3.207, de 12/04/1999, e demais disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 16 de setembro de 2005.

Rosinha Garotinho

Governadora

Fonte: <http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>

.....

LEI N. 14.204, DE 26 DE NOVEMBRO DE 2007

Procedência: Dep. Marcos Vieira

Natureza: PL. 437/07

DO: 18.254 de 26/11/07

Fonte - ALESC/Coord. Documentação

DISPÕE SOBRE A IMPORTAÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO, CRIAÇÃO E PORTE DE CÃES NO ESTADO DE SANTA CATARINA E ADOTA OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA,

Faço saber a todos os habitantes deste Estado que a Assembléia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica proibido, no Estado de Santa Catarina, a criação, comercialização e circulação de cães da raça *Pit Bull*, bem como das raças que resultem de seu cruzamento, por canis ou isoladamente no Estado de Santa Catarina.

Art. 2º É obrigatória, a partir dos 6 (seis) meses de idade, a esterilização de todos os cães da raça *Pit Bull*, ou dela derivada, no Estado de Santa Catarina.

Art. 3º Ficam vedadas a circulação e a permanência de cães da raça *Pit Bull* em logradouros públicos, precipuamente, locais em que haja concentração de pessoas, tais como ruas, praças, jardins e parques públicos, e nas proximidades de hospitais, ambulatórios e unidades de ensino público e particular.

Parágrafo único. A circulação de cães da raça *Pit Bull* nos locais referidos no *caput* será permitida desde que conduzidos por maiores de dezoito anos por meio de guias com enforcador e focinheira próprios para a tipologia de cada animal.

Art. 4º Os proprietários e/ou condutores de cães da raça *Pit Bull*, ou dela derivada, são responsáveis pelos danos que venham a ser causados pelo animal sob sua guarda, ficando sujeitos às sanções penais e legais existentes, além daquelas dispostas no art. 5º desta Lei.

Art. 5º O não-cumprimento do disposto nesta Lei acarretará ao infrator, proprietário e/ou condutor as seguintes sanções, independentemente de outras sanções legais existentes e pertinentes:

I - multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), que deverá ser aplicada em dobro e progressivamente, nos casos de reincidência à infração;

II - apreensão do animal nas hipóteses de reincidência, abandono do animal ou ataque deste a pessoa ou a outro animal; e

III - reparação ou compensação de danos causados independentemente da

agressão ter sido contra pessoas e/ou animais.

§ 1º A aplicação da multa prevista no inciso I deste artigo independe da aplicação do disposto nos seus incisos II e III.

§ 2º Aplicar-se-ão, cumulativamente, as sanções previstas neste artigo, em caso de reincidência.

§ 3º No caso de aplicação do inciso II, poderá o dono ser considerado fiel depositário, estando sujeito às multas, reparações, indenizações e restrições determinadas.

§ 4º A multa de que trata o inciso I, deste artigo será aplicada aos proprietários dos cães da raça *Pit Bull* ou, não sendo estes conhecidos, aos possuidores ou detentores dos mesmos.

Art 6º Fica o Poder Executivo encarregado do fiel cumprimento desta Lei no prazo de 90 (noventa) dias, contados a partir da publicação.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Florianópolis, 26 de novembro de 2007

LUIZ HENRIQUE DA SILVEIRA

Governador do Estado

Fonte: [http://200.192.66.20/alesc/docs/2007/14204\\_2007\\_lei.doc](http://200.192.66.20/alesc/docs/2007/14204_2007_lei.doc)

.....

LEI COMPLEMENTAR N. 094, de 18 de dezembro de 2001.

Dispõe Sobre O Controle e Proteção de Populações Animais. Bem Como a Prevenção de Zoonoses no Município de Florianópolis e dá Outras Providências

Faço saber a todos os habitantes do Município de Florianópolis, que a Câmara de Vereadores aprovou e eu sanciono a seguinte Lei,

Art. 1º As ações do poder público objetivando o controle das populações animais, a prevenção e o controle das zoonoses no Município de Florianópolis, serão reguladas por esta lei.

Art. 2º A Secretaria Municipal de Saúde é a responsável em âmbito municipal pela execução das ações mencionadas no artigo anterior.

(...)

Art. 4º Constituem objetivos básicos das ações de prevenção e controle de zoonoses:

I - Prevenir, reduzir e eliminar a morbidade e a mortalidade, bem como os sofrimentos dos animais, causados por doenças e maus tratos;

II - Preservar a saúde da população, protegendo-a contra zoonoses e agressões de animais mediante o emprego de conhecimentos especializados e experiências em Saúde Pública.

Art. 5º Constituem objetivos básicos das ações de controle das populações animais:

I - Prevenir, reduzir e eliminar a mortalidade desnecessária e as causas de sofrimento dos animais;

II - Preservar a saúde e o bem-estar da população humana.

(...)

Art. 7º É proibida a permanência, manutenção e trânsito dos animais nos logradouros públicos ou locais de livre acesso ao público.

Parágrafo Único: Excetua-se da proibição prevista neste artigo:

I - O estabelecimento legal e adequadamente instalado para criação, manutenção, venda, exposição, competição, tratamento e internação de animais e os abatedouros, quando licenciados pelo órgão competente.

II - A permanência e o trânsito de animais em logradouros públicos quando:

a) Se tratar de cães ou gatos vacinados, com registro atualizado e contendo coleira com plaqueta de identificação, conduzidos com guia pelo proprietário ou responsável, com idade e força física suficientes para controlar os movimentos do animal; Os cães perigosos devem utilizar a focinheira;

b) Se tratar de animais de tração, providos dos necessários equipamentos e meios de contenção e conduzidos pelo proprietário ou responsável, com idade que possa assumir as responsabilidades legais, e com força física e habilidade para controlar os movimentos do animal;

c) Se tratar de cães-guias, de pessoas deficientes visuais;

d) Se tratar de animais utilizados pela Polícia Militar, Corpo de Bombeiros ou outra corporação de utilidade pública.

Art. 8º É expressamente proibida a presença de cães, gatos ou outros animais em praias a qualquer título.

Art. 9º Será apreendido todo e qualquer animal:

I - Encontrado em desobediência ao estabelecido nos artigos 7º e 8º desta Lei;

II - Suspeito de raiva ou outras zoonoses;

III - Submetido a maus tratos por seu proprietário ou preposto deste;

IV - Mantido em condições inadequadas de vida ou alojamento;

V - Cujas criação ou uso esteja em desacordo com a legislação vigente;

VI - Mordedor vicioso, condição esta constatada pela Autoridade Sanitária ou comprovada mediante dois ou mais boletins de ocorrência policial.

Parágrafo Único - Os animais que forem apreendidos, em desobediência ao estabelecido nesta lei, serão:

a) Enviados ao Centro de Vigilância Ambiental para triagem que será feita obrigatoriamente por Médico Veterinário;

b) Mantidos em canil público, com todas as condições de alojamento, alimentação e cuidados veterinários, à disposição de seus proprietários por 10 dias;

c) Animais com doenças ou lesões físicas graves e irreversíveis, agressivos, bem como sanitariamente comprometidos de forma a tornar inviável sua sobrevivência saudável, poderão sofrer processo de eutanásia de imediato, devendo o Médico Veterinário emitir laudo técnico consubstanciando a decisão.

(...)

Art. 13 Os atos danosos causados pelos animais são da inteira responsabilidade de seus proprietários, mesmo quando apreendidos pela Vigilância Sanitária.

Parágrafo Único - Quando o dano ocorrer sob a guarda de preposto, estender-se-á a este a

responsabilidade a que alude o caput deste artigo.

Art. 14 É de responsabilidade dos proprietários, a manutenção dos animais em perfeitas condições de alojamento, alimentação, saúde e bem-estar, bem como as providências pertinentes

a remoção dos dejetos por eles deixados nas vias públicas.

Art. 15 É proibido abandonar animais em qualquer área pública ou privada.

Art. 16 O proprietário é obrigado a permitir, sempre que necessário, o acesso da Autoridade Sanitária, quando no exercício de suas funções, às dependências do alojamento do animal para constatar maus tratos e/ou sua manutenção inadequada, suspeita de doenças, bem como acatar as determinações dele emanadas.

Art. 17 O proprietário, o detentor da posse ou o responsável por animais acometidos ou suspeitos de estarem acometidos de zoonoses, deverá submetê-los à observação, isolamento e cuidados, na forma determinada pela Vigilância Sanitária do Município.

Art. 18 Todo proprietário de animal é obrigado a vacinar seu cão ou gato contra a raiva e leptospirose, observando o período de imunidade, de acordo com a vacina utilizada.

Parágrafo Único - A vacina anti-rábica será fornecida pelo município àqueles proprietários de animais isentos da taxa de registro previsto no, §5º incisos b e c do Art. 20, desta Lei.

Art. 19 Em caso de morte do animal, cabe ao proprietário dar destinação adequada ao cadáver, ou seu encaminhamento no serviço municipal competente;

Art. 20 Os animais das espécies canina e felina, deverão ser registrados, anualmente sendo que:

§ 1º - O registro de animais será regulamentado por decreto do Poder Executivo do Município.

§ 2º - Todos os proprietário de cães e gatos são obrigados a registrá-los na Prefeitura Municipal, pagando a taxa de 15 UFIRs, por animal, na Secretaria Municipal de Saúde / Fundo Municipal de Saúde. Esse registro será renovado a cada doze meses, com pagamento somente no primeiro registro.

§ 3º - Por ocasião do registro e renovação do mesmo, o proprietário deverá apresentar o atestado de vacina anti-rábica e de leptospirose de seu animal atualizado.

(...)

Art. 29 Não são permitidas, em residência particular, a criação, ou alojamento de animais que por sua espécie, número ou manutenção causem risco à saúde e segurança da comunidade.

Art. 30 Os estabelecimentos de comercialização de animais vivos, com fins não alimentícios, ficam sujeitos à obtenção de laudo emitido pelo órgão Sanitário responsável, renovado

anualmente.

(...)

Art. 33 Verificada a infração a qualquer dispositivo desta lei, a Autoridade Sanitária, independente de outras sanções cabíveis decorrentes da legislação federal e estadual, poderá aplicar as seguintes penalidades:

I - Advertência;

II - Multa;

III - Apreensão do animal;

IV - Interdição total, ou parcial, temporária ou permanente, de locais ou estabelecimentos.

(...)

Art. 35 Os Fiscais de Vigilância Sanitária são competentes para aplicação das penalidades de que tratam os artigos 34 e 35.

Parágrafo Único - O desrespeito ou desacato a Autoridade Sanitária, ou ainda, a obstaculização ao exercício de suas funções, sujeitarão o infrator a penalidade de multa, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

Art. 36 Sem prejuízo das penalidades previstas no artigo 34, o proprietário do animal apreendido ficará sujeito ao pagamento de despesas de transporte, alimentação, assistência veterinária e outras.

Art. 37 O Poder Executivo, dentro de 90 (noventa) dias, regulamentará a execução desta Lei.

Art. 38 Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se a Lei CMF n.º 424/2000.

Florianópolis, aos 18 de dezembro de 2001.

ANGELA REGINA HEINZEN AMIN HELOU

PREFEITA MUNICIPAL

**Observações:**

Decreto n. 1355, de 13 de março de 2002, Regulamenta a Lei Complementar n. 094 de

18 de dezembro de 2001, que dispõe sobre a recepção, o controle e a proteção das populações de animais bem como a prevenção de zoonoses, no município de Florianópolis. E dá outras providências.

Convênio n. 073/2002, Termo de convênio que entre si celebram a Prefeitura Municipal de Florianópolis, através da Secretaria Municipal de Saúde e o Conselho Regional de Medicina Veterinária.

Fonte: <http://www.leismunicipais.com.br/cgi-local/forpgs/topsearch.pl>



CRIMINAL

# REVISÃO CRIMINAL *PRO SOCIETATE*: EVOLUÇÃO, CONSTITUCIONALIDADE E PARÂMETROS NORMATIVOS

Jailson José de Melo

*Especialista em Direito Processual pelo CESUSC/SC  
Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça de Santa Catarina*

## SUMÁRIO

Introdução - 1 Revisão criminal no Brasil: notícia histórica e perfil constitucional - 2 A revisão das absolvições: a teoria *pro societate* - 2.1 Origem - 2.2 Doutrina - 3 Revisão criminal *pro societate*: Direito Comparado - 4 Constitucionalidade da teoria *pro societate* - 4.1 Princípios relacionados ao tema - 4.1.1 Igualdade - 4.1.2 Relatividade da coisa julgada - 4.1.3 Inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos - 4.1.4 Proporcionalidade - 4.2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos - 4.3 Supremo Tribunal Federal - 5 Parâmetros normativos - 5.1 Admissibilidade - 5.2 Legitimidade - 5.3 Prazo - 6 Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

A atividade jurisdicional está constantemente sujeita a falhas. A própria Constituição Federal de 1988 (CF/88) atenta à falibilidade humana, prevê indenizações a serem pagas pelo Estado em algumas

situações de erro judiciário<sup>1</sup>.

Tais erros, evidentemente, não são desejáveis; pelo contrário, podem gerar descontentamento com a atividade judiciária e desordem social. Neste contexto, a revisão criminal apresenta-se como instrumento processual idôneo para, em situações previamente determinadas, viabilizar a correção de erros cometidos em decisões de processos criminais não suscetíveis de recurso. Indiscutível, portanto, a importância do instituto.

A revisão criminal pode ser *pro reo* (em favor do réu) ou *pro societate* (em favor da sociedade). A primeira é utilizada em benefício do condenado para desconstituir, após a decisão transitada em julgado, injustiças e erros judiciários; a segunda, por sua vez, tem cabimento nas situações em que a decisão de mérito absolutória irrecorrível foi decretada em desconformidade com a lei e/ou com as provas produzidas lícitamente nos autos.

Tradicionalmente no Brasil sempre foi adotada a revisão *pro reo* e nunca a modalidade *pro societate*<sup>2</sup>, embora esta tenha sido abraçada por diversos países<sup>3</sup>. Atualmente a matéria está disciplinada nos artigos 621 a 631 do Código de Processo Penal (CPP) - Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941; nos artigos 550 a 562 do Código de Processo Penal Militar (CPPM) - Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969 e nas leis de Organização Judiciária e Regimentos Internos dos Tribunais que complementam as normas para o processo e julgamento das revisões (CPP, art. 628).

A opção do legislador brasileiro, no entanto, pode ser questionada visto que ela abre margem para a impunidade, pode gerar injustiças e colocar em xeque a segurança social. Menciona-se o exemplo do réu que para ver-se livre da condenação pelo crime de homicídio junta aos autos uma certidão de óbito falsa. Uma vez extinta a punibilidade<sup>4</sup> e passada em julgado a decisão, não há mais a possibilidade de continuar o processo pelo crime de homicídio, caso fosse descoberto mais tarde que

---

1 CF/88, artigo 5º, LXXV – “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;”.

2 Vide seção 2.

3 Vide seção 4.

4 Código Penal, art. 107, I.

o réu está vivo. Negar a possibilidade da revisão criminal *pro societate* em situações como essa significa autorizar que o criminoso valha-se da sua própria torpeza para obter vantagem indevida. Por outro lado, permitir a revisão das decisões absolutórias sustentadas em fraude, em hipóteses restritas e taxativamente previstas pelo legislador, seria um avanço considerável nesse sentido.

Para tanto, buscou-se neste estudo analisar a evolução histórica da revisão criminal no Brasil; examinar a origem e a posição da doutrina no que tange à teoria *pro societate*; pesquisar como a matéria é abordada em outros países; reunir argumentos no plano constitucional que autorizem a revisão *pro societate* para o modelo brasileiro e, por fim, analisar as hipóteses de admissibilidade, a legitimidade e o prazo que o instituto seria regulamentado.

No que se refere à metodologia utilizada, empregou-se predominantemente o método dedutivo. Como técnica de pesquisa, utilizou-se fundamentalmente a pesquisa bibliográfica. Além da doutrina especializada, fez-se uso de acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal com o propósito de visualizar de que forma a mais alta Corte Nacional vem pronunciando-se sobre a questão. Além disso, foram investigados diversos diplomas legais, em especial as Constituições brasileiras (atual e anteriores), o Código de Processo Penal de Portugal e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.

