

Revista da  
**ALEJURN**

Ano VII • N° 9 • Julho de 2023

Esta nona edição da Revista da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte presta homenagem ao Professor Edgar Ferreira Barbosa (capa).

Exemplar na cátedra – professor de Direito Constitucional, Direito Internacional público e Teoria Geral do Estado – sua importância na vida cultural do Rio Grande do Norte ultrapassou os limites do Direito e projetou-se na literatura, na história, na sociologia, na política, tal como o descreveu outro ilustre mestre do Direito, o professor Ivan Maciel de Andrade, no elogio introdutório desta Revista.

Ofertando-lhe o patronato da Cadeira de nº 06, a ALEJURN se enriquece diante de memória tão fulgurante.



*Edgar Barbosa*





REVISTA DA ACADEMIA  
DE LETRAS JURÍDICAS  
DO RIO GRANDE DO NORTE

**Offset**  
Editora

Natal/RN - 2023



Esta Revista é uma publicação da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte - ALEJURN

Idealizador da ALEJURN  
**Jurandyr Navarro**

Patrono da ALEJURN  
**Amaro Cavalcanti**

#### **Quadro de Honra**

Tomás Xavier Garcia de Almeida  
Luiz Gonzaga de Brito Guerra  
Luiz José de Sampaio  
João Batista de V. Chaves  
João Manuel de Carvalho Santos  
Miguel Seabra Fagundes

#### **Ficha Técnica**

Organizador: **Francisco de Assis Câmara**  
Revisão: **Libny Freire**  
Design editorial e capa: **Waldelino Duarte**

Tiragem: 300 exemplares  
Gráfica: Offset Gráfica

Catalogação na Fonte: Biblioteca Estadual Câmara Cascudo

---

R454      Revista da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte - ano VII, nº 09. - Natal (RN): Offset Editora, 2023.

184 p.

ISBN: 978-85-5508-430-0

1. Rio Grande do Norte - História - Periódico.

---

2023/07

CDD 981.3205  
CDU 981 (813.2)-050

---

# SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS .....	7
APRESENTAÇÃO .....	9
EDGAR BARBOSA - O PROFESSOR	
Ivan Maciel de Andrade.....	11
<b>Primeira Parte</b>	
ALGUMAS INEFICÁCIAS SOCIAIS NAS REFORMAS DA	
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	
Anísio Marinho Neto.....	17
O PENSAMENTO HERMENÊUTICO JURÍDICO: ANÁLISE	
DOS SEUS FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS	
José Adalberto Targino Araújo.....	45
O CÓDIGO DE PROCESSO CRIMINAL DE 1832	
Walter Nunes da Silva Júnior .....	67
CONDENAÇÃO SOCIAL ANTECIPADA	
Erick Wilson Pereira.....	109
DEMOCRACIA	
Jurandyr Navarro .....	117

O DIREITO À TUTELA DA SAÚDE: NOTAS SOBRE UM  
CONTRIBUTO POTIGUAR PARA A SEDIMENTAÇÃO DO  
FEDERALISMO

**Edilson Pereira Nobre Júnior** ..... 141

**Segunda Parte**

A EXTINÇÃO DA ASSESSORIA JURÍDICA DO ESTADO DO  
RIO GRANDE DO NORTE PELO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL

**Carlos Roberto de Miranda Gomes** ..... 151

MÁRIO MOACYR PORTO: VIDA E OBRA EM SÍNTESE

**José Adalberto Targino Araújo** ..... 161

## AGRADECIMENTOS

A Presidência da ALEJURN sente-se no justo dever de agradecer a todos quantos participaram desta Revista, de modo especial aos acadêmicos que a enriqueceram com suas produções jurídicas.

Esse dever de gratidão estende-se aos que deram corpo à revista:

- Jornalista Libny Freire, pela dedicada revisão e harmonização gráfica de todos os trabalhos.
- Waldelino Duarte, qualificado designer editorial, pelo seu ordenamento gráfico e artístico.
- Ivan Cardoso de Carvalho Jr., pela qualidade dos serviços gráficos e pela atenção dispensada à ALEJURN.



## APRESENTAÇÃO

Cumprimos o especial dever de apresentar mais uma edição da Revista da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte - ALEJURN.

Esta edição presta uma homenagem a um grande jurista da nossa terra, o Doutor Edgar Ferreira Barbosa, professor de muitas gerações na tradicional Faculdade de Direito de Natal, integrante da UFRN.