## 1 REVISÃO CRIMINAL NO BRASIL: NOTÍCIA HISTÓRICA E PERFIL CONSTITUCIONAL

A revisão criminal surgiu no direito brasileiro após a Proclamação da República. No entanto, a Constituição do Império (art. 164, I)<sup>5</sup> e a Lei de 18 de setembro de 1828 (art. 6º) previam o “recurso de revista” das causas criminais e cíveis a serem julgadas pelo Supremo Tribunal de Justiça, em casos de manifesta nulidade ou notória injustiça nas sentenças proferidas em todos os juízos, em última instância.

Arruda (2003, p. 112), comentando os dispositivos mencionados,

---

5 “Art. 164. A este Tribunal Compete:

I – Conceder, ou denegar Revista nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar;”

observa que “a fórmula empregada, pela amplitude que encerrava, não constituía empeco ao reexame de sentenças absolutórias”.

O Código de Processo Criminal de 1832<sup>6</sup> e a reforma de 1841 (Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841) ratificaram o instituto da revista, porém com alterações substanciais (ARRUDA, 2003, p. 79).

Com a República, ainda no Governo Provisório, foi suprimido o recurso de revista e criada a revisão criminal, através do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890<sup>7</sup> e confirmada, no ano seguinte, pela Constituição Federal de 1891, que no artigo 81, *caput*, dispunha expressamente: “Os processos findos, em matéria crime, poderão ser revistos a qualquer tempo, em benefício dos condenados, pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar ou confirmar a sentença.” Nota-se que a revisão, naquela Constituição, só albergava a modalidade *pro reo*.

A Constituição Federal de 1934 (art. 76, n. 3) manteve a mesma orientação e acrescentou expressamente a possibilidade de utilização da revisão em benefício dos condenados, inclusive nos crimes militares e eleitorais<sup>8</sup>.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1937 não tratou do instituto da revisão e retirou do Supremo Tribunal Federal a competência privativa para o processo e julgamento das revisões (MARQUES, 2000, p. 390). Quatro anos depois, é decretado o vigente Código de Processo Penal, que passou a disciplinar a revisão criminal (artigos 621 a 631) e conferiu competência para outros Tribunais do país para conhecê-la e julgá-la, além do Supremo Tribunal Federal.

Com o advento da Constituição de 1946, a revisão criminal re-

---

6 Código de Processo Criminal/1832, “art. 306. Das decisões da relação poder-se-á recorrer, por meio de revista, para o tribunal competente.”

7 “Art. 9º. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

(...)

III – proceder à revisão dos processos criminais em que houver sentença condenatória definitiva, qualquer que tenha sido o juiz ou tribunal julgador.”

8 “Art. 76 – A Corte Suprema compete:

(...)

3) rever em benefício dos condenados, nos casos e pela forma que a Lei determinar, os processos findos em matéria criminal, inclusive os militares e eleitorais, a requerimento do réu, do Ministério Público ou de qualquer pessoa.”

cuperou seu status constitucional ao ser prevista nos artigos 101, IV<sup>9</sup> e 104, III<sup>10</sup>, reeditando a orientação das duas primeiras Constituições da República.

A Constituição de 1967 manteve a revisão criminal (artigos. 114, I, “m”<sup>11</sup> e 117, I, “a”<sup>12</sup>), e foi ratificada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.1969 (artigos 119, I, “m”<sup>13</sup> e 122, I, “a”<sup>14</sup>); entretanto, pela primeira vez no histórico das Constituições brasileiras foi suprimida a restrição de uso exclusivamente pelos condenados. Mazzilli (1985, p. 298), referindo-se à redação deste texto constitucional, defende não haver mais óbice constitucional para admitir-se a revisão criminal *pro societate*.

A revisão criminal está consagrada na CF/88 nos artigos 102, I,

- 
- 9 “Art. 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:  
 (...)
   
 IV – rever, em benefício dos condenados, as suas decisões criminais em processos findos.”
- 10 “Art. 104 – Compete ao Tribunal Federal de Recursos:  
 (...)
   
 III – rever, em benefícios dos condenados, as suas decisões criminais em processos findos.”
- 11 “Art. 114 – Compete ao Supremo Tribunal Federal:  
 I – processar e julgar originariamente:  
 (...)
   
 m) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;”
- 12 “Art. 117 – Compete ao Tribunal Federal de Recursos:  
 I – Processar e julgar originariamente:  
 a) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;”
- 13 “Art. 119 – Compete ao Supremo Tribunal Federal:  
 I – processar e julgar originariamente:  
 (...)
   
 m) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;”
- 14 “Art. 122 – Compete ao Tribunal Federal de Recursos:  
 I – processar e julgar originariamente:  
 a) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;”

“j”<sup>15</sup>; 105, I, “e”<sup>16</sup>; 108, I, “b”<sup>17</sup> e embora não esteja presente na seção atinente aos direitos e garantias individuais é, para Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2005, p. 310), ação de natureza constitucional e direito fundamental do condenado. Menciona-se, ainda, o princípio da ampla defesa (CF/88, art. 5º, LV), com os meios e recursos a ela inerentes dentre os quais está, logicamente, a revisão criminal acolhida pelo CPP e a indenização por erro judiciário (CF/88, art. 5º, LXXV), que pode ser reconhecida, em matéria penal, através da revisão (CPP, art. 630).

Ceroni (2005, p. 10) registra que, embora a CF/88 não tenha disposto expressamente, é perfeitamente cabível nas Justiças Militar e Eleitoral a revisão criminal por tratar-se de princípio constitucional que consagra implicitamente um direito individual.

Questão importante a ser mencionada é que a atual Constituição seguiu a mesma opção da anterior no sentido de retirar a expressão “em benefício dos condenados”, o que, em tese, autorizaria a revisão em favor da sociedade, dependendo apenas de alteração na legislação ordinária.<sup>18</sup>

---

15 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I- processar e julgar, originariamente:

(...)

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;”

16 “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;”

17 “Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;”

18 Nesse sentido, Mazzilli (1985, p. 298) e Mirabete (2005, p. 731).

## 2 A REVISÃO DAS ABSOLVIÇÕES: A TEORIA *PRO SOCIETATE*

### 2.1 ORIGEM

Os primeiros casos que se tem conhecimento de retomada da persecução penal após a sentença absolutória são da Grécia antiga, mais precisamente na região de Esparta, onde o Senado julgava a maioria das causas criminais. Naquele sistema, o decreto condenatório só era proferido se presente evidências certas e incontestáveis da responsabilidade do réu. Por outro lado, se surgissem novos elementos indicadores da culpa era facultado reabrir o processo em desfavor do absolvido (ARRUDA, 2003, p. 83-84).

Na Roma antiga havia um instrumento processual chamado *restitutio in integrum*, que consistia numa ordem do pretor no sentido de restituir ao estado anterior a relação jurídica juntamente com seus efeitos. Tal instituto era aplicado na esfera cível e criminal e era independente da apelação. A *restitutio in integrum* é considerada o marco inicial da atual revisão criminal, havendo dúvidas, porém, se naquele tempo era utilizada em detrimento do réu (CERONI, 2005, p. 2-5).

Outra, no entanto, é a posição de Arruda (2003, p. 84-86) que, sem mencionar a *restitutio in integrum*, afirma existir no Império Romano revisão das absolvições, mencionando trecho do Digesto, passagens de outros autores e o caso envolvendo “Cornelia”, que absolvida do primeiro julgamento pela acusação de incesto foi, por ordem de Domiciano, submetida novamente a juízo e, condenada, acabou enterrada viva.

No período medieval, Arruda (2003, p. 87), apoiado nos estudos do publicista alemão Mittermaier, noticia a existência de uma fórmula denominada “*absolutio rebus sic stantibus*” ou “*absolutio ab instantia*”, que viabilizara a renovação da instância em desfavor do absolvido.

Já no século XIX, a revisão criminal *pro societate* foi introduzida originariamente nos Códigos da Áustria (1873) e da Alemanha (1877) (CERONI, 2005, p. 20).

## 2.2 DOCTRINA

Para Noronha (1994, p. 374), do ponto de vista de lógica, também deveria caber a revisão contra os interesses do acusado. Contudo, considera mais importante a segurança da coisa julgada que não pode estar a todo o momento sujeita a reexames. Ademais, deve ponderar a paz e o sossego das pessoas que necessitam da segurança do julgado.

Marques (2000, p. 386), por sua vez, reconhece que em tese deveria haver revisão contra sentença absolutória, como defendem alguns autores e certas legislações a consagram. Contudo, ao final, posiciona-se no sentido de que:

(...) melhor atende aos interesses do bem comum, a manutenção da sentença errada proferida em prol do réu, do que a instabilidade e insegurança a que iria ficar sujeito o réu absolvido, se o pronunciamento absolutório pudesse ser objeto de revisão.

Tourinho Filho (2003, p. 599) sustenta que a “revisão criminal *pro societate* repugna à nossa consciência jurídica.” Enquanto que Rangel (2004, p. 851) conclui afirmando que o legislador brasileiro adotou “o sistema restrito, de origem francesa, ou seja, admite revisão criminal somente a favor do condenado”. Oliveira (2006, p. 725) afirma simplesmente que a “ação de revisão criminal, como é óbvio, não é permitida à acusação”. E Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2005, p. 311) definem o processo penal como um drama e um castigo e que a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos a inviabiliza.

Entre os que são favoráveis à tese *pro societate*, o positivista Ferri (2006, p. 245) foi um de seus maiores defensores:

Pelo que a revisão dos juízos favoráveis aos acusados é para nós um correlativo lógico e necessário do remédio semelhante concedido aos processados condenados. Não podemos compreender porque quando se levantam suspeitas contra uma sentença favorável ao acusado, análogas as que conduzem a revisar as sentenças de condenação, a sociedade deve estar obrigada a sofrer tranqüilamente as

absolvições não merecidas e as suavidades pouco justas da responsabilidade penal. [...] Pode ser que tenha sido absolto porque a acusação, que não tem o dom da onisciência e que não pode servir-se de outros elementos que os subministrados pela instrução, não tenha conhecido no momento do juízo um documento decisivo. Um processado injustamente absolto pode, ante os mesmos jurados ou ante os magistrados que lhe tem julgado em apelação, declarar cinicamente sem temor de ser pelo mesmo molestado.

Mazzilli (1985, p. 297-298) advoga que o desejável é um sistema harmônico, em que os interesses da justiça, da segurança, do réu e os da sociedade sejam adequadamente tutelados. E mais adiante finaliza: “solução mais interessante nos parece a do legislador português, que acolheu com largueza a revisão em favor do réu e com extrema parcimônia aquela contra o réu (...)”. Este autor ainda chama atenção sobre a possibilidade de terceiros sofrerem prejuízos por conta de uma absolvição injusta, já que ficam impedidos de buscar seus direitos na esfera cível (CPP, artigos 65 e 66).

Mirabete (2005, p. 731) defende que: “Sob um ponto de vista de lógica, a provocação dos tribunais depois de transitar em julgado a sentença deveria caber também ao Estado quando se verificasse a injustiça da decisão que favoreceu o réu, como ocorre em várias legislações.”

Ceroni (2005, p. 26) põe em evidência a revisão *pro societate*:

Desta forma, respeitando inúmeras opiniões em contrário, somos favoráveis ao cabimento da revisão criminal *pro societate*, em casos excepcionais, em homenagem à aplicação da verdadeira e necessária justiça, em prol do bem comum e em detrimento do interesse individual do réu, máxime quando não é merecedor do direito à liberdade.

Arruda (2003, p. 156) afirma que vedar a revisão *pro societate* significa:

(...) a consagração ao individualismo do réu absol-

vido e o olvido dos interesses dos demais membros da comunhão. É o pseudo direito do delinqüente sendo mais respeitado do que o verdadeiro direito dos demais membros da sociedade. É a concepção da ‘segurança’ do injusto.

Como resultado dos argumentos apresentados, pode-se sintetizar que aqueles que defendem que só é cabível a revisão de decisões condenatórias firmam sua posição no sentido de preservar a garantia da coisa julgada, que não pode estar a todo o momento sujeita a reexame, salvo quando estiver em jogo o direito de liberdade. Além disso, em nome da paz e da segurança jurídica das pessoas, não é conveniente que o absolvido permaneça a todo momento exposto à renovação do processo.

Entretanto, para os que advogam ser imperiosa a revisão das absolvições, em suma, levam em conta a exata aplicação da lei e a reparação do erro judiciário, em nome da justiça e dos interesses da sociedade. Afinal, não é objetivo do processo penal permitir a impunidade.

Entende-se que ambas as correntes têm sua razão e que os direitos por elas tutelados não devam ser excluídos, mas, à medida do possível, ser adequados. Defende-se que em situações restritas, prévia e taxativamente previstas em lei, deva-se permitir a revisão *pro societate*, que estaria limitada por um prazo decadencial que teria o propósito de não tornar eternamente indefinida a situação do absolvido.

#### 4. REVISÃO CRIMINAL *PRO SOCIETATE*: DIREITO COMPARADO

A revisão criminal *pro societate* é albergada pelas legislações de diversos países. Tourinho Filho (2003, p. 596), apoiado na pesquisa de Jorge A. Romeiro, destaca os seguintes diplomas legais em que a revisão em detrimento do réu é encontrada:

(...) nos Códigos de Processo Penal **alemão**, atualizado em 1.º-5-1960 para a **Alemanha Ocidental**, § 362; **norueguês**, de 1.º-7-1887, § 415; Lei Federal de Processo Penal **suíça**, de 15-6-1934, art. 229 (salvo

os Cantões de Nidwald Valais, Vaud e Genève); Lei Processual **sueca**, de 18-7-1942, posta em vigor em 1.º-1-1948, cap. 58, § 3º; Códigos de Processo Penal **húngaro**, de 1951, alterado em 1954 e 1957, §§ 213 e 214; **alemão para a zona de Leste**, § 317; **iugoslavo**, posto em vigor a 1.º-1-1954, § 379; **tchecoslovaco**, de 19-12-1956, que vigorou até 1961; **austriaco**, de 20-4-1960, § 355; **russo**, de 27-10-1960, arts. 373 e 380. (grifou-se).

Arruda (2003, p. 52-53 e 58) ainda acrescenta o Código de Processo Penal da **Colômbia**, de 24 de julho de 2000, em seu artigo 220 e o do **Equador**, de 1938, no artigo 330.

Em Portugal a revisão criminal está disciplinada nos artigos 449<sup>a</sup> a 466<sup>a</sup> do seu CPP, aprovado pelo Decreto-Lei n. 78/87 e alterações posteriores, e acolhe as modalidades *pro reo* e *pro societate*:

#### Artigo 449º

##### Fundamentos e admissibilidade da revisão

1 - A revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando:

- a) Uma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão;
- b) Uma outra sentença transitada em julgado tiver dado como provado crime cometido por juiz ou jurado e relacionado com o exercício da sua função no processo;
- c) Os factos que servirem de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação;
- d) Se descobrirem novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação.

Nota-se que a revisão *pro societate* está autorizada nas hipóteses das alíneas “a” e “b”, ou seja, quando a falsidade do conjunto probatório ou o crime praticado por quem é encarregado de julgar relacionado com o exercício da sua função no processo for reconhecido por outra sentença com trânsito em julgado.

Na Itália a legislação processual penal não prevê diretamente a revisão *pro societate*, porém o artigo 69 do vigente CPP admite ação penal, contra a mesma pessoa e pelo mesmo fato, quando, depois da decisão extintiva de punibilidade, constatar-se a falsidade da certidão de óbito (ARRUDA, 2003, p. 111). Os italianos adotam a técnica de considerar, nesses casos, a coisa julgada inexistente (CERONI, 2005, p. 21). O caso mencionado é, sim, uma hipótese de revisão *pro societate*, embora os italianos, mediante um esforço interpretativo e utilizando-se de outra técnica processual, não a reconheçam expressamente.

Arruda (2003, p. 105-112) ainda aponta, a título ilustrativo, que em alguns países onde a revisão das absolvições não é agasalhada, existem tendências na doutrina a favor da tese *pro societate*, como na Argentina, com Alcala-Zamora; na Espanha, com Carlos Viada, Pedro Aragoneses e José Garcia; na França, com Robert Vouin e Jacques Léauté; e na Itália, com Borsani, Casorati, Cristiani e Agostino Berenini.