Tive a honra e o privilégio de ter sido seu aluno na disciplina Direito Constitucional. O mestre Edgar Barbosa ultrapassava o roteiro dos conhecimentos constitucionais, em permanente estímulo ao estudo da Ciência Política, ampliando a visão holística dos discentes no mundo institucional. Seu compromisso com o magistério era comovente. Chegava a emprestar e premiar alunos com obras clássicas de Direito Constitucional.

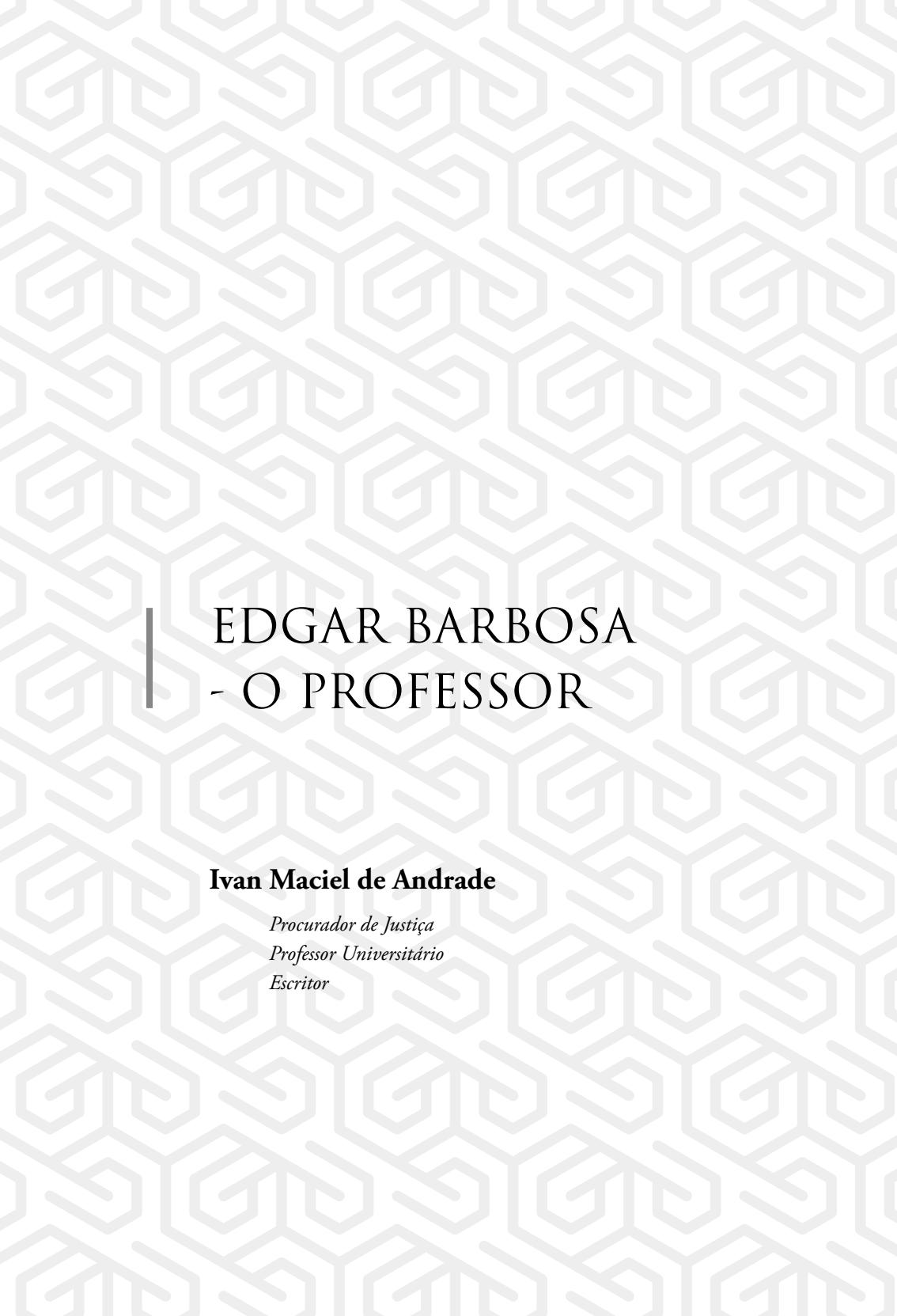
Chegamos à 9<sup>a</sup> edição da Revista desta Academia de Letras Jurídicas. É com prazer que destacamos e agradecemos a colaboração dos confrades que se dignaram de oferecer sua enriquecedora contribuição intelectual: Anísio Marinho, Adalberto Targino, Carlos Gomes, Edilson Nobre, Erick Pereira, Ivan Maciel e Walter Nunes. Acrescento a esse rol, como reconhecimento, o confrade Francisco de Assis Câmara, organizador da publicação.

Temos consciência de que sempre podemos fazer ainda mais, fiéis à advertência de Herman Hesse: "Muitos se têm como perfeitos somente porque são pouco exigentes consigo mesmos".

Na permanente avaliação das nossas possibilidades, aprendi, com William Shakespeare, "...que deveríamos ser gratos a Deus por não nos dar tudo que Lhe pedimos". Servimo-nos, também, do ensinamento de Augusto Cury: "O sentido da vida se encontra num mercado onde não se usa dinheiro".

Desejamos, a todos, proveitosa leitura.

Lucio Teixeira dos Santos  
Presidente da ALEJURN



# EDGAR BARBOSA - O PROFESSOR

**Ivan Maciel de Andrade**

*Procurador de Justiça  
Professor Universitário  
Escrivão*



Edgar Barbosa foi meu professor de Direito Internacional Privado e, depois, de Direito Constitucional. Lá no prédio da Ribeira, na Praça Augusto Severo, perto do teatro Alberto Maranhão, onde funcionava a Faculdade de Direito da UFRN, antes de ser construído o campus universitário e anteriormente à reforma do ensino superior que transformou as faculdades em cursos. Era não apenas um bom professor, dentro dos padrões convencionais: tinha grande domínio sobre outros campos do conhecimento que se estendem além do Direito – literatura, história, sociologia, política. Mas Edgar Barbosa era sobretudo um literato, no sentido mais qualificado e exigente com que se pode usar essa designação.

Até quando escrevia sobre matéria jurídica – valendo lembrar sua condição de Juiz de Direito – seu estilo era sóbrio, elegante, quase que despojado de adjetivação. O mesmo estilo com que escrevia seus artigos para a imprensa e os ensaios literários que resultavam geralmente das palestras que proferia. Embora fosse um professor que transmitia informações atualizadas sobre a temática de sua disciplina, suas aulas impressionavam mais pelo brilhantismo da exposição do que pela amplitude e profundidade do conteúdo.

Quase sempre, quando o assunto lhe permitia, enveredava por alusões a obras de ficção, poemas, autores da literatura universal. Nesses momentos, suas aulas se tornavam ainda mais interessantes, talvez pelo fato de que o professor fazia uma confissão involuntária, não declarada, mas claramente percebida, de que os temas literários constituíam, na verdade, a sua grande paixão intelectual.