Deste modo, pode-se observar que a teoria *pro societate* está presente no ordenamento jurídico de vários países e é defendida por diversos juristas de diferentes partes do mundo comprovando, mais uma vez, a importância do instituto.

#### **4 CONSTITUCIONALIDADE DA TEORIA *PRO SOCIETATE***

Analisados os argumentos prós e contra atinentes à revisão criminal das absolvições, bem como o tratamento conferido à matéria pelo Direito de alguns países, cumpre, agora, examinar a compatibilidade da teoria *pro societate* em face do Direito Constitucional para verificar se o ordenamento jurídico brasileiro a comporta.

## 4.1 PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO TEMA

Com o estudo dos princípios jurídicos é possível conhecer o núcleo de um determinado sistema. Para Gasparini (2005, p. 6) “princípios constituem um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhes garantem a validade.” Tem pertinência com o tema os princípios constitucionais da igualdade, coisa julgada, inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos e proporcionalidade que serão adiante abordados.

### 4.1.1 IGUALDADE

Do artigo 5º, *caput*, da CF/88 emana o princípio da igualdade: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade”.

Transpondo a idéia de igualdade para o processo, Fernandes (2002, p. 46) a concebe em dois sentidos:

- 1.<sup>a</sup>) exigência de mesmo tratamento aos que se encontrem na mesma posição jurídica no processo (...);
- 2.<sup>a</sup>) a igualdade de armas no processo para as partes, ou *par condicio*, na exigência de que se assegure às partes equilíbrios de forças; no processo penal, igualdade entre Ministério Público e acusado.

Assim, no processo penal, acusação e defesa devem ter os mesmos direitos, ônus e deveres. Eis a garantia da *paridade de armas* que materializa no processo a igualdade constitucional.

No entanto, em algumas situações, a igualdade é colocada temporariamente em segundo plano para garantir outros direitos de mesma importância. No inquérito policial, por exemplo, justifica-se uma certa desigualdade a favor do Estado afim de melhor colher as provas a respeito do fato criminoso. Em outras circunstâncias, o réu terá mais garantias

que o Ministério Público (como no caso do artigo 609, parágrafo único do CPP, em que só o réu pode interpor embargos infringentes e de nulidade), já que o órgão oficial conta com todo o aparelho estatal montado para ampará-lo, ao passo que o acusado só tem as suas próprias forças e o auxílio do advogado (FERNANDES, 2002, p. 50).

Se por um lado o que autoriza o condenado a lançar mão da revisão criminal é, em suma, o erro judiciário, também o Ministério Público deve, por força do princípio da igualdade, ter a mesma faculdade nos casos de erro judiciário que implica em absolvição injusta. É verdade que, na maioria das vezes, o réu está em posição de desvantagem face à acusação; contudo, a legislação não pode premiar o réu proibindo a revisão criminal em seu detrimento nos casos em que ele não merece a absolvição, age com má-fé ou com deslealdade processual.

Desta forma, tendo em vista a igualdade constitucional, deve-se permitir, em situações restritas e dentro de prazo determinado, que o Ministério Público, assim como o réu buscando sua liberdade, possa manejar a revisão *pro societate* em favor dos interesses da justiça.

#### 4.1.2 RELATIVIDADE DA COISA JULGADA

O instituto da coisa julgada goza de status constitucional (CF/88, art. 5º, XXXVI) e tem por fim garantir, depois de esgotados os recursos, imutabilidade aos julgados e, por conseguinte, segurança jurídica.

Entretanto, em situações excepcionais, o ordenamento jurídico permite desconstituir a coisa julgada através da revisão criminal ou da ação rescisória. “Isto ocorre quando a sentença se reveste de vícios extremamente graves, que aconselham a prevalência do valor “justiça” sobre o valor “certeza” (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 2005, p. 309).

Se no cível, em que o que está em jogo são basicamente interesses patrimoniais, admite-se rescindir a sentença passada em julgado, com não menos razão deve-se permiti-la na esfera criminal, em nome da justiça e da segurança social. Portanto, se no cível é possível rescindir sentença dada por Juiz corrupto (CPC, art. 485, I), não é lógico vedar a revisão *pro societate* em situação idêntica.

Com efeito, destaca Arruda (2003, p. 133) que o Judiciário ao reconhecer suas próprias falhas e tentar repará-las, deixa à mostra sua lisura e aumenta sua credibilidade com a opinião pública.

#### 4.1.3 INADMISSIBILIDADE DE PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

Assegura o artigo 5º, LVI da CF/88: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Entende-se por “meios ilícitos” aqueles em que a prova é produzida em desacordo com as normas de direito material (provas obtidas mediante tortura, escuta telefônica não autorizada e etc).

Moraes (2001, p. 123-124), ao comentar esse dispositivo, cita trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da AP 307-3-DF que se transcreve parcialmente:

A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, *por mínimo que seja*, de eficácia jurídica.

Ora, se a CF/88 não aceita provas verdadeiras colhidas de forma irregular, também, com maior razão, não deve permitir provas falsas produzidas ilicitamente. Assim sendo, documentos que não atestam a verdade e perícias enganosas juntadas aos autos com o propósito de absolver o réu não podem, por expressa vedação constitucional, serem aceitas no processo penal. Desta forma, se o decreto absolutório for fundado em provas ilícitas e se a descoberta da fraude acontecer somente após o trânsito em julgado, parece justificável autorizar a revisão criminal *pro societate*, visto que a Constituição repugna esse tipo de instrução processual.

#### 4.1.4 PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade pode ser traduzido, em poucas palavras, *como a busca pela justa solução entre os interesses em conflito*. Embora não esteja explícito no texto da CF/88, é amplamente aceito pela doutrina<sup>19</sup> como princípio constitucional.

Com a absolvição de um culpado em decisão irrecorrível surge o conflito entre o princípio da justiça, consagrado no preâmbulo da CF/88 e um dos valores supremos do Estado Democrático de Direito, e o da coisa julgada, que tutela a segurança das relações jurídicas. Nessa situação, os princípios encontram-se em confronto e não há possibilidade de compatibilizá-los. Aqui, o único caminho é pesá-los e, ao final, um deles deve ceder.

Em algumas situações (como no caso do homicida que é absolvido com base em falso passamento e, tempos depois, descobre-se que está vivo) o sentimento de justiça, ou simplesmente o que a sociedade entende como certo ou errado, grita mais alto do que a garantia da imutabilidade da decisão. Nesses casos, privilegiar a coisa julgada em detrimento da justiça significa celebrar a impunidade, a vitória do criminoso, a falência do Judiciário. Melhor solução é estabelecer na legislação ordinária hipóteses restritas em que se possa romper a coisa julgada nos casos de absolvições injustas.

#### 4.2 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Questão relevante a ser tratada é a que diz respeito sobre a (in)viabilidade da revisão criminal *pro societate* para o sistema brasileiro em face do disposto no artigo 8.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 – Pacto de São José da Costa Rica – da qual o Brasil é signatário<sup>20</sup>, que proclama: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmo fatos.” Ademais, a referida norma inter-

---

19 Vide os comentários de Fernandes (2002, p. 52-53).

20 Foi promulgada para o Direito Brasileiro através do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

nacional foi elevada no Brasil a nível constitucional, por força do artigo 5º, § 2º da CF/88<sup>21</sup>.

Tal norma está relacionada com o princípio do *ne bis in idem* (não duas vezes pelo mesmo fato), comumente utilizado para rechaçar a revisão *pro societate*. Neste raciocínio, reiniciar o processo sobre o qual já foi proferida sentença absolutória caracterizaria um abuso da acusação.

Para melhor compreensão do tema, é oportuno tecer algumas considerações sobre a natureza jurídica da revisão criminal.

Embora situada no Título II, do Livro III do CPP (referente aos recursos), a doutrina amplamente majoritária considera a revisão criminal uma ação autônoma<sup>22</sup>. Sobre o assunto, vale transcrever Pontes de Miranda (2003, p. 189-190):

O que caracteriza o recurso é ser impugnativa dentro da mesma relação jurídica processual em que ocorreu a decisão judicial que se impugna. A ação rescisória e a revisão criminal não são recursos; são ações contra sentenças, portanto – remédios jurídicos processuais com que se instaura outra relação jurídica processual. A impugnativa, em vez de ser dentro, como a reclamação do soldado contra o cabo, é por fora, como o ataque da outra unidade àquela de que faz parte o cabo. O soldado foi pedir a atuação alienígena. É erro dizer-se que a ação rescisória ou revisão criminal é recurso, como falar-se de reabertura extraordinária da lide trancada pela força do caso julgado. A ação rescisória vai, exatamente, contra a eficácia formal da coisa julgada: quebra essa muralha de eficácia formal, já está o processado, a relação jurídica processual, que a preclusão fechara e fizera cessar; exsurge,

21 CF/88, art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

22 Marques (2000, p. 383), Tourinho Filho (2003, p. 599), Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2005, p. 311), Ceroni (2005, p. 19), Rangel (2004, p. 845-846), entre outros, a classificam como ação. Noronha (1972, p. 373), em sentido oposto, a considera um recurso misto, *sui generis*, de natureza toda peculiar.

não se reabre; o júízo rescisório não é reinstalado, mas volta à vida, ressurreição. Não se reconstrói a casa, que se fechara; abre-se a porta (= destrói-se a sentença) e reocupa-se a casa.

A revisão criminal é, portanto, *ação de conhecimento de natureza constitutiva negativa, que tem por fim impugnar a sentença penal transitada em julgado*. A revisão, semelhante à ação rescisória, é o “julgamento do julgamento” (MIRANDA, 2003, p. 92). Nota-se que, como destacado no trecho acima transcrito, com o ajuizamento da revisão criminal instaura-se nova relação jurídica processual distinta do processo cuja decisão pretende-se desconstituir.

Nessa linha de raciocínio, entende-se não haver incompatibilidade do instituto da revisão *pro societate* com o texto do artigo 8.4 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, já que a ação penal tem por fim condenar o réu, enquanto a revisão visa a atacar uma decisão irreversível. São, claramente, instrumentos processuais distintos.

Por outro lado, se julgada procedente a revisão contra o réu, ele não será submetido a um novo processo, mas, sim, ao mesmo processo! Ora, rompido o manto da coisa julgada, que protegia a sentença fundada em grave vício, o processo, na expressão de Miranda, “exsurge”, “volta à vida”, “ressurreição”.

Além disso, falar em abuso da acusação não parece correto visto que a revisão *pro societate*, como o próprio nome indica, não é para acusação, mas para a sociedade. Outrossim, como assinalado por Ferri, a acusação não detém o “dom da onisciência” e não raramente a instrução é precária e não permite ao órgão acusador conhecer em detalhes a realidade dos fatos ou as fraudes produzidas ao longo do processo. Nessas situações, não é lógico vedar a possibilidade de revisão em desfavor do absolvido.

Deste modo, entende-se que o alcance do dispositivo mencionado do Pacto de São José da Costa Rica é no sentido de proibir que o acusado seja novamente denunciado pelos mesmos fatos e não o de rechaçar a revisão criminal *pro societate*, que se insurge contra sentença absolutória revestida de fraudes ou outras graves irregularidades.

### 4.3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal (STF) não reconhece expressamente a revisão criminal *pro societate*; no entanto, em pleno menos três ocasiões, determinou a retomada da persecução penal na hipótese de extinção de punibilidade com base em certidão de óbito falsa.

No julgamento do *Habeas Corpus* (HC) n. 55.901 a primeira turma do STF considerou que a decisão absolutória não produz quaisquer efeitos, visto que constituída em fato juridicamente inexistente:

HABEAS CORPUS - PROCESSO-CRIME. 1. REVOGAÇÃO DE DESPACHO QUE JULGOU EXTINTA A PUNIBILIDADE DO RÉU, A VISTA DE ATESTADO DE ÓBITO BASEADO EM REGISTRO COMPROVADAMENTE FALSO: SUA ADMISSIBILIDADE, VEZ QUE REFERIDO DESPACHO, ALÉM DE NÃO FAZER COISA JULGADA EM SENTIDO ESTRITO, FUNDOU-SE EXCLUSIVAMENTE EM FATO JURIDICAMENTE INEXISTENTE, NÃO PRODUZINDO QUAISQUER EFEITOS [...].

Da mesma forma, no HC n. 60.095 o STF revogou a decisão absolutória declarando não haver ofensa à coisa julgada, uma vez que o agente não está morto:

HABEAS CORPUS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. MORTE DO AGENTE. EQUIVOCO DA DECISÃO. - O DESFAZIMENTO DA DECISÃO QUE, ADMITINDO POR EQUIVOCO A MORTE DO AGENTE, DECLAROU EXTINTA A PUNIBILIDADE, NÃO CONSTITUI OFENSA A COISA JULGADA. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

Igualmente, no acórdão lavrado pelo Ministro Carlos Velloso no HC n. 84.525, a segunda turma do STF decidiu por unanimidade desarquivar a ação penal em virtude da extinção da punibilidade equivocadamente determinada pela certidão de óbito falsa, já que a absolvição não gerou coisa julgada em sentido estrito:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AMPARADA EM CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA. DECRETO QUE DETERMINA O DESARQUIVAMENTO DA AÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA DE REVISÃO PRO SOCIETATE E DE OFENSA À COISA JULGADA. FUNDAMENTAÇÃO. ART. 93, IX, DA CF. I. - A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito. II. - Nos colegiados, os votos que acompanham o posicionamento do relator, sem tecer novas considerações, entendem-se terem adotado a mesma fundamentação. III. - Acórdão devidamente fundamentado. IV. - H.C. indeferido.

Cumprе destacar que embora não se tenha reconhecido nas ementas citadas uma forma de revisão criminal *pro societate*, não se pode negar que houve supressão dos efeitos da coisa julgada em prejuízo do absolvido e em prol da justiça, ou seja, atingiu-se o mesmo resultado. A argumentação jurídica utilizada não desfigura o instituto.

## 5 PARÂMETROS NORMATIVOS

Desenvolvida a fundamentação teórica que justifica a aplicação da revisão criminal *pro societate* para o Direito Brasileiro, resta estabelecer os critérios a serem adotados pelo legislador na sua regulamentação.

Em primeiro lugar, não se deve perder de vista que o reexame dos julgados absolutórios deve ser admitido em casos estreitos e que sejam insusceptíveis de ampliação pela via hermenêutica.

Propõem-se, neste estudo, a análise da admissibilidade, da legitimidade para o pólo ativo da ação e do prazo decadencial.

## 5.1 ADMISSIBILIDADE

De acordo com a pesquisa desenvolvida por Arruda (2003, p. 147), nos países onde a revisão criminal *pro societate* é aceita, admite-se nos casos de: a) sentença determinada por acervo probatório espúrio; b) proferida por juiz corrupto ou artífice de qualquer crime conexo ao processo; c) quando o réu, mesmo fora do processo, firmar confissão idônea; e d) quando reconhecido passamento falso.

Mazzilli (1985, p. 298) aponta ser cabível quando surge prova nova do fato, exceto a prova testemunhal, por suas notórias deficiências; falsidade da prova em que se fundou a absolvição e sentença absolutória proferida em casos de suspeição, suborno, corrupção ou prevaricação do julgador.

Para Hamilton (2007, p. 13), a revisão de sentença absolutória ocorreria apenas quando de forma inequívoca ela estivesse baseada em prova falsa. Ele chega a sugerir a seguinte alteração para o CPP: “art. 621 – (omissis) II – quando a sentença, absolutória ou condenatória, se fundar em prova falsa”.

O CPP português admite a revisão criminal *pro societate* se a decisão foi determinada por falsos meios de prova ou for provado crime cometido por juiz ou jurado relacionado com o exercício da sua função no processo (art. 449º, “1”, “a” e “b”).

Como já mencionado, há precedentes do Supremo Tribunal Federal em desconsiderar a coisa julgada para autorizar a retomada da persecução penal quando a decisão extintiva de punibilidade, com efeitos de absolutória, for baseada em certidão de óbito falsa.

Naturalmente, em respeito ao princípio que nenhuma pena pode passar da pessoa do condenado (CF/88, art. 5º, XLV), não se pode aceitar a revisão criminal *pro societate* se o absolvido já estiver morto.

Por último, é necessário definir se há possibilidade de ajuizamento da revisão criminal *pro societate* mais de uma vez. Arruda (2003, p. 148) cita o exemplo da Sérvia, onde “é defeso o reexame se, pelo mesmo fato, tenha o acusado sido absolvido duas vezes”. Entretanto, acredita-se não ser esta a melhor opção. Miranda (2003, p. 145), ao tratar da ação rescisória, ensina que “há tantas pretensões a rescindir quantas são as

causas". Na mesma linha, defende-se ser mais lógico autorizar a revisão criminal *pro societate* mais de uma vez, com relação à mesma sentença, desde que por motivos diversos. A razão para tanto encontra-se no fato de que após o julgamento da primeira revisão pode surgir algum outro elemento, antes desconhecido, que autorize a desconstituição da coisa julgada. Isso não significa, no entanto, que o absolvido estaria eternamente sujeito à persecução penal, visto que haveria um prazo previamente estabelecido para o manejo da ação revisional.

## 5.2 LEGITIMIDADE

É possível, em tese, atribuir legitimidade para o ajuizamento da revisão criminal *pro societate* ao: a) Ministério Público; b) assistente de acusação e c) ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo (nos casos de ação penal privada).

O CPP português confere legitimidade, nos casos de sentença absolutória, ao Ministério Público e ao assistente de acusação (art. 450º, "1", "a" e "b").

Para evitar que eventuais interesses particulares reprováveis (vingança, extorsão e etc.) coloquem em risco a segurança jurídica e o *status libertatis* do réu absolvido, sem fundada justificativa, defende-se que deveria ser conferida legitimidade apenas ao Ministério Público, órgão titular da ação pena pública (CF/88, art. 129, I).

Neste caso, a revisão criminal *pro societate* não seria admitida nas ações penais privadas, mas qualquer cidadão teria o direito de oferecer representação ao *Parquet*.

## 5.3 PRAZO

No tocante ao prazo decadencial para o ajuizamento da revisão criminal *pro societate*, podem-se estabelecer pelo menos quatro critérios: a) sem limite de prazo; b) prazo de prescrição do crime; c) prazo determinado contado do trânsito em julgado da decisão; e d) prazo determinado contado da descoberta de novos fatos.

Na primeira hipótese, o direito de requerer a revisão não decairia. Neste aspecto, não haveria empecilhos de manejar a revisão um dia após o trânsito em julgado da sentença ou dez anos depois de prescrita a pena. O fundamento para tanto, como já foi desenvolvido, encontra-se no erro judiciário. É a opção adotada pelo CPP de Portugal (art. 449º, “4”).

Outra possibilidade seria determinar o prazo revisional de acordo com a prescrição do crime, conforme os parâmetros elencados no Código Penal. Consoante Arruda (2003, p. 148) esta é a forma adotada pelos sistemas em geral que aceitam a revisão criminal *pro societate*. É também a opinião defendida por Ceroni (2005, p. 27).

A terceira situação consistiria em definir um prazo que teria como termo inicial a data em que a decisão absolutória tornou-se irrecorrível. É o critério adotado pelo Código de Processo Civil para a ação rescisória e tem prazo de dois anos (CPC, art. 495). Esta é a posição de Mazzilli (1985, p. 298), que sugere o mesmo prazo. A principal vantagem do critério é a objetividade e segurança, ou seja, o réu absolvido saberia previamente o prazo a que estaria sujeito a ser demandado pela revisão criminal.

Por fim, a última opção seria fixar um prazo que teria início com a descoberta de fatos novos como, por exemplo, o dia que se tivesse conhecimento que o absolvido que teve a punibilidade extinta pela morte atestada pela certidão de óbito, na verdade está vivo. Este é o modelo utilizado na legislação de países como Rússia (que estabelece um ano) e Iugoslávia (seis meses) (ARRUDA, 2003, p. 148). O problema deste critério é a insegurança que gera uma vez que a qualquer momento pode surgir algum fato novo que autorize reiniciar o processo em desfavor do absolvido.

Acredita-se que o melhor critério que estabelece o prazo revisional a favor da sociedade é o vinculado com a prescrição do crime, visto que não parece justo que o acusado pelo crime de homicídio qualificado (Código Penal, art. 121, § 2º) tenha o mesmo prazo revisional que o acusado por falsificação de documento público (Código Penal, art. 297, *caput*). Por outro lado, carece de sentido autorizar a revisão criminal *pro societate* após a prescrição do crime (primeiro critério), já que não existe mais sequer o *jus puniendi*.

## CONCLUSÃO

Em face da pesquisa realizada, pode-se concluir que:

a) a atividade jurisdicional, devido à falibilidade humana, está constantemente sujeita a equívocos. Neste universo, em tratando-se de erros cometidos em decisões de processos criminais não suscetíveis de recursos, a revisão criminal (*pro reo e pro societate*) apresenta-se como instrumento processual idôneo para viabilizar a correção de tais desacertos;

b) a revisão criminal surgiu no Brasil através do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, sendo que nunca foi adotada a modalidade *pro societate*. A CF/88, na mesma direção da Constituição anterior, suprimiu a restrição de uso exclusivamente pelos condenados. Não há empecilho constitucional, portanto, que impeça a adoção da revisão em detrimento dos absolvidos, dependendo apenas de alteração na legislação ordinária;

c) os principais argumentos defendidos entre aqueles que entendem ser cabível apenas a revisão das decisões condenatórias são no sentido de preservar a coisa julgada, a paz e a segurança jurídica dos absolvidos. Do outro lado, os que advogam a tese da revisão das absolvições, em suma, sustentam a exata aplicação da lei e a reparação do erro judiciário. Razão assiste as duas correntes e o ideal é buscar uma fórmula que adéqüe os direitos por ambas tutelado;

d) a revisão em desfavor dos absolvidos é albergada pelas legislações da Alemanha, Áustria, Colômbia, Equador, Hungria, Noruega, Portugal, Rússia, Suécia e Suíça (algumas regiões), além de ser defendida por diversos juristas de diferentes partes do mundo;

e) o instituto da revisão criminal *pro societate* é constitucional e encontra amparo nos princípios da igualdade, relatividade da coisa julgada, inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos e proporcionalidade;

f) o dispositivo 8.4 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos não tem o alcance de inviabilizar a revisão *pro societate* que se insurge contra sentença absolutória revestida de graves vícios;

g) o Supremo Tribunal Federal, em pelo menos três ocasi-

ões, determinou a retomada da persecução penal nos casos de extinção de punibilidade firmados em certidão de óbito falsa, com os mesmos efeitos da revisão *pro societate*, embora não reconheça expressamente;

h) entende-se que se deve admitir à revisão das absolvições em casos estreitos, em que se imponha por motivos salutareis a reparação do erro judiciário e que sejam insusceptíveis de ampliação pela via hermenêutica. Naturalmente, não se pode admitir a revisão *pro societate* se o absolvido já estiver morto, em homenagem ao princípio de que nenhuma pena pode passar da pessoa do condenado; e

i) dever-se-ia conferir legitimidade ativa somente ao Ministério Público, sendo que qualquer cidadão teria o direito de oferecer representação ao *Parquet*. O ajuizamento da revisão *pro societate* estaria sujeito ao prazo de prescrição do crime.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Élcio. *Revisão criminal (Pro societate)*. São Paulo: Mundo Jurídico, 2003.

CERONI, Carlos Roberto Carlos. *Revisão criminal: características, conseqüências e abrangência*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarence. *Processo Penal Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*. Tradução de Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Editora Minelli, 2006.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrine; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *A reforma do processo penal*. Disponível em: <[http://www.femperj.org.br/artigos/popup.php?pagina=artigos\\_a\\_refroma\\_do\\_processo\\_penal.php](http://www.femperj.org.br/artigos/popup.php?pagina=artigos_a_refroma_do_processo_penal.php)>. Acesso em 17 set. 2007.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Revisão e atualizado por Eduardo Reale Ferrari. 2 ed. Campinas: Editora Millennium, 2000, v. IV.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Revisão "Pro Societate"*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo,

ano 74, volume 594, p. 296-298, 1985.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. Revisto e atualizado por Renato N. Fabbrini. 17 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4.

# A DECRETAÇÃO ANTECIPADA DA PRESCRIÇÃO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA

Daniel Westphal Taylor

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

## SUMÁRIO

Introdução - 1 O conceito de prescrição antecipada - 2 O princípio da proporcionalidade e a decretação antecipada da prescrição - 3 O Ministério Público e a decretação antecipada da prescrição - Considerações finais.

## INTRODUÇÃO

Na generalidade das profissões, toda ação humana é direcionada a um fim previamente traçado. Para alcançá-lo, são despendidos energia, tempo e dinheiro. O gasto é justificado, portanto.

Todavia, na área jurídica, berço de princípios como o da proporcionalidade e o da eficiência, por muitas vezes consomem-se todos aqueles bens da vida a que antes nos referimos – energia, tempo e dinheiro – com prévia ciência da inutilidade do esforço.

Mais do que em qualquer outro ramo do direito, é no processo penal que essa equação desproporcional verifica-se. Demandas são iniciadas ou desenvolvidas com o objetivo (declarado) de alcançar-se a

condenação do réu quando sabido de antemão que elas não terão um resultado útil, pois, ainda que a acusação logre sucesso, a pretensão punitiva estatal ver-se-á fulminada pela prescrição no momento em que definida a pena do acusado.

A prática, que no âmbito de qualquer outro ofício seria encarada como contrária à razão, é contemplada com absoluta naturalidade no meio jurídico. Mais: é legitimada pelo Supremo Tribunal Federal, que rechaça a possibilidade de reconhecer-se antecipadamente a prescrição da pretensão punitiva estatal, mediante a realização de um prognóstico da pena que seria aplicada ao indiciado – no caso de processo ainda não deflagrado – ou ao acusado – no caso de demanda em tramitação –, como demonstram recentes decisões proferidas pela Corte (HC 90.337/SP<sup>1</sup>, HC 88.087/RJ<sup>2</sup> e RHC 86.950/MG<sup>3</sup>).

Embora o Supremo Tribunal Federal, assim como a maioria dos tribunais do país<sup>4</sup>, venha dessa maneira decidindo, não há como negar que a decretação antecipada da prescrição é uma realidade (e bem sabe disso quem vive o dia-a-dia do processo penal).

Uma realidade que, na imensa maioria das ocasiões, não é levada até o grau recursal (onde a decisão extintiva da punibilidade é invariavelmente cassada), mas que se faz presente em primeiro grau de jurisdição, local no qual magistrado, promotor de justiça e defensor concordam sobre a total inutilidade do seguimento de determinada investigação ou demanda penal.

Resta saber qual entendimento deve prevalecer. Para nós, certamente, o da possibilidade de reconhecimento antecipado da prescrição.

É dentro dessa perspectiva que as presentes linhas serão desenvolvidas. A idéia, que não é nova, aqui é encarada por ângulo diverso

---

1 DJU de 6.9.2007, Rel. Min. Carlos Britto.

2 DJU de 17.10.2006, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

3 DJU de 10.8.2006, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

4 A 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é honrosa exceção, como pode ser conferido nos seguintes julgados, todos relatados pelo Desembargador Sylvio Baptista Neto: AC 70018365668, publicado do DJE de 24.4.2007; RSE 70016958670, publicado no DJE de 15.3.2007; RSE 70014264014, publicado no DJE de 27.4.2006.

do habitual. Ao invés de trabalharmos com as condições da ação penal e, especificamente, com o conceito de interesse de agir, que, segundo variados autores, estaria ausente na hipótese versada<sup>5</sup>, foca-se o estudo na inconstitucionalidade material do provimento estatal que promove (Ministério Público) ou permite (Poder Judiciário) demandas inúteis.

A mudança do olhar, a par de prestar deferência à hierarquia das normas, permite concluir, com tranqüilidade, que a instauração ou a continuidade de uma ação penal que não poderá, em hipótese alguma, alcançar o objetivo almejado pelo Estado é que agride o ordenamento jurídico, e não o contrário.

Ainda dentro dessa perspectiva, fiéis à nossa origem e convictos de que o sistema inquisitorial estatuído pelo Código de Processo Penal, lamentavelmente ainda adotado por muitos atores jurídicos, não sobrevive frente às atuais disposições constitucionais, buscamos relacionar o tema principal com a atividade do membro do Ministério Público. Novos tempos, novas concepções: não é admissível que, em um sistema onde o Ministério Público é o titular da ação penal e em que vigoram os princípios do devido processo legal, da proporcionalidade e o acusatório, uma demanda penal predestinada à inutilidade seja instaurada ou continue sem a vontade do órgão acusatório. Decorrencia lógica da asserção é que não só nas mãos do Poder Judiciário, mas também do Ministério Público, está a decisão acerca do destino de um inquérito ou processo dessa natureza.

Portanto, são estes, em suma, os objetivos das presentes linhas: defender (a) que a decretação antecipada da prescrição da pretensão punitiva é, em muitos casos, uma exigência constitucional e (b) que o Ministério Público também tem responsabilidade pelo reconhecimento dessa causa extintiva da punibilidade.

Salienta-se que aqui não será realizado qualquer juízo de valor acerca da conveniência do instituto da prescrição<sup>6</sup>. Pelo contrário, traba-

---

5 É o caso, por exemplo, de Eugênio Pacelli de Oliveira, que afirma inexistir o interesse processual nas ações penais em que certa a prescrição futura porque “o processo, como instrumento da jurisdição, deve apresentar em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa seu conteúdo”.

6 A respeito do assunto, vide Projeto de Lei da Câmara n. 19/2007, que “altera os artigos 109 e 110 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (exclui do ordenamento jurídico o instituto da prescrição retroativa).”

lharemos com fatos: a prescrição, da pretensão punitiva ou executória, tem previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro. A partir dessa premissa é que serão desenvolvidas as ponderações que seguem.

## 1 O CONCEITO DE PRESCRIÇÃO ANTECIPADA

De acordo com o Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva estatal, que é aquela que ocorre antes de a sentença penal transitar em julgado, pode ser regulada por dois padrões distintos. Em um primeiro momento, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime (artigo 109 do Código Penal): é a denominada prescrição abstrata<sup>7</sup>. Após a concretização da reprimenda na sentença, e desde que não exista recurso do Ministério Público, ou, havendo recurso, desde que ele seja julgado improcedente<sup>8</sup>, a prescrição passa a ser regulada pela quantidade de pena aplicada ao acusado (artigo 110, § 1º e § 2º, do Código Penal). Dependendo do momento em que o lapso necessário para o reconhecimento da prescrição verificar-se, ela será chamada de prescrição retroativa<sup>9</sup> – quando esse interregno é satisfeito entre a data do fato reputado delituoso e o recebimento da denúncia ou da queixa, ou entre esse marco regulatório e a publicação da sentença condenatória – ou intercorrente<sup>10</sup> – quando o intervalo é liquidado após a publicação da sentença, mas antes do trânsito em julgado dessa decisão<sup>11</sup>.

É evidente que o tormentoso tema da prescrição da pretensão punitiva não se esgota nas breves linhas do parágrafo anterior. Para os objetivos das presentes linhas, no entanto, é suficiente fixar a distinção entre prescrição abstrata, retroativa e intercorrente.

---

7 Embora o termo “prescrição abstrata” seja empregado com frequência, tecnicamente mais correto é designar essa espécie de “prescrição da pretensão punitiva estatal com base na pena abstratamente cominada ao crime”.

8 É interessante perceber que, apesar de o Código Penal silenciar a esse respeito, a prescrição da pretensão punitiva retroativa ou intercorrente também pode ser regulada pela pena concretizada no acórdão.

9 Ou, com mais técnica, “prescrição da pretensão punitiva estatal na forma retroativa”.

10 Ou, com mais técnica, “prescrição da pretensão punitiva estatal na forma intercorrente”.

11 É importante lembrar que a Lei n. 11.596/07 criou uma nova causa interruptiva da prescrição: a publicação do acórdão condenatório recorrível.

E a diferenciação é necessária porque foi com o empréstimo da noção de prescrição retroativa que a doutrina criou a chamada tese da prescrição antecipada<sup>12</sup>, também conhecida como prescrição em perspectiva ou virtual.