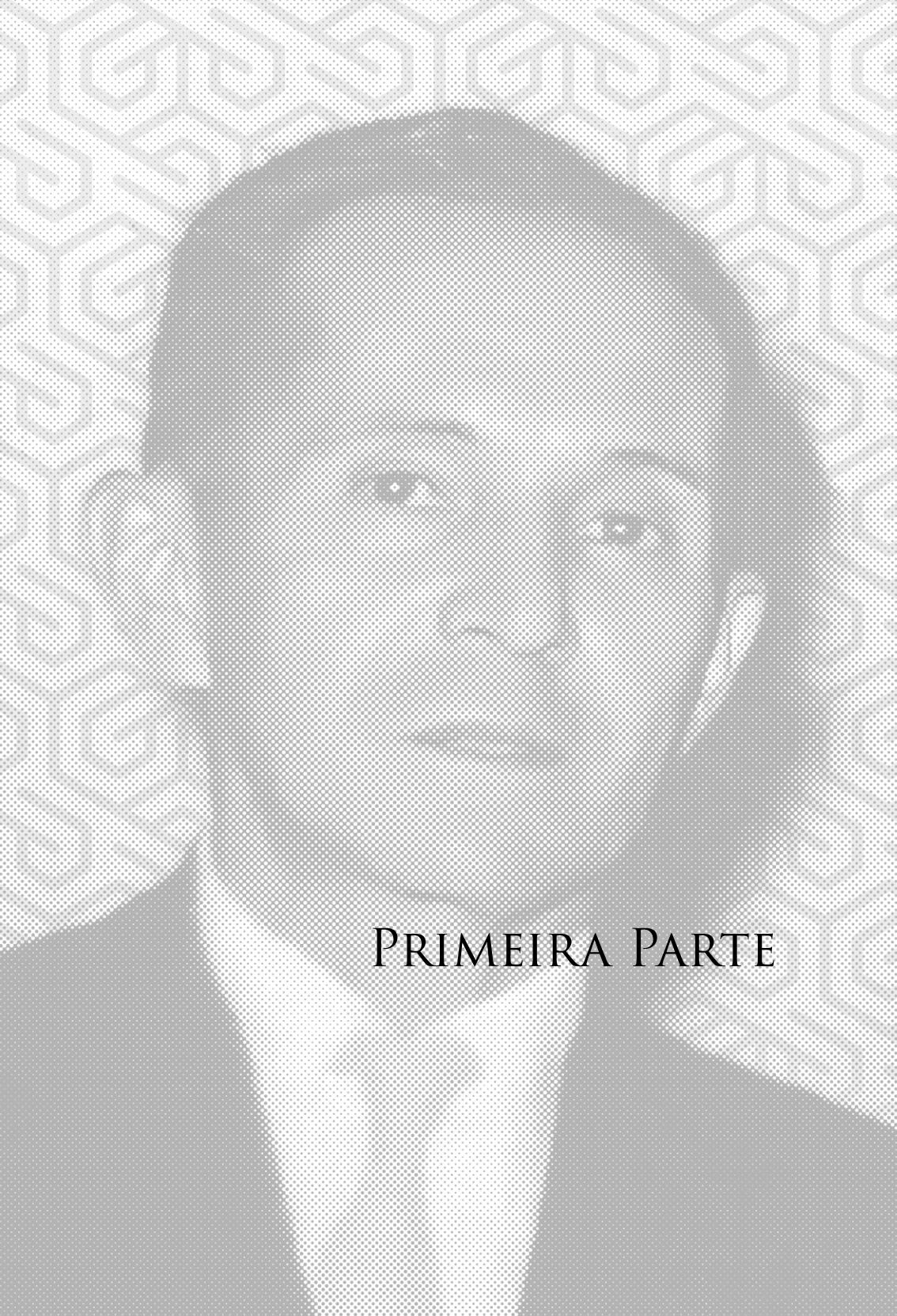
Naquela época havia um consenso sobre Edgar Barbosa, de que participavam todos os que gostavam de literatura em nossa cidade (com endosso integral do mestre Câmara Cascudo, que o convidou para prefaciar o seu livro *Vida breve de Auta de Souza*): Edgar Barbosa era um estilista somente comparável ao que existia de melhor nos grandes centros literários de nosso país.

Seu estilo, apesar de uma intencional simplicidade, era enriquecido com inovadoras e significativas imagens poéticas que surgiam frequentemente em meio à abordagem de qualquer assunto, mesmo dos que estavam mais próximos do cotidiano. Essas imagens faziam parte da sua própria e peculiar forma de expressão, sem a mínima tintura de literatice.

Na verdade, era um estilo contido, sintético, sem concessões à eloquência ou a derramamentos de prolixidade. Ao contrário: Edgar Barbosa dava a impressão de que escrevia de forma torturada, com a preocupação de encontrar as palavras e construções que mais o satisfizessem.

Mesmo ao falar de improviso, o ritmo era o de quem refletia e ponderava antes de expor as suas ideias e conceitos – por sinal sempre muito lúcidos, com a clareza e precisão de uma elaborada peça escrita. Isso não prejudicava a força de comunicação de suas palestras ou de seus textos. Dava-lhes até maior poder de comunicação porque, sem preciosismo ou rebuscamento, fugiam sistematicamente do lugar-comum, do clichê.

Edgar Barbosa representou, entre nós, um dos pontos mais altos da difícil arte de escrever – um estilista capaz de rivalizar com os grandes escritores nacionais.



# PRIMEIRA PARTE





# ALGUMAS INEFICÁCIAS SOCIAIS NAS REFORMAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

**Anísio Marinho Neto**

*Procurador de Justiça*

*Professor e Mestre em Direito*

*Escritor*



É indiscutível que o Direito Constitucional constitui o ramo do Direito Positivo Nacional Público, que trata do sistema de normas referentes à organização do Estado, no tocante à distribuição das esferas de competência do Poder Político, assim como no concernente aos Direitos e Garantias Fundamentais dos indivíduos para com o Estado ou como membros da comunidade política. Divide-se na Parte Geral (Teoria Geral do Estado) e na Parte Especial (Constituição). O Estado é constituído de uma sociedade de homens (nação) independentes, estabelecidos de forma permanente e definitiva em um território (país) fixo e determinado, com um governo (autoridade) autônomo que os dirija e conduza à realização do Direito.