A idéia subjacente a essa teoria é a de que a pena que será aplicada ao indiciado ou ao réu no momento da sentença pode ser prognosticada antes mesmo do início do processo (e, logicamente, também em seu decorrer). Basta realizar a subsunção do fato tido como criminoso ao tipo penal correspondente e, após, com base em parâmetros jurídicos (aqueles indicados no artigo 68 do Código Penal) e reais (aqueles que se extraem da conjuntura do próprio fato delituoso e da vida do indiciado ou réu), calcular a pena que provavelmente seria aplicada àquele que é apontado como responsável pelo ilícito, se condenado viesse a ser. A seguir, de posse dessa informação, e com base nos parâmetros indicados no artigo 109 do Código Penal, verifica-se a eventual ocorrência da prescrição punitiva na forma retroativa, que, como vimos, é aquela que acontece entre a data do fato delituoso e o momento do recebimento da denúncia ou da queixa, ou entre esse marco temporal e a data da publicação da sentença condenatória. Caso entre qualquer um desses espaços de tempo já haja passado prazo suficiente para a decretação da prescrição, ela é, então, antecipadamente declarada, sem a necessidade de percorrer-se o caminho até a sentença.

Como é perceptível, tratamos de uma teoria defendida por muitos, porém não prevista expressamente na lei. A lacuna legislativa, contudo, não se afigura como obstáculo intransponível ao reconhecimento da prescrição antecipada. Pelo contrário, à luz do princípio constitucional da proporcionalidade, que será na seqüência analisado, vedar-se o reconhecimento antecipado da prescrição é que, parece-nos, contraria o ordenamento jurídico.

---

12 Ou, com mais técnica, “prescrição da pretensão punitiva estatal na forma intercorrente, com base em um prognóstico da pena que seria aplicada ao investigado ou acusado”.

## 2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE<sup>13</sup> E A DECRETAÇÃO ANTECIPADA DA PRESCRIÇÃO

A premissa de que todo ato que emana do Estado deve ser dotado de proporcionalidade é aceita hoje, sem maiores discussões, como princípio constitucional. Sinal disso é que, ao contrário do que ocorre com outros assuntos polêmicos, onde a doutrina habitualmente caminha solitária, o consenso em relação ao princípio é, há décadas, compartilhado pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, a Corte, que inicialmente admitia apenas a sindicabilidade dos atos administrativos<sup>14</sup> e judiciais<sup>15</sup>, paulatinamente passou a acolher também a tese de que mesmo os atos legislativos são passíveis de ter sua constitucionalidade analisada sob o viés da proporcionalidade<sup>16</sup>. Portanto, hoje é pacífico que o referido princípio projeta sua força normativa sobre qualquer ato que emana do Estado, tenha ele natureza administrativa, judicial ou legislativa.

Apesar da sofisticação teórica que dá sustentação ao aludido princípio, a idéia que o embasa é muito simples: todo ato proveniente do Poder Público deve ser proporcional, razoável, equilibrado, voltado, enfim, à satisfação dos interesses estatais, sem, todavia, acarretar um fardo desmesurado àquele que é atingido pela medida. Ou, nas palavras de Luís Roberto Barroso:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que ser conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente

---

13 Os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade são aqui tomados como sinônimos.

14 É exemplo a decisão proferida no RE 365368/SC. DJU de 29.6.2007, Rel. Min. Carlos Velloso.

15 É exemplo a decisão proferida no HC 82.969/PR. DJU de 17.10.2003, Rel. Min. Gilmar Mendes.

16 O marco histórico é o julgamento efetuado na ADIN n. 855-2, em 1º de junho de 1993, momento em que o Supremo Tribunal Federal admitiu expressamente que o princípio da proporcionalidade era norma do ordenamento jurídico brasileiro.

subjetiva. É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.<sup>17</sup>

Como é evidente, essa breve noção não encerra o assunto, sobretudo porque são necessários parâmetros para definir quando um ato oriundo do Poder Público será, ou não, razoável.

Esses parâmetros, assim como, de resto, o desenvolvimento da teoria que dá sustentação ao princípio da proporcionalidade, são devidos, em sua maior parte, à doutrina e jurisprudência alemãs.

Diante da árdua lição ministrada durante os tempos da Alemanha nacional-socialista, quando barbáries foram cometidas com apoio na lei, ponderaram os estudiosos alemães que a mera legalidade de um ato ou norma estatal não é sinônimo de sua constitucionalidade. A par de legal, é necessário que o ato seja também proporcional, sob pena de afronta à Constituição.

Partindo dessa premissa, os idealizadores da teoria decompose-ram o princípio da proporcionalidade em três subprincípios, a que está submetido todo provimento estatal: adequação (idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito. A função deles é servir de guia do intérprete na tarefa de desvendar se um ato estatal atende, ou não, ao princípio da proporcionalidade.

Analisemos, rapidamente, o significado de cada um desses subprincípios, para, a seguir, relacioná-los com o tema da prescrição antecipada.

Todo provimento estatal (ao menos idealmente) deriva de um motivo e é meio para alcançar um determinado fim. Mediante a aplicação do subprincípio da adequação (idoneidade) procura-se, então, verificar se o meio utilizado (provimento estatal) é adequado para alcançar o fim que o Poder Público está (ao menos declaradamente) buscando. Um exemplo singular, relacionado à prática de um ato típico do Poder Executivo, servirá como ilustração. Imagine-se uma repartição pública onde os funcionários, em número de cinco, não são suficientes

---

17 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 224.

para dar conta do serviço (motivo). Objetivando aperfeiçoar o serviço (finalidade), o chefe da repartição, obedecendo a todos os trâmites legais, providencia a compra de cinco computadores de última geração (meio). Descobre-se, porém, que todos esses funcionários, por conta da natureza do serviço, limitam-se a realizar trabalho de campo, em local onde o uso dos computadores seria absolutamente inviável. Nesse caso, malgrado a aparente legalidade do ato, sua inidoneidade para o alcance do fim proposto é evidente. Padece o ato, portanto, do vício da ausência de proporcionalidade entre o motivo, meio e fim.

Por intermédio do subprincípio da necessidade (exigibilidade), perquire-se se o meio escolhido para alcançar a finalidade almejada pelo Poder Público é aquele que atinge de forma menos gravosa a esfera privada do cidadão. Caso exista um meio menos agressivo, mas tão eficaz quanto aquele eleito, ter-se-á o ato como desproporcional por ofensa ao subprincípio da necessidade. Da recente Lei n. 11.340/2006 podemos colher outro exemplo, agora relacionado a uma atividade típica do Poder Judiciário. Imaginemos que no decorrer de um inquérito policial surjam indícios de que o investigado tenha violentado sua esposa. Nesse mesmo procedimento, apura-se que a violência não é uma constante na vida do casal, tratando-se de fato isolado. Ainda assim, por prudência, o magistrado, analisando pedido do Ministério Público, entende que o distanciamento dos membros do casal é salutar, razão por que decreta a prisão preventiva do indiciado. O ato é legal? Sim, sem dúvida. Será, no entanto, proporcional quando sabido que essa mesma Lei permite que o afastamento seja realizado através de meio muito menos gravoso ao investigado (medida protetiva de afastamento do lar)? Definitivamente, não. Logo, o ato judicial é desproporcional por ofensa ao subprincípio da necessidade, pois o distanciamento do casal (finalidade) podia ter sido alcançado através do mero afastamento do lar (meio menos agressivo).

Finalmente, por meio do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é examinado se a restrição gerada pelo provimento que emana do Poder Público mostra-se em uma relação proporcional com o proveito por ela produzido. Figurativamente, colocam-se em diferentes lados de uma balança a restrição ao direito e o proveito criado por ela, analisando-se se eles estão em uma relação proporcional, ou seja, se a vantagem é suficiente para justificar a restrição. Ou, na feliz síntese de Daniel Sarmiento (tratando, especificamente, da incidência do princípio

sobre os atos legislativos): “o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade”.<sup>18</sup> O exemplo seguinte, que é real, envolve a análise da proporcionalidade de um ato legislativo: o Supremo Tribunal Federal, ao analisar pedido de medida cautelar na ADIN n. 855-2 (ainda em tramitação), deferiu o pleito para suspender provisoriamente os efeitos da Lei n. 10.248/93, do Estado do Paraná, que obrigava as companhias de gás a pesarem, em cada venda, o botijão de gás na frente do consumidor. Ao analisar o caso, Suzana de Toledo Barros anota, com precisão, a ausência de uma relação proporcional entre o ônus gerado às empresas de gás e o benefício ocasionado ao consumidor:

O diploma legal (Lei n. 10.248/93), que previa a obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás à vista do consumidor, foi impugnado, entre outros argumentos, por impor ônus excessivo às companhias de gás, já que elas teriam de dispor de uma específica balança em cada veículo ou posto de revenda, gravame este ao qual não corresponderia uma vantagem ao consumidor.<sup>19</sup>

Agora que examinamos, de maneira sucinta, os três subprincípios em que se decompõe o princípio da proporcionalidade, é momento de relacioná-los com o tema da decretação antecipada da prescrição.

De início, porém, é propositado assinalar que a menção aos subprincípios da necessidade (exigibilidade) e da proporcionalidade em sentido estrito foi realizada muito mais para fins didáticos do que para os objetivos da tese que aqui se defende. Isso porque o exame da proporcionalidade do provimento estatal deve ser realizado por etapas<sup>20</sup>, apreciando-se cada um dos subprincípios na ordem em que aqui foram apresentados: adequação (idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito.

E, quando perscrutada sob a ótica da proporcionalidade, a mani-

18 SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 89.

19 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 121.

20 BARROS, Suzana de Toledo. *Op. cit.*, p. 182-184.

festação estatal representada pela propositura ou manutenção de uma ação penal, quando sabido de antemão que posteriormente verificar-se-á a prescrição da pretensão punitiva estatal na forma retroativa, falha já no primeiro “teste”, mesmo que o ato seja revestido de legalidade.

A conclusão é, aliás, elementar. É o desrespeito ao mandamento proibitivo de uma regra penal (motivo) que autoriza a deflagração (ou manutenção) da ação penal (meio) que, por sua vez, tem como objetivo “restringir o *jus libertatis* com a inflição da pena” (finalidade)<sup>21</sup>. Mas o que acontece quando se sabe, com antecedência, que a prescrição fatalmente ocorrerá? O Estado emprega um meio (ação penal) que não tem qualquer finalidade, pois o investigado ou acusado não será, em hipótese alguma, atingido por sanção penal. Regressando ao que dissemos no início, estaremos diante de um legítimo caso em que energia, tempo e dinheiro são gastos inutilmente.

Nada, salvo o fetiche pelo positivismo e a incapacidade de leitura das normas penais à luz da Constituição Federal, justifica essa postura, ultrapassada não só do ponto de vista científico mas também quando nos damos conta dos gastos que envolvem a empreitada.

Refutamos, então, a tese, professada inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido da não aceitação do instituto da prescrição antecipada em virtude da inexistência de previsão legal que o ampare. Nosso Estado é de Direito e não de Lei. E Direito, desde o “descobrimento” da força normativa dos princípios, não se resume à mera aplicação irracional do que está inscrito em norma ordinária.

Ainda menos sedutores são os argumentos, também abraçados pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o instituto não pode ser utilizado porque (a) obsta que o réu prove a sua inocência ou porque (b) no decorrer da ação penal poderá o Ministério Público “comprovar a não primariedade ou outra circunstância judicial desfavorável aos recorridos”, como pontuado no RHC 86.950/MG<sup>22</sup>.

É preciso acordar para a realidade. Ignorar o suplício que é um processo penal e se fiar no simplório argumento de que o réu tem direito a provar sua inocência beira a hipocrisia. Em primeiro lugar, porque o

---

21 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 6.

22 DJU de 10.8.2006, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

argumento é falacioso: se isso fosse verdade, a prescrição retroativa (a real, não a antecipada), embora decorrente de norma expressa (artigo 110, § 1º, do Código Penal), não poderia ser decretada quando houvesse recurso exclusivo da defesa (e, note-se, nesse caso estaríamos lidando, supostamente, com o princípio constitucional da inocência, que prevaleceria frente à norma de lei ordinária). Depois, porque, a par da falha do argumento, o “problema” é muito fácil de ser contornado: basta que, antes da decretação da prescrição, o investigado ou réu seja intimado para que informe se concorda com a providência. Caso sua anuência não seja colhida, o processo segue em frente.

De outro lado, é verdade que no decorrer da ação poderá o Ministério Público, eventualmente, trazer aos autos algum fato que acarrete o aumento da pena do réu. Disso não há dúvida. É necessário, todavia, manter os pés no chão. Quando defendemos a decretação antecipada da prescrição, não estamos admitindo que a providência seja tomada quando houver qualquer espécie de hesitação acerca do que ocorrerá futuramente. O instituto deve ter aplicação reservada às hipóteses em que é incontestável que a continuidade da investigação ou do processo será inútil, à medida em que é inevitável a posterior decretação da prescrição na forma retroativa. E, sabe qualquer um que lida com processo penal e não mente a si mesmo, existem numerosas ocasiões em que, mesmo admitindo-se a possibilidade de durante o processo surgir alguma circunstância que acarretará o aumento da pena (o que é exceção – em geral, antes mesmo da propositura da ação o Ministério Público já tem condições de saber se existem circunstâncias que pesam contra o réu), ainda assim ocorrerá a prescrição retroativa. Aliás, como bem pontua Róbson de Vargas ao tratar das dificuldades de avaliarem-se certas circunstâncias judiciais na fase inquisitorial: “avaliações sobre circunstâncias como conduta social e personalidade do agente normalmente são precárias nesta fase, mas, diga-se de passagem, que diferente não é na própria instrução do feito na fase judicial”<sup>23</sup>. Portanto, é somente nas ocasiões em que evidente a ocorrência futura da prescrição – e somente nelas – que a extinção da punibilidade poderá ser decretada antecipadamente.

Por fim, é oportuno assinalar que o princípio da proporcionalidade

---

23 VARGAS, Robson de. *O reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 55, p. 347, jul./ago. 2005.

projeta-se tanto sobre o ato judicial que recebe ou permite a continuidade da ação penal quanto sobre os atos ministeriais que promovem sua propositura ou impulso. Sobre o assunto, aliás, é perfeita a análise realizada por Denílson Feitoza Pacheco:

O princípio da proporcionalidade é aplicável toda vez que ocorre uma intervenção em um direito fundamental. (...) No presente estudo, concentramo-nos especificamente nos direitos fundamentais das pessoas ou entes sujeitos à persecução criminal. (...) *Mutatis Mutandis*, essas regras são aplicáveis às medidas administrativas e judiciais de intervenção em direitos fundamentais, ou seja, às intervenções persecutório-administrativas (delegado de polícia, promotor de Justiça, procurador da República, encarregado de inquérito policial-militar, CPI etc.) e judiciais (juiz, tribunal, conselho de justiça militar etc.) (...).<sup>24</sup>

E, se assim é, cabe perguntar qual atitude espera-se do agente do Ministério Público quando confrontado com a situação aqui delineada, questionamento que procuraremos responder na seqüência.

### 3 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DECRETAÇÃO ANTECIPADA DA PRESCRIÇÃO

Não é novidade que desde a Constituição de 1988 as atribuições do Ministério Público cresceram. Em razão disso, ao contrário do que fez por muito tempo, hoje a Instituição lança seu foco exclusivamente sobre funções que sejam efetivamente relacionadas com sua missão constitucional. Abandona, ao poucos, as atribuições que não estejam estritamente ligadas à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos individuais e sociais indisponíveis<sup>25</sup>. A mudança de pos-

24 PACHECO, Denílson Feitosa. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. p. 144-145.

25 A título de exemplo, basta observar que há bem pouco tempo o Ministério Público tinha como regra a intervenção em qualquer ação que envolvesse entes públicos. Hoje, ao contrário, o entendimento maciço da Instituição é de que a simples existência de

tura não é casual: consolidada a relevância da Instituição, é momento de responder aos anseios da sociedade – e eles não serão satisfeitos sem a racionalização de suas atividades.

Passa por aí a questão da decretação antecipada da prescrição retroativa. Se não por razões de caráter científico, ao menos por razões de praticidade, o Ministério Público tem de fazer a pergunta a si mesmo: é correto deixar de lado outras atribuições para investir na propositura ou na continuidade de ações penais que, evidentemente, serão atingidas pela prescrição? A pergunta não é retórica. Pelo contrário. Quem atua na função sabe que o cotidiano do agente do Ministério Público é povoado de situações como essas.

O questionamento possui ainda mais pertinência quando nos damos conta que o Ministério Público tem o poder de dar fim a inquéritos policiais ou a processos penais que não chegarão a lugar algum, ainda quando os tribunais não entendam da mesma maneira.

Embora essa afirmação possa, em um primeiro momento, causar perplexidade, ela deriva de mero raciocínio lógico. Ora, o processo não inicia e não continua sem a participação do Ministério Público. Não inicia em virtude do disposto no artigo 129, I, da Constituição Federal. Não continua por conta do teor desse mesmo artigo (só uma interpretação obtusa e ultrapassada da mencionada disposição pode levar à conclusão de que o “promover” adstringe-se à propositura da ação e que, uma vez realizado esse ato processual, o juiz de direito está livre para exercer a inquirição), em razão da incidência do princípio do devido processo legal (toda defesa pressupõe uma acusação – e a acusação no decorrer do processo tem de ser exercida pelo Ministério Público e não por um juiz inquisidor) e, finalmente, por causa da adoção do sistema acusatório por nossa Constituição Federal (sistema que atribui ao Ministério Público a responsabilidade pela gestão da prova).

Assim, ainda que prossiga o entendimento da maioria dos tribunais no sentido de que é inviável a decretação antecipada da prescrição, o Ministério Público pode, se assim quiser, e desde que haja um consenso dentro da Instituição, dar solução antecipada aos inquéritos policiais e às ações penais em que certa a prescrição futura: basta, nos inquéritos

---

ente público em um dos pólos da demanda não é suficiente para gerar a necessidade de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei.

policiais, não oferecer a denúncia, e, nos processos penais, não dar continuidade à demanda já instaurada (insistimos: o “promover” a que se refere o artigo 129, I, da Constituição Federal significa muito mais do que o mero ingresso da ação – naturalmente, a lição só faz sentido para aqueles que já se deram conta que o sistema inquisitorial é incompatível com a atual ordem constitucional).

Agindo dessa maneira, o Ministério Público, de um lado, refletiria sua maturidade institucional – assumindo o ônus de determinar quando o ajuizamento ou a continuidade de uma ação penal são medidas necessárias –, e, de outro, faria jus à razão de sua existência, que nada mais é do que a defesa da sociedade – que apenas tem a perder com a propositura ou continuidade de ações penais que não terão qualquer utilidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decretação antecipada da prescrição da pretensão punitiva do Estado, embora não prevista em lei, é uma realidade, tanto no plano dos fatos como do direito.

No plano dos fatos, porque o instituto tem sido largamente utilizado no primeiro grau de jurisdição, onde ocorre um acordo tácito entre os atores jurídicos, evitando que a questão seja submetida aos tribunais, que, regra geral, cassariam a decisão em pauta.

No plano do direito, pois um ato estatal (judicial ou persecutório-administrativo) que restringe direitos individuais fundamentais sob o argumento de alcançar uma finalidade que jamais poderá ser atingida é materialmente inconstitucional por infração ao princípio da proporcionalidade (e, especificamente, ao subprincípio da adequação).

Discordamos do entendimento expressado pelos tribunais superiores no sentido de que a ausência de lei autorizativa impede a decretação antecipada da prescrição. Pelo contrário, o reconhecimento da força normativa dos princípios leva, justamente, à conclusão de que a providência é possível, desde que preenchidos os requisitos para tanto.

De outro lado, apesar de verdadeira a asserção no sentido de que o reconhecimento antecipado da prescrição impede que o investigado

ou réu prove a sua inocência, o problema é contornável: basta que se dê a ele a oportunidade para manifestar se concorda, ou não, com a providência. Afinal, é ele, é só ele, quem tem condições de avaliar qual medida o atinge mais gravemente – a instauração/continuidade do processo ou a perda da chance de provar sua inocência.

Da mesma forma, é possível decretar-se antecipadamente a prescrição sem correr-se o risco de beneficiar indevidamente um investigado ou réu que possua circunstâncias judiciais desfavoráveis, mas desconhecidas do Ministério Público. Basta que a extinção da punibilidade somente seja decretada quando, em um juízo antecipado, surja incontestável a conclusão de que a prescrição ocorreria mesmo se futuramente descoberto que o investigado ou réu era detentor de um péssimo “currículo”.

E a partir do momento em que, afastando-nos das “certezas” pregadas pelo senso comum teórico, damos-nos conta de que, sem a participação efetiva do Ministério Público uma ação penal não pode seguir em frente – salvo se ignorados princípios como o do devido processo legal e o acusatório –, há que se reconhecer que é também dessa Instituição a decisão acerca da instauração ou continuidade de uma ação penal predestinada à inutilidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 5.ed. rev., atual e ampl. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

COUTINHO, Luiz Augusto. *Prescrição Virtual* [jurisprudência comentada]. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 9, p. 61-78, nov./dez. 2005.

LEMOS, Ricardo Teixeira. *Prescrição penal. Retroativa e antecipada em face da competência*. 2 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

MARQUES, Jader. *Ação Penal – Pena Projetada – Hipótese de Condenação – Prescrição antecipada – Possibilidade* [jurisprudência comentada]. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 22, p. 73-77, out./nov. 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PACHECO, Denílson Feitosa. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

VARGAS, Robson de. *O reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa* [jurisprudência comentada]. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 55, p. 339 - 363, jul./ago. 2005.

# A GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO DE MIGUEL REALE

André Fernandes Indalencio

*Mestrando em Ciência Jurídica na UNIVALI-SC  
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

Atílio de Castro Iczuka

*Mestrando em Ciência Jurídica na UNIVALI-SC  
Auditor Fiscal da Receita Federal*

Napoleão Bernardes Neto

*Mestrando em Ciência Jurídica na UNIVALI-SC*

## RESUMO

A presente pesquisa tenciona analisar a evolução da legislação que regula o direito de greve no Brasil. As normas que permitem, impõe restrições ou proíbem o Direito de Greve no Brasil, especialmente no setor público, portanto, serão analisadas neste artigo segundo a Teoria Tridimensional do Direito elaborada pelo jusfilósofo Miguel Reale, tomada como ferramenta de especial dimensão para a compreensão de tal categoria e seu tratamento no ordenamento jurídico e na jurisprudência atuais. Sob a perspectiva histórico-cultural, portanto, tenciona-se evidenciar os fatos e valores que influenciaram as diferentes formas de regulação jurídica da matéria, possibilitando uma compreensão crítica e suficiente do fenômeno tal como hoje se apresenta na realidade social brasileira.

## RESUMEN

La pesquisa aquí desarrollada tenciona avaliar la evolución de la legislación relativa a el Derecho de Greve en Brasil. Las normas que

autorizan, limitan o proibem el derecho de greve en Brasil, especialmente en el ámbito de la administración pública, en cambio, suceden serem analizadas en este artículo según la denominada Teoría Tridimensional del Derecho, elaborada por el jusfilosofo Miguel Reale, tomada como ferramenta de especial dimensão para la comprensión de tal categoría e su tratamiento en el ordenamiento jurídico e en la jurisprudencia actuales. Sob la perspectiva histórico-cultural, por consiguiente, tenciona-se evidenciar los fatos e los valores que influenciaram las diferentes formas de tratamiento jurídico de esa matéria, possibilitando una comprensión crítica e suficiente de esto fenómeno, tal como hoje se apresenta en la realidad social brasileña.

**PALAVRAS-CHAVE:** Greve. Teoria Tridimensional do Direito. Servidor Público.

**PALABRAS-CLAVE:** Greve. Teoría Tridimensional del Derecho. Empleado publico.

## SUMÁRIO

Introdução - 1 A Greve e sua dimensão político-jurídica - 2 A Teoria Tridimensional do Direito - 3 Uma análise do Direito de Greve sob o enfoque da Teoria Tridimensional do Direito - 3.1 A evolução legislativa - 3.2 Fatos, valores e normas que conduziram o Direito de Greve dos servidores públicos no Brasil - Considerações Finais - Referências.

## INTRODUÇÃO

O artigo ora desenvolvido tenciona efetuar uma breve análise da evolução do direito de greve no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em conta os diversos valores que influenciaram sua normatização ao longo do tempo, utilizando-se, para tanto, como ferramenta, a denominada Teoria Tridimensional do Direito, elaborada pelo jusfilósofo Miguel Reale. A idéia é apreciar os fatos (a greve em si), os valores (a maior

ou menor liberdade política) e os textos legais (enquanto momento de integração desse processo, ora criminalizando ora permitindo amplamente a greve) surgidos no curso da história nacional, tudo de modo a compreender os complexos processos de formação das normas jurídicas respectivas e sua função para a disciplina da greve no Brasil.

Trata-se, portanto, de análise extremamente oportuna, dada a especial dimensão que tal direito possui na realidade brasileira. Exemplo dessa importância pode ser obtida no momento político atual, quando a greve dos servidores públicos acaba de receber um novo (e restritivo) tratamento jurídico, derivado não da elaboração de novo texto legislativo, mas, ao contrário, de decisão proferida pela Corte Constitucional brasileira em face dessa mesma omissão normativa, o que dá a medida da relevância do estudo para a apreensão das diversas implicações jurídicas e sócio-políticas que derivam de tal instituto.

O método utilizado na Fase de Investigação foi o indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o cartesiano, e o relato dos resultados consumado no presente artigo faz-se no modo indutivo.

Inicia-se o estudo com uma breve análise da dimensão político-jurídica do direito de greve, destacando seu reconhecimento como legítimo instrumento de afirmação de direitos da classe trabalhadora, principalmente diante das desiguais relações de poder inerentes às relações de trabalho.

Na seqüência, tenciona-se efetuar algumas breves considerações acerca da Teoria Tridimensional do Direito, do jusfilósofo Miguel Reale, bem como sua utilidade para a avaliação das complexas relações histórico-axiológicas que orientaram a evolução normativa do direito de greve no Brasil.

Encerra-se este artigo com a avaliação da evolução normativa do direito de greve, fazendo-o sob a perspectiva da citada Teoria Tridimensional do Direito, buscando uma análise dos fluxos e refluxos que caracterizaram referido direito a partir dos valores identificados em cada momento histórico, incluindo o atual.

Trata-se, por fim, de um exame não exaustivo da matéria, mas que visa a fornecer algumas referências extremamente importantes para a compreensão de tal categoria enquanto fenômeno jurídico, permitindo, de tal forma, a tomada de um posicionamento crítico e consciente diante

das sempre ocorrentes variações axiológicas que norteiam a formação, interpretação e aplicação da norma no curso da evolução histórica.

## 1 A GREVE E SUA DIMENSÃO POLÍTICO-JURÍDICA

Para que se possa desenvolver a análise pretendida nesta pesquisa, necessário, antes de mais nada, proceder à definição de seu objeto, a greve, identificando, após, o tratamento jurídico que tal categoria recebeu pelos diversos textos normativos que a disciplinaram no curso da história brasileira.

Assim, por “greve”<sup>1</sup> deve-se entender um peculiar fenômeno ocorrente nas relações de emprego, no qual os trabalhadores ligados pelo mesmo vínculo jurídico-laborativo interrompem as atividades usuais e usam tal paralisação como instrumento de pressão sobre os empregadores, visando ao atendimento de determinadas reivindicações, de regra relacionadas a melhores condições de trabalho e remuneração. É verificada tanto na iniciativa privada, envolvendo empregadores e empregados, quanto no serviço público.

Na definição de Maria de Paula Leite, pois,

A greve se constitui, portanto, na paralisação do trabalho por iniciativa dos trabalhadores visando pressionar seus empregadores para obter aumentos salariais e/ou melhores condições de trabalho.<sup>2</sup>

No mesmo sentido é o conceito operacional<sup>3</sup> proposto por Marcos Abílio Domingues, para quem “greve”,

(...) é a suspensão coletiva, temporária e pacífica,

---

1 O nome Greve deriva da praça onde os trabalhadores franceses se reuniam durante as paralisações efetuadas.

2 LEITE, Maria de Paula. *O que é Greve*. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 8.

3 Conceito Operacional é a “definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas”. PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 10 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p. 229.

total ou parcial, do trabalho pelos empregados com o propósito de pressionar o empregador por melhores condições de trabalho.<sup>4</sup>

A atual Constituição da República Federativa do Brasil assegurou o direito de greve dos trabalhadores em geral, atribuindo-lhe a natureza de garantia constitucional. Como pondera José Afonso da Silva:

[...] o direito de greve é um direito-garantia, na medida em que ele não é uma vantagem, um bem, auferível em si pelos grevistas, mas um meio utilizado pelos trabalhadores para conseguirem a efetivação de seus direitos e melhores condições de trabalho.<sup>5</sup>

No mesmo passo, a Carta Magna estabeleceu alcances diferentes para o direito de greve, de acordo com a natureza da atividade a que o trabalhador estiver vinculado. Pois, a regra geral é a estabelecida pelo art. 9º, destinada a empregados de atividades privadas e que tem como característica a amplitude de seu exercício, pois outorga aos trabalhadores a competência para deliberar acerca da oportunidade de levar a efeito a Greve, assim como a escolha de quais interesses devem ser defendidos por intermédio desse instrumento<sup>6</sup>.

O exercício do direito de greve pelos trabalhadores ligados a atividades privadas, todavia, encontra limitação constitucional quando a paralisação dá-se em relação aos serviços ou atividades reputadas essenciais<sup>7</sup>. Nesse aspecto a Carta Magna delegou à legislação ordinária a competência para definir quais sejam tais atividades, bem como a regulamentação sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, trazendo expressa, ainda, a previsão constitucional quanto

4 DOMINGUES, Marcos Abílio. *Introdução ao Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 96.

5 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 407.

6 JUCÁ, Francisco Pedro. Direito de Greve na Constituição Brasileira de 1988. In: FILHO, Georgenor de Sousa Franco. *Direito do Trabalho e a nova ordem Constitucional*. São Paulo: LTr, 1991, p. 114.

7 JUCÁ, Francisco Pedro. Direito de Greve na Constituição Brasileira de 1988. In: FILHO, Georgenor de Sousa Franco. *Direito do Trabalho e a nova ordem Constitucional*. São Paulo: LTr, 1991, p. 114.

à possibilidade de responsabilização dos responsáveis por abusos cometidos durante o período de greve.

Já em relação aos trabalhadores vinculados à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o direito de greve vem presente na redação do art. 37, VII, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998, onde então o texto constitucional vincula o direito de greve ao limites e às condições estabelecidas em lei específica. Portanto, em relação a essa classe de profissionais, *“é nominalmente reconhecido o direito de greve, todavia, severamente limitado ao que venha estabelecer lei complementar”*<sup>8</sup>.

Não houve até o momento, entretanto, nenhum disciplinamento legislativo quanto à matéria. Há um vácuo legislativo em relação à regulamentação do direito de greve de servidores públicos civis, ao contrário dos trabalhadores em geral, cuja regulamentação desse direito é dada pela Lei n. 7.738/89. Diante da inércia do Poder Legislativo, referido Direito vinha sendo exercido de forma praticamente ilimitada, até a recente intervenção do Poder Judiciário, que em importante julgamento do Supremo Tribunal Federal acabou por disciplinar a questão, estabelecendo algumas limitações à greve no serviço público. Tal decisão será melhor analisada no capítulo final deste trabalho.

Por derradeiro, cabe mencionar, a Constituição não admite a possibilidade de greve em relação aos militares vinculados às Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica. É expressamente vedado o direito de greve dos membros dessas corporações, consoante salienta o art. 142, § 3º, IV, da carta constitucional, o que possui uma lógica evidente, presente na necessidade da defesa externa como garantia da própria sobrevivência do Estado e da Nação brasileira.