Assim temos que a Constituição, sendo a lei que o povo impõe aos seus governantes para se tutelar contra o despotismo, também é a lei fundamental de um país que contém normas respeitantes à organização básica do Estado, ao reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais do ser humano e do cidadão, as formas, limites e competências do exercício do poder político (legislar, julgar e governar). Neste diapasão temos observado que aproximadamente nos últimos trinta anos, os governos de vários países adotaram um sistema político denominado neoliberal, e este sistema exige que sejam retirados alguns direitos dos trabalhadores. No Brasil, a nossa história da Previdência e da Seguridade Social inicia-se no final do século XIX, com as primeiras “Caixas de Assistência”.

Pioneiramente, foram os trabalhadores dos correios e das ferrovias que trouxeram essa atividade. Esses operários eram, em quase toda sua integralidade, imigrantes europeus, e muitos de-

les eram socialistas ou anarquistas, e continuaram, no Brasil, as lutas das classes trabalhadoras iniciadas na Europa. Já no século XX, no início da década de 1920, foram editadas algumas leis de Seguridade Social, porém, somente na década de 1930, surgiu a legislação sindical, com o Presidente Republicano Getúlio Vargas, por exigência internacional e para internamente contornar as centenas de greves e lutas dos trabalhadores.

Após a edição desta lei foram criados os primeiros Institutos de Pensões, com várias denominações: IAPI, IAPC, IAPE-TEC etc. É também desse período as primeiras leis de Seguridade Social para os servidores públicos. Na segunda metade da década de 1940, o Brasil viveu uma fase de democratização e consequentemente a retomada das lutas dos operários, que culminou com a promulgação de uma nova Constituição Federal, em 1946, que trazia inserida no seu texto, pela primeira vez no país, a expressão Previdência Social.

Nas décadas seguintes de 1950 e 1960, o Brasil experimentou grandes avanços sociais, com destaque para o surgimento da Lei Orgânica da Previdência Social, com os trabalhadores conquistando suas reivindicações após grandes mobilizações, e o aparecimento de um surto desenvolvimentista, com a criação da nossa Estatal do Petróleo, a Petrobras, após forte campanha popular com o tema: “O Petróleo é nosso”, e era implantada a indústria automobilística e, no campo, as Ligas Camponesas reivindicavam a reforma agrária.

Especificamente entre os anos de 1967 e 1969, o Brasil viveu politicamente sob os auspícios de uma feroz ditadura militar, porém existia muita contestação nas ruas, com manifestações armadas e greves. Foi nessa época que o Governo ditatorial unificou o sistema previdenciário, criou o seguro-desemprego e a aposentadoria aos 30 anos para a mulher. No ano de 1981, após grandes greves do ABC paulista e das greves heroicas dos trabalhadores

em educação dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, veio à conquista da aposentadoria especial para os professores.

A conclusão desta síntese histórica é meridiana em apontar que cada passo dado para a construção de uma Seguridade Social, só foi possível, graças às grandes lutas dos trabalhadores no Brasil e no mundo. E ainda importa constatar que, as conquistas de um, ou outro, setor da classe trabalhadora, sempre puxaram conquistas dos demais setores dos trabalhadores, como a redução da duração da jornada de trabalho para 44 horas semanais e a definição da competência do Poder Público para organizar e adotar o conceito de Seguridade Social, como sendo um conjunto de ações, de iniciativa do Estado e da sociedade, destinado a assegurar o direito dos trabalhadores à saúde, à previdência e à assistência, que inserido na atual Constituição da República de 1988, respondendo assim às expectativas dos trabalhadores e ampliando o seu estoque de benefícios e direitos sociais.