Acerca da previsão constitucional do direito de greve, portanto, pode-se sintetizar que: a) aos trabalhadores vinculados a atividades de natureza privada em geral é assegurado o direito de greve, nos termos do art. 9º do texto constitucional, observado o conteúdo da Lei n. 7.738/89, a qual regulamenta a matéria, disciplina as atividades essenciais e define

---

8 JUCÁ, Francisco Pedro. Direito de Greve na Constituição Brasileira de 1988. In: FILHO, Georgenor de Sousa Franco. *Direito do Trabalho e a nova ordem Constitucional*. São Paulo: LTr, 1991, p. 115.

o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade; b) aos servidores da Administração Pública em geral o direito de greve é restrito aos termos e limites definidos em legislação específica – conforme delimita o art. 37, VII, da Constituição –, a qual ainda não foi editada pelo Poder Legislativo, o que suscitou pronunciamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, como se destacará neste trabalho acadêmico; e, por fim, c) aos militares vinculados às Forças Armadas é vedado o direito de greve, nos termos do art. 142, § 3º, IV, da Carta Magna.

O disciplinamento do direito de greve dos trabalhadores de atividades privadas em geral, como se salientou, é regulado pela Lei Federal n. 7.738/89. O texto legal estabelece requisitos para o exercício do direito em questão. São eles: a) negociação prévia frustrada; b) definição das reivindicações da categoria e deliberação acerca da paralisação coletiva da prestação de serviços em Assembléia Geral promovida pela entidade sindical; e c) notificação da decisão de paralisação à entidade patronal correspondente ou aos empregadores diretamente interessados com, no mínimo, quarenta e oito horas de antecedência – no caso de serviços ou atividades classificados como essenciais pela Lei a antecedência mínima do aviso deve ser de setenta e duas horas.

A Lei em questão estabelece ainda como serviços ou atividades essenciais: a) tratamento e abastecimento de água, assim como produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; b) assistência médica e hospitalar; c) distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; d) funerários; d) transporte coletivo; e) captação e tratamento de esgoto e lixo; f) telecomunicações; g) guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; h) processamento de dados ligados a serviços essenciais; i) controle de tráfego aéreo; e, por derradeiro, j) compensação bancária.

O descumprimento das normas previstas na Lei é considerado abuso do direito de greve. A legislação atribui também atribui a responsabilização dos infratores nas esferas trabalhista, civil ou penal, conforme a natureza da infração.

Esse panorama normativo não permaneceria completo sem a compreensão do direito de greve como parte importante dos chamados direitos sociais, com uma feição jurídico-política extremamente relevante, posto que se constitui em um instrumento de reivindicação de direitos posto à disposição da classe trabalhadora, inspirado nas desigualdades

relações de poder verificadas dia a dia nas relações de trabalho.

É ele uma conquista da classe trabalhadora, surgida nos movimentos sociais decorrentes da exploração desenfreada verificada a partir da Revolução Industrial e que, portanto, deve ser encarada como um efetivo instrumento de afirmação dos direitos de cidadania, aí residindo sua especial dimensão político-jurídica.

A feição política da greve fica presente na constatação de que seu exercício acarreta implicações diretas nas relações econômicas, relações estas que se traduzem, em última instância, em modificações das relações de poder político. Daí porque seu exercício sofreu condicionamentos diversos no curso da história local, recebendo a influência de vários e diferentes valores, ora sendo amplamente permitido, ora restringido e, por muito tempo mesmo, proibido, sendo sua prática criminalizada em determinados períodos autoritários da vida nacional.

A compreensão dessa evolução historiográfica, todavia, não pode ser feita apenas com a referência ao processo legislativo. Para tanto, parece viável utilizar-se, aqui, de uma ferramenta teórica de extrema importância, a chamada Teoria Tridimensional do Direito, elaborada pelo jurista brasileiro Miguel Reale. O exame da evolução do direito de greve em face dos valores que nortearam determinados momentos da vida nacional apresenta-se como algo de especial relevância, permitindo visualizar as diretrizes que impulsionaram o tratamento da matéria até os dias que correm e que agiram inclusive para a nova normatização derivada do posicionamento jurisprudencial mencionado.

Cabe, enfim, algumas palavras sobre a teoria mencionada, identificado-a em seus elementos e enquanto ferramenta para o atingimento do objetivo buscado e é esse o objeto do próximo item.

## **2 A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO**

A Teoria Tridimensional do Direito, elaborada por Miguel Reale, pode ser resumida como uma elaboração filosófica voltada para a compreensão e análise dos processos de formação da norma jurídica, tendo no elemento cronológico seu componente essencial.

Para Reale, a produção da norma, seja ela de natureza legal, ju-

risprudencial, consuetudinária ou negocial<sup>9</sup>, pressupõe a interação de três fatores específicos: o *fato*, ou seja, a circunstância social concreta que em determinado momento histórico reclama disciplinamento jurídico; o *valor*, aqui entendido como as exigências culturais reveladas naquele mesmo contexto histórico e, enfim, a própria *norma*, produto da opção feita pelo Poder diante das possibilidades surgidas, norma esta que, corporificada, também irá influenciar para o surgimento de novos fatos, que igualmente serão valorados, dando seqüência a novas transformações normativas e assim sucessivamente.

A essa interação Reale denominou *dialética da complementaridade*, trazendo ela consigo todos os elementos relativos ao problema da validade do Direito (a tridimensionalidade igualmente presente-se como abrangendo a vigência – preocupação do jurista, a eficácia – preocupação do sociólogo e o fundamento – de interesse do filósofo). Fato, valor e norma, portanto, são *momentos* da tridimensionalidade, não seus *elementos*.

Uma tal teoria não poderia ter sido elaborada sem a superação das posturas metafísicas e positivistas então em voga, dado que vê o Direito, essencialmente, como algo concreto, tendo como base a realidade, o fato histórico-cultural, o que não permitia o ajustar-se da teoria nas elaborações derivadas do Kantismo. O Direito, nas palavras do jusfilósofo, é visto como uma intencionalidade objetivada que no processo histórico recebe outras subjetivações<sup>10</sup>, de onde seu caráter dinâmico: trata-se de um fenômeno cultural, obtido a partir de determinado momento histórico, e que se diferencia, enquanto experiência jurídica, da experiência social pelo componente específico da bilateralidade atributiva (ou seja, envolve uma relação entre duas ou mais pessoas, impregnada dos elementos da coordenação, da subordinação e da integração, próprias ao jurídico).

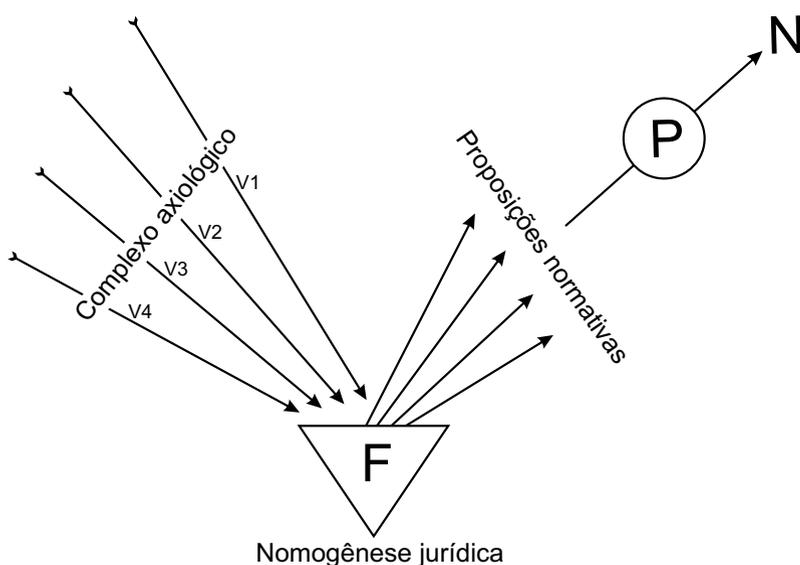
Como o fato, o valor, na Teoria Tridimensional, é algo concreto, não ideal, obtido no plano cultural, tendo em vista o momento histórico. À norma, pois, cabe a função integradora de todo esse processo dialético, constituindo ela, ao mesmo tempo, o ponto final desse processo e

9 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito – situação atual*. 5 ed., revista e reestruturada. 7ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2005, p.124.

10 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito – situação atual*. 5 ed., revista e reestruturada. 7ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 84/85.

o ponto inicial de uma nova interação dialética.

Diante disso, a Teoria em questão pode ser sintetizada no seguinte gráfico, elaborado pelo próprio autor:



Como explica o autor em sua obra:

Com essa figura, quero dizer que o mundo jurídico é formado de contínuas “*intenções de valor*” que incidem sobre uma “*base de fato*”, refragando-se em várias proposições ou direções normativas, uma das quais se converte em *norma jurídica* em virtude da interferência do Poder.<sup>11</sup>

Destacando a interferência do Poder (político), destaca ainda:

A meu ver, pois, não surge a norma jurídica espontaneamente dos fatos e dos valores, como pretendem alguns sociólogos, porque ela não pode prescindir da apreciação da *autoridade (latu sensu)* que decide de sua conveniência e oportunidade, elegendo e consagrando (através da sanção) uma

11 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito – situação atual*. 5 ed., revista e reestruturada. 7ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2005, p.124. grifo no original.

das vias normativas possíveis.<sup>12</sup>

A fórmula de Miguel Reale, portanto, constitui-se em um instrumental de extrema importância para a apreensão do fenômeno jurídico, em suas várias e multifacetadas acepções. Através da compreensão do Direito como experiência concreta e dos diversos momentos de formação da norma jurídica, torna-se possível captar os fundamentos político-ideológicos que conduzem o controle social desenvolvido a partir de tal diretriz jurídica, permitindo sua crítica e aperfeiçoamento.

De onde a opção por sua utilização na pesquisa ora desenvolvida: a partir do elemento histórico-cultural, irá buscar-se evidenciar os fatos, valores e normas que conduziram o direito de greve no Brasil e fomentaram a elaboração de sua atual disciplina jurídica, em especial no que toca ao seu desenvolvimento na esfera dos serviços essenciais do Estado. A Teoria Tridimensional do Direito, portanto, apresenta-se como uma ferramenta extremamente útil para a compreensão da extensão – ou não – do Direito de Greve aos servidores públicos e é isso que se buscará nas linhas a seguir desenvolvidas.

### **3 UMA ANÁLISE DO DIREITO DE GREVE SOB O ENFOQUE DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO**

#### **3.1 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA**

Analisar o Direito de Greve sob a perspectiva tridimensional implica, inicialmente, compreender o elemento histórico-axiológico que lhe serviu de fundamento, o que pode ser obtido através da avaliação de sua evolução legislativa, da criminalização imposta nos primórdios do capitalismo pós-escravidão do início do século XX à inserção constitucional efetuada no recente período democrático.

Pois, em uma breve retrospectiva, tem-se que as Constituições Federais do Brasil de 1824 a 1891 silenciaram sobre a greve. Sintomaticamente, a primeira manifestação legislativa deu-se com o Código Penal de 1890, que a proibia e punia a sua prática com pena de prisão quando

---

12 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito – situação atual*. 5 ed., revista e reestruturada. 7ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2005, p.124. grifo no original.

violenta ou praticada por meio de coação. Essa situação apresentava-se coerente com o estágio de desenvolvimento do País e com as relações de produção então desenvolvidas, derivada de uma economia baseada na exploração de riquezas naturais, no extrativismo (ouro, madeira e pedras preciosas) e na exploração das culturas cafeeira e açucareira, nas quais, a mão de obra utilizada era escrava.

Somente a partir de 1888, com a abolição da escravidão é que o trabalho assalariado passou a ganhar importância na economia brasileira, sendo que, a partir do começo do século XX, teve início a industrialização do País. A escravatura havia sido a base da economia no Brasil Imperial, assim como foi durante a fase colonial. Com a abolição encerrou-se um ciclo na história econômica e política brasileira, já que a Monarquia caiu um ano após a abolição, com a proclamação da República em 1889.

No período que vai de 1889 até a Revolução de 1930, movimento armado liderado pelos estados de Minas Gerais e Rio Grande do Sul, que culminou com a deposição do presidente paulista Washington Luís, o País experimentou um incipiente processo de industrialização e foram reconhecidos legalmente os primeiros sindicatos (Decreto n. 979/1903 e Decreto n. 1.637/1907).

Em consequência deste movimento político, foi promulgada a Constituição de 1934, que também não faz menção à greve e somente será apreciada em um texto constitucional pela Carta Magna de 1937, outorgada durante o período da ditadura de Getúlio Vargas, conhecido como o Estado Novo.

Os sindicatos criados nesta época não tiveram qualquer expressão, pois a base econômica do País ainda era a agricultura, mas, com advento do Estado Novo, tais entidades passaram a ser consideradas, pela Constituição de 1937, como colaboradoras do poder público e instrumento indispensável à organização racional do trabalho. Tratava-se de um esforço do governo para cooptar os trabalhadores através dos sindicatos, à época controlados pelo governo.

A Constituição de 1937 considerava a greve um recurso anti-social e estabelecia que, somente o sindicato reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos seus associados, conforme verifica-se nos seus arts. 138 e 139, transcritos na seqüência:

Art. 138 - A associação profissional ou sindical

é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público.

Art. 139 - Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum. A greve e o *lock-out* são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional."<sup>13</sup>

Não por acaso, o Código Penal de 07 de dezembro de 1940, dentro do espírito do Estado Novo, reservava o Título IV para a seleção de condutas consideradas crimes contra a organização do trabalho, entre eles a paralisação do trabalho provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo.

Com o ocaso da ditadura do Estado Novo, em 29 de outubro de 1945, quando Getúlio Vargas foi deposto pelas Forças Armadas, período que coincide, no âmbito internacional, com o término da II Guerra Mundial, inicia-se um breve período de liberdades democráticas no Brasil que dura até o golpe militar de 1964. Nesse período, o direito constituído teve de curvar-se ante os fatos e, embora ainda formalmente em vigor a Carta de 1937, surge o Decreto-lei n. 9.070/46, regulando a cessação coletiva do trabalho, mas proibindo a greve nos serviços con-

---

13 BRASIL. *Constituição da República do Estados Unidos do Brasil de 1937, de 10 de novembro de 1937*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, DF, 10 nov 1937. Disponível em <[www2.senado.gov.br/sf/legislacao/const/](http://www2.senado.gov.br/sf/legislacao/const/)>. Acesso em 22 out. 2007.

siderados fundamentais. Tratava-se de uma lei ordinária que regulava uma prática que a Constituição vigente considerava “anti-social”, revelando uma contradição que se resolvia, na prática, com a efetividade da norma socialmente mais aceita e que só veio a ser formalmente alguns meses após sua edição, com a nova Constituição de 1946, onde, enfim, se assegurava o direito de greve, remetendo à lei ordinária a regulação do seu exercício:

Art. 158 - É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará.<sup>14</sup>

Durante o período da ditadura militar, iniciada em 31 de março de 1964 e encerrada em 1985, foi promulgada a Lei de Greve (Lei n. 4.330/64), que estabeleceu várias condições para seu exercício, inclusive nas atividades essenciais, proibindo-a no setor público. Nesse período surge a Constituição de 1967, posteriormente “emendada” pelos chamados Atos Institucionais (1969), que garantia o direito de greve (art. 165, XX), exceto “nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei” (art. 162). Voltou-se, assim, ao sistema vigente do Decreto-lei n. 9.070/46, ainda que a greve já não fosse mais tipificada como crime.

Segundo Yone Frediani:

Na oportunidade, o exercício do direito de greve estava disciplinado pela Lei n. 4.330/64, promulgada no início do período militar e possivelmente com marcante caráter intervencionista, posto que exigia *quorum* para aprovação do movimento em assembleia, proibindo a deflagração de parede política, religiosa, de solidariedade ou fundada em qualquer motivação não relacionada às relações de trabalho, além de reafirmar a proibição de greve de funcionários públicos.

Verifica-se, pois, que na conformidade do texto acima reproduzido, o direito de greve do servidor público foi equiparado às atividades essenciais que não estariam necessariamente ligadas ao

---

14 BRASIL. *Constituição da República do Estados Unidos do Brasil de 1949, de 18 de setembro de 1946*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, DF, 19 set. 1946. Disponível em <[www2.senado.gov.br/sf/legislacao/const/](http://www2.senado.gov.br/sf/legislacao/const/)>. Acesso em 22 out. 2007.

serviço público em geral nos seus diversos dobramentos.<sup>15</sup>

Chega-se, enfim, à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Reiterando o exposto no capítulo primeiro, vale lembrar que a chamada Constituição Cidadã estendeu o direito aos funcionários públicos civis, ressaltou o atendimento aos serviços considerados essenciais e transferiu à lei ordinária a sua regulamentação, o que foi feito, para os trabalhadores da iniciativa privada, pela Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989.

O reconhecimento do Direito de Greve, portanto, foi tanto maior quanto maiores apresentaram-se as liberdades democráticas no Brasil. A cada período de expansão democrática corresponde a aceitação da greve como instrumento legítimo de negociação entre os donos dos meios de produção e os trabalhadores, reconhecendo-se, nele, um instrumento de isonomia e equilíbrio nas relações capital-trabalho.

Essa produção normativa, todavia, atualmente encontra-se incompleta. A greve no setor público ainda carece de lei para sua regulamentação e alguns autores consideram que a greve do servidor público será ilegal enquanto não editada lei reguladora.

Como pondera Yone Frediani,

Verifica-se assim que o exercício do direito de greve constitucionalmente assegurado ao servidor público reveste-se de norma não auto-executável posto depender de lei ordinária que ao ser editada lhe dará condição de realização.<sup>16</sup>

À míngua de regulamentação, a greve vinha sendo tratada como isenta de qualquer limitação, inexistindo qualquer definição de excessos ou sanções para supostos desvirtuamentos em sua utilização, mesmo nos chamados serviços essenciais. Tal situação somente veio a sofrer substancial modificação no momento atual, com a decisão proferida nos autos dos Mandados de Injunção n. 670 e n. 712, o Supremo Tribunal Federal (STF) que propôs, como solução para a omissão legislativa até

15 FREDIANI, Yone. *Greve nos Serviços Essenciais à Luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: LTr, 2001, p. 53.

16 FREDIANI, Yone. *Greve nos Serviços Essenciais à Luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: LTr, 2001, p. 56.

então verificada, a aplicação da Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, à greve praticada pelos trabalhadores do setor público, com as conseqüências respectivas, dentre elas o corte do ponto e a redução do salário no valor correspondente aos dias parados<sup>17</sup>.

Essa, enfim, a evolução histórico-legislativa do direito de greve no ordenamento jurídico brasileiro. Cabe, agora, analisá-los sob o enfoque da Teoria Tridimensional e avaliar, ainda que de modo aproximado, os fatos valores que levaram à elaboração da diretriz jurisprudencial referida.

### **3.2 FATOS, VALORES E NORMAS QUE CONDUZIRAM A ATUAL DISCIPLINA DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS NO BRASIL**

O fenômeno da greve pode ser considerado conforme os textos que lhe buscaram a disciplina ao longo do tempo, ora admitindo-a como direito reconhecido, ora considerando-a ilegal. A greve deixou de ser tratada como crime no Código Penal de 1890 e no texto original do Código Penal de 1940 em relação às atividades essenciais, para ser considerada como um direito do trabalhador pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o que já dá uma dimensão da diferença dos valores atuantes no processo de sua formulação jurídica.

O que, obviamente refletem as divergências existentes na Sociedade brasileira, pois como pondera Osvaldo Ferreira de Melo:

As normas nascem, perecem, às vezes renascem, têm vida e morte, refletindo os dramas existenciais de seus criadores. A natureza humana é incompatível com um direito rígido, cristalizado, insuscetível de ser valorado ou submetido a estratégias de aperfeiçoamento.<sup>18</sup>

---

17 Visando a corrigir a omissão legislativa, tramitam na Câmara dos Deputados, Projetos de Lei com o objetivo de regulamentar a greve no setor público, entre eles: o Projeto de Lei n. 401-A, apresentado em 1991, e o Projeto de Lei n. 4.497 de 2001.

18 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994, p. 31.

## Novamente Reale:

A elaboração de uma determinada e particular norma de direito não é mera expressão do arbítrio do poder, nem resulta objetiva e automaticamente da tensão fático-axiológica operante em dada conjuntura histórico-social: é antes um dos momentos culminantes da experiência jurídica, em cujo processo se insere positivamente o poder (quer o poder individualizado em um órgão do Estado, quer o poder anônimo difuso no corpo social, como ocorre na hipótese das normas consuetudinárias), mas sendo sempre o poder condicionado por um complexo de fatos e valores, em função das quais é feita a opção por uma das soluções regulativas possíveis, armando-se de garantia específica (institucionalização ou jurisfação do poder na nomogênese jurídica).<sup>19</sup>

Outro fenômeno interessante foi o advento do Decreto-lei n. 9.070/46, que regulava a cessação coletiva do trabalho enquanto a Constituição vigente, no seu art. 139, declarava que a greve e o *lock-out* eram “recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”. Por força de fatos supervenientes, o fim da ditadura do Estado Novo, um dispositivo da própria Carta Magna havia perdido a sua validade.

Esse fato pode ser bem explicado pela Teoria Tridimensional, na qual Miguel Reale<sup>20</sup> afirma que o Direito pode ser validado em termos de vigência, eficácia e fundamento, sendo que: vigência refere-se aos aspectos formais da norma (sua criação deve ser respaldada por norma superior e deve ter sido emanada pelo poder competente); eficácia refere-se à conversão efetiva da regra de direito em momento de vida social, isto é, no tocante às condições do real cumprimento dos preceitos por parte dos consociados; e fundamento consiste na indagação dos títulos éticos dos imperativos jurídicos, na justiça ou injustiça do comporta-

19 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5 ed. revista e reestruturada. 7ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 61.

20 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5 ed. revista e reestruturada. 7ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15.

mento exigido, ou seja, de sua legitimidade.

Para ser materialmente eficaz, a norma também deve ser validada em relação ao seu fundamento axiológico, com o que concorda Osvaldo Ferreira de Melo, quando diz que:

A norma jurídica, para ganhar um mínimo de adesão social que a faça obedecida e, portanto, materialmente eficaz, deve ser matizada pelo sentimento e idéia do ético, do legítimo, do justo e do útil. Assim, a aceitação da norma vai depender menos de sua validade formal (obediência às regras processuais) que de sua validade material, que é, em nosso acordo semântico, a qualidade da norma em mostrar-se compatível com o socialmente desejado e basicamente necessário ao homem, enquanto indivíduo e enquanto cidadão.<sup>21</sup>

Quando a norma mostra-se incompatível com o desejo da Sociedade, ela deve ser alterada ou revogada, o que aconteceu com a Constituição de 1937.

Com o fim da ditadura de Getúlio Vargas, as normas que proibiam a greve perderam sua eficácia e foram sendo alteradas ou revogadas, pois, como ensina Osvaldo Ferreira de Melo:

A questão principal a esclarecer é que a perda da eficácia da norma jurídica pode dar-se não só por situações fáticas ou técnicas, como a caducidade e a revogação, mas também por razões ligadas ao descompasso entre a norma e as crenças, expectativas e valores ocorrentes no corpo social.<sup>22</sup>

Antes mesmo de sua revogação formal, a norma pode perder seu fundamento, tornando-se um elemento desativado do ordenamento jurídico, pois a norma não é simples juízo lógico, como considerada por Hans Kelsen, mas tem um inegável conteúdo fático-valorativo, como

---

21 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994, p. 101.

22 MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994, p. 89.

defende Miguel Reale:

[...] uma norma jurídica, uma vez emanada, sofre alterações semânticas, pela superveniência de mudanças no plano dos fatos e valores, até se tornar necessária a sua revogação; e, também, para demonstrar que nenhuma norma surge *ex nihilo*, mas pressupõe sempre uma tomada de posição perante fatos sociais, tendo-se em vista a realização de determinados valores.<sup>23</sup>

Ao longo do século XIX o País passou por várias turbulências políticas e viveu dois longos períodos em regimes ditatoriais, a ditadura do Estado Novo (1934-1946) e o Regime Militar (1964-1989). Esses períodos de falta de liberdade democrática provocaram um retrocesso na cultura da Sociedade brasileira, que só começou a sentir a necessidade de liberdade política e do respeito aos direitos dos trabalhadores após o fim desses regimes.

Atualmente discute-se, mais uma vez, a restrição do direito de greve, desta vez para os servidores públicos. Essa discussão teve início durante a crise do setor aéreo, quando, no dia 30 de março de 2007, os controladores de tráfego aéreo pararam 67 aeroportos comerciais do país. Antes disso, já houve greves de mais de três meses no País - as universidades federais pararam por 99 dias em 2001, gerando manifestações de inconformismos na opinião pública e mesmo em setores governamentais.

O que se pode afirmar, enfim, sob a perspectiva da Teoria Tridimensional do Direito, é que houve uma nova modificação dos valores que inspiraram o Direito de Greve, evidenciando uma nova leitura da realidade gerada a partir do texto constitucional em vigor. Se o Direito de Greve foi por vezes visto com instrumento de subversão e desestabilização da ordem política autoritária existente em diversos momentos da vida nacional, na Constituição Federal de 1988, prevaleceu a idéia de que seu reconhecimento como direito social e, portanto, como legítimo instrumento de garantia de dignidade e isonomia nas relações de trabalho, atendia às expectativas democráticas que o momento estava

---

23 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5 ed. revista e reestruturada. 7ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15.

a exigir.

Com a atual decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal, evidencia-se outra realidade axiológica, que vê no ilimitado e irrestrito exercício do Direito de Greve por parte de servidores públicos indícios da existência de abuso. Assim, se a greve é necessária para o equilíbrio das naturalmente desiguais relações de poder na estrutura trabalhista, se é reificado, hoje, como instrumento de tutela da dignidade do trabalhador brasileiro, sua utilização em todos os setores da vida pública, inclusive nos chamados serviços essenciais, com o comprometimento do atendimento da população em atividades indispensáveis ao funcionamento da Sociedade (segurança, saúde, justiça etc.) hoje passou a tornar-se algo passível de questionamento e limitação, fomentando a edição da norma jurisprudencial antes citada.

Não mais a dimensão político-ideológica da greve, mas o desequilíbrio nas relações de trabalho e o desvirtuamento da atividade estatal, são, hoje, os valores que conduziram à limitação jurisprudencial efetuada. Diretriz esta, que, por sua vez, servirá à edição de novos corpos jurídicos, todos sofrendo, de um lado, a pressão de setores ligados ao serviço público para a supressão dos limites e ampliação de sua incidência; de outro, a influência de setores ligados à administração pública para sua limitação, visando a atender a continuidade das prestações públicas nas áreas essenciais da atividade estatal.

E assim, dialeticamente complementando-se o exercício do Direito de Greve seguirá integrando-se normativamente mediante as naturais influências dos setores envolvidos, compondo, enfim, processo de diálogo essencial à consolidação do Estado Democrático e Social de Direito adotado na Constituição Brasileira, evidenciando, tridimensionalmente, os fatos, os valores e as normas resultantes de tal processo, preponderantes em determinado momento histórico da vida nacional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente o até aqui exposto, possível a formulação das seguintes premissas, concluindo que:

a) a greve, consistente na paralisação coletiva do trabalho para reivindicação de direitos é um instrumento político-jurídico de especial dimensão, possibilitando à classe trabalhadora o uso de um mecanismo de pressão para obter dos detentores dos meios de produção a melhoria de condições de trabalho e salários, cumprindo o papel histórico na afirmação dos direitos sociais;

b) a Teoria Tridimensional do Direito, elaborada por Miguel Reale, preconiza a análise da formação da norma em três dimensões distintas, ou seja, o fato e os valores culturalmente obtidos em determinado momento histórico, que atuando em uma dialética de complementaridade, tem na elaboração da diretriz legal, jurisprudencial, consuetudinária ou negocial como momento integrador final desse processo. Essa norma irá fomentar novos fatos, que serão igualmente valorados conforme o momento histórico respectivo, integrando-se, pela seleção feita pelo Poder Político, em outra norma, que sofrerá o mesmo processo evolutivo.

Trata-se, portanto, de uma ferramenta de especial utilidade para a compreensão da norma, dos elementos político-ideológicos que atuaram no momento de sua elaboração e que, de tal modo, permite a formulação de um juízo crítico no momento de sua aplicabilidade e na compreensão de sua utilidade enquanto meio de controle social. Daí a viabilidade de sua utilização para a compreensão do atual momento normativo do Direito de Greve.

c) o Direito de Greve sofreu uma evolução legislativa não linear, sofrendo retrocessos e avanços no curso da história brasileira. Em um primeiro momento, coerente com as incipientes estruturas econômicas do início da República, marcada pelo fim da escravidão e início do processo de industrialização, era tratada como crime, situação que perdurou na legislação punitiva até o pós-guerra. Com o fim do Estado-Novo, segue-se um processo de liberação que volta a sofrer novo revés no período autoritário de 1964, oportunidade em que é proibida aos servidores públicos. É somente com a redemocratização

e com a Constituição Federal de 1988 que a greve volta a ser reconhecida como legítima, sendo então erigida à categoria de Direito Social no novo texto.

É, então, normativamente regulamentada apenas para o setor privado, permanecendo o exercício da greve, no setor público, como algo isento de limitações, não havendo qualquer delimitação (e conseqüente sanção) para sua utilização, em especial o desconto dos dias parados e a proibição para seu desenvolvimento em setores essenciais (segurança, saúde etc.). Tal situação modifica-se com recente julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da possibilidade de aplicação da Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, à greve dos servidores públicos, que agora passa a conter restrições análogas àquelas impostas ao setor privado.

d) a partir da Teoria Tridimensional do Direito parece possível visualizar no atual estágio do disciplinamento do Direito de Greve uma modificação dos valores até aqui vigentes, a influenciar o surgimento da decisão antes referida. Assim, embora reconhecido como legítimo instrumento de luta pelos direitos sociais da classe trabalhadora e sem o risco do reconhecimento jurídico de sua feição político-ideológica revolucionária, quando se dava a conseqüente criminalização, a greve no setor público vem sendo observada com outros olhos, fazendo-se necessária sua compatibilização com os direitos da grande parcela da população de receber do Estado, de forma contínua, o essencial para a vida em sociedade.

Trata-se de uma relativização, claramente indicativa da busca de uma superação dos momentos (e dos movimentos) de radicalização (democrática) que preponderaram, enquanto valor, na Constituição Federal de 1988. Com a decisão referida, busca-se, agora, a compatibilização do Direito de Greve com outros Direitos igualmente tuteláveis pela referida ordem constitucional, tudo dentro das regras do jogo democrático, como deve ocorrer no interior de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República do Estados Unidos do Brasil de 1937, de 10 de novembro de 1937*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, DF, 10 nov. 1937. Disponível em <[www2.senado.gov.br/sf/legislacao/const/](http://www2.senado.gov.br/sf/legislacao/const/)>. Acesso em 22 out. 2007.

BRASIL. *Constituição da República do Estados Unidos do Brasil de 1949, de 18 de setembro de 1946*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, DF, 19 set. 1946. Disponível em <[www2.senado.gov.br/sf/legislacao/const/](http://www2.senado.gov.br/sf/legislacao/const/)>. Acesso em 22 out. 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em <[www2.senado.gov.br/sf/legislacao/const/](http://www2.senado.gov.br/sf/legislacao/const/)>. Acesso em 22 out. 2007.

BRASIL. *Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890*. Código Penal de 1890. CLBR - Coleção de Leis do Brasil, Rio de Janeiro, DF, 31 de dez. de 1890. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/sicon/>>. Acesso em 12 nov. 2007.

BRASIL. *Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal de 1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 de dez. de 1940. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/sicon/>>. Acesso em 12 nov. 2007.

BRASIL. *Lei n. 4.330, de 1º de junho 1964*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 de jun. de 1964. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/sicon/>>. Acesso em 12 nov. 2007.

BRASIL. *Lei n. 7.783, de 28 de junho 1989*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 de jun. de 1989. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/sicon/>>. Acesso em 12 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção MI/670*. UF: DF. Órgão Julgador: Pleno. Data da decisão: 25/10/2007. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 16 nov. 2007.

DOMINGUES, Marcos Abílio. *Introdução ao Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

FILHO, Georgenor de Sousa Franco. *Direito do Trabalho e a nova ordem Constitucional*. São Paulo: LTr, 1991.

FREDIANI, Yone. *Greve nos Serviços Essenciais à Luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: LTr, 2001. 118 p.

LEITE, Maria de Paula. *O que é Greve*. São Paulo: Brasiliense, 1988.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994. 136 p.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 10 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007. 248 p.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5 ed. revista e reestruturada. 7ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