A adoção desse conceito de Seguridade Social foi um passo muito importante na fixação da ideia do direito à proteção social. Migrou-se da ideia do simples seguro previdenciário, para a ideia mais ampla de Seguridade Social. Tudo em conformidade com a definição de Seguridade Social da OIT – Organização Internacional do Trabalho:

*Seguridade Social é a proteção que a sociedade proporciona a seus membros. É uma série de medidas públicas contra as privações econômicas e sociais, que derivam da falta de condições de subsistência e de suas consequências: enfermidade, maternidade, acidente do trabalho ou enfermidade profissional, invalidez, velhice e morte, e, também, a proteção na forma de assistência médica e de ajuda às famílias com filhos.*

Com a edição do Regime Geral de Previdência Social – RGPSS, administrado pelo Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, órgão do Governo Federal, passou a ser exigida inscrição obrigatória para as atividades remuneradas de todo trabalhador brasileiro, dos estrangeiros em algumas situações específicas, dos servidores públicos que não têm regime próprio e dos trabalhadores temporários no serviço público. Pelo RGPSS ficou assegurado aos trabalhadores que contribuem para o sistema e os trabalhadores rurais o pagamento de benefícios previdenciários propriamente ditos (aposentadoria e pensão), auxílio-acidente e doença, salário-família, salário-maternidade e auxílio-reclusão.

Impende observar que os trabalhadores que estão na economia informal não têm direito ao sistema previdenciário. Estes são prejudicados duas vezes, primeiro não conseguem emprego com carteira assinada, por falta de uma política que crie oportunidades de emprego legalizado e, segundo porque lhes é negado até o direito de continuar vivendo, quando não puderem mais trabalhar. No RGPSS o Poder Público garante aposentadoria até o limite, chamado de “teto”. Os que recebem acima desse “teto” ficam obrigados a recorrer a um sistema de previdência privada, previdência complementar (fechada ou aberta).

Ao contrário dos regimes próprios dos servidores públicos, o RGPSS é um sistema contributivo, embora a contribuição não esteja vinculada ao benefício. Inicialmente o RGPSS adotava o regime de capitalização, pois quando começaram a funcionar os Institutos, havia poucos trabalhadores em condições de gozar os benefícios. Logo, o simples funcionamento do sistema levava, necessariamente, ao superávit. Posteriormente o RGPSS mudou para o regime de repartição, onde trabalhadores e empregadores financiavam, com suas contribuições, as aposentadorias dos que se retiravam da força de trabalho. E assim permaneceu até 1988.

Na Congresso Constituinte de 1986 chegou-se a propor uma Previdência Básica Pública, e uma Previdência Complementar, mas não foi aprovada. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Previdência Social passou a ser parte integrante da Seguridade Social. As suas receitas e despesas passaram a ser parte do Orçamento da Seguridade. No Brasil, foi adotado o regime contributivo, para o financiamento da seguridade social. Isto significa que há contribuições específicas para seu custeio, que não devem ser misturadas aos demais tributos.

É verdade que a atual Constituição Federal de 1988 teve origem quando o atual Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, ocupava a Presidência da República, aliás, cargo para o qual nunca foi eleito, e enviou ao Congresso Nacional uma Proposta de Emenda à Constituição – PEC, que depois veio a ser a Emenda Constitucional nº 26 (Promulgada em 27/11/1985), convocando os membros da Câmara dos Deputados (Deputados Federais) e do Senado Federal (Senadores da República), para se reunirem em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 01/02/1987, na sede do Congresso Nacional, e que ao final seria promulgada depois da aprovação do seu texto, em dois turnos de discussão e votação pela maioria absoluta dos seus membros.

A Constituição de 1988 contém no seu preâmbulo:

*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção*

*de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.*

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nossa República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: independência nacional; prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não intervenção; igualdade entre os estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; concessão de asilo político. A República Federativa do Brasil deve buscar a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

E uma vez promulgada a nossa atual Constituição da República, de 1988, dela decorreu, no processo de revalorização da própria norma de natureza suprema, uma adequação dos diversos setores do Direito, o que se operou especialmente por meio da interpretação (por muitos doutrinadores denominada inter-

interpretação conforme a Constituição) da legislação em geral, mas, igualmente, pela exclusão (não recepção) de normas visivelmente incompatíveis com a nova Constituição que se instaurava. Essa operação alcançou, como não poderia deixar de ser, todas as esferas públicas e, por igual, a esfera privada, já que a eficácia de muitas normas constitucionais incide nesse âmbito.

Tal processo de adequação, contudo, não foi nem automático nem imediato, havendo, até hoje, grandes celeumas em torno de alguns tópicos. Outros fenômenos, entretanto, somam-se a esse. São notórias as constantes mutações formais da Constituição originária, o que faz suspeitar de um interesse velado que pretende subordinar a Constituição a ideais e valores que não aqueles expressa e originariamente nela incorporados ou, o que seria também grave, de uma crise de legitimidade social (e, talvez, de correto equacionamento da realidade) da Constituição de 1988.

Registre-se, ademais, a ocorrência reiterada de processos de mutação informal da Constituição, o que se tem verificado especialmente por meio das decisões do Colendo Supremo Tribunal Federal, última instância interpretativa da Constituição. O legítimo e definitivo conteúdo desta, portanto, vislumbra-se na jurisprudência formada por esse Excelso Tribunal Constitucional. Nesse contexto, é bom ressaltar que mesmo em sistemas rígidos quanto à forma de modificação da Constituição, a exemplo do pátrio, não se pretende a cristalização de uma Constituição imutável.

Aliás, o modelo inglês, classificado dentre os raros exemplos de Constituição flexível, paradoxalmente, não tem operado tantas e tão profundas mudanças como as experimentadas pela Constituição brasileira. Por essa razão, torna-se aqui a tarefa da análise sumária dessa dimensão da transição sofrida pelo Direito Constitucional brasileiro após a promulgação deste marco jurídico que é a Constituição brasileira de 1988, especialmente nos

últimos vinte anos. Os direitos fundamentais têm sido constantemente desenvolvidos e verifica-se maior conscientização deles, sobretudo pelas autoridades públicas.

Nessa linha de considerações tem-se a busca da eliminação das distorções decorrentes de um processo histórico constitucional do Estado Autocrático de Direito com a aprovação de diversas leis que buscam a integração por meio das denominadas ações afirmativas. Nesse particular, uma análise correta das transformações do Direito Constitucional não deve descurar da colação das leis de integração da vontade constitucional, por meio das quais se deu cumprimento dos comandos inseridos no documento constitucional. O que ocorreu como visto, em parte, com o financiamento da Previdência Social no Brasil e as reformas constitucionais de 1998 e 2003. Reformas estas que a despeito de inovações apresentadas, supriu alguns direitos dos trabalhadores, pregando o fim do chamado Estado de bem-estar social.

No tocante a Emenda Constitucional nº 19/1998, foi inserido no art. 39 da Constituição Federal de 1988 o § 4º, estabelecendo que o membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. Por esse dispositivo, os membros de Poder, os parlamentares e os Secretários de Estado, na área estadual, deixarão de perceber remuneração composta de várias parcelas e passarão a perceber subsídios em parcela única.

Os membros do Ministério Público, na condição de agentes políticos, também deverão perceber subsídio fixado em parcela única, nos termos do que estabelece a nova redação do art. 128, § 5º, inciso I, alínea “c”, da Constituição Federal. Por outro

lado, a Emenda Constitucional nº 41 de 19/12/2003, deu nova redação ao inciso XV, do art. 48, prevendo que cabe ao Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República, não exigida está para o especificado nos artigos 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre a fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os artigos 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. Já o inciso V do art. 93 da Carta Magna, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, passaram a prevê que o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre um e outro ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do salário mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos artigos 37, XI, e 39, § 4º.

Estabeleceu-se, dessa forma, em linhas gerais, a escala remuneratória dos magistrados federais, inclusive dos Ministros dos Tribunais Superiores, a estes se atribuindo subsídio mensal correspondente a 95% (noventa e cinco por cento) do subsídio fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e aos demais magistrados outorgando à lei a fixação em intervalo de 5 a 10% (cinco a dez por cento) de uma categoria da estrutura judiciária para outra.

Com fundamento nestes dispositivos é que recentemente tivemos a aprovação e sanção da Lei Complementar nº 317, de 06/12/2005, *DOE* de 07/12/2005 que instituiu os subsídios para o Poder Judiciário do Rio Grande do Norte, e adotando-se similar escala remuneratória também para os membros do Ministério Público do Estado, pela aprovação e sanção da Lei Com-

plementar nº 318, de igual data e publicação, por cinco motivos legais: a) o Ministério Público é definido na Constituição Federal como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127, caput); b) ao Ministério Público Estadual, aplicam-se subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar Federal nº 75, de 10.05.93), consoante dispõe o art. 80 da Lei Orgânica Nacional (Lei nº 8.625, de 12.2.93).

Em face disto, a exemplo que ocorre com o Procurador-Geral da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral de Justiça terá as mesmas honras e tratamento dos Desembargadores, e dos demais membros da Instituição, as que forem reservadas aos magistrados perante os quais oficiem (art. 19 da Lei Complementar n.º 75, de 10/05/93); c) a Lei Orgânica Estadual do Ministério Público assegura o mesmo tratamento dado aos magistrados de igual instância (Lei Complementar n.º 141, de 09.02.1996); d) tradicionalmente a remuneração dos membros do Ministério Público do Rio Grande do Norte tem sido fixada em valores que guardam correspondência com os magistrados estaduais.

A atuação dos membros do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, por força da legislação federal e estadual, ocorre perante as seguintes instâncias judiciais: a) o Procurador-Geral de Justiça, na condição de Chefe do Ministério Público Estadual, exerce suas funções junto ao Tribunal de Justiça, tendo assento perante o Plenário; b) os Procuradores de Justiça funcionam perante as Câmaras do Tribunal de Justiça; c) Os Promotores de Justiça atuam como regra, perante a Justiça Estadual de Primeira Instância. Portanto a fixação dos subsídios dos membros do Ministério Público do Estado é constitucional e observou rigorosamente a esfera de atuação de cada categoria e não discrepou do que foi aprovado para os magistrados.

E o Orçamento da Seguridade Social, como todos os Orçamentos dos Tesouros, segue o princípio da não vinculação de fontes à despesa. Isto quer dizer que não se pode vincular uma determinada receita a uma despesa específica. Por isto é que a concepção de Seguridade Social é traduzida num sistema de cobertura de situações sociais para todos os que se encontram em necessidade, sendo dever do Estado e possuindo os seguintes fundamentos: a) Previdência universal, quer dizer, para todos; b) Previdência integra diferentes fontes de financiamento, ou seja, a Constituição prevê impostos diretos e indiretos, provenientes dos orçamentos estatais e contribuições específicas, para financiar o caixa da Seguridade Social; e, c) Previdência com uma gestão democrática e descentralizada, ou seja, com uma forte intervenção do Estado.

Tudo isso se contrapondo ao velho liberalismo e ao neoliberalismo de nossos dias, que prega que o Estado deve retirar-se das questões econômicas, tendo que privatizar tudo e deixar nas mãos do denominado “mercado”. Assim, a partir dos anos 1990, as legislações ordinárias que regulamentaram a Seguridade Social subdividiram a Seguridade Social em diferentes áreas: Previdência, Assistência e Saúde. Impondo assim que diferentes leis estabeleçam para cada área diretriz específica, e assim consolidando a segmentação do princípio da Seguridade, e com isso o conceito de Previdência Social se aproximou do sistema de seguro. Esta nova forma de ver a Previdência firmou o entendimento de Previdência como um sistema de coberturas, baseado na contribuição para seu custeio.

Então por essa lógica neoliberal, Previdência tem que ter contribuição, e assim o objetivo é o atendimento somente daqueles que, por serem previdentes, ou estarem no mercado formal de trabalho, contribuem para usufruir um benefício futuro. Com esta visão e propalando que a Previdência daria déficit, os políti-

cos neoliberais e os defensores do Capital iniciaram as Reformas da Previdência com o fito de barrar a luta dos trabalhadores que estão na vanguarda da proteção social, isto é, os servidores públicos, e depois empurrar toda a classe trabalhadora para as empresas privadas de previdência, que obterão grandes lucros.

O projeto de Reforma da Previdência defendido pelos neoliberais é tentar vincular a receita de contribuições sobre a folha de pagamento com os benefícios do RGPS. Isto contraria todos os princípios da contabilidade e orçamentos públicos. O objetivo é inventar que existe um déficit, e assim criar o clima favorável à privatização da Previdência Social. O correto é que todas as receitas da Seguridade Social devem cobrir o conjunto das suas despesas. Tanto é verdade, que os procedimentos técnicos, adotados pelos especialistas em cálculos previdenciários, ao estudar os regimes de Seguridade Social, em primeiro lugar estimam as despesas.

Ou seja, avaliam quanto vai custar o conjunto dos direitos. Somente depois, se verificará se as receitas são e serão suficientes e, se for o caso, será recomendado alterações nas fontes de custeio. Nesta época o Brasil era um dos poucos países onde não existia uma idade mínima para se aposentar e pagava mais ao aposentado do que quando ele estava trabalhando. Mais da metade das pessoas que se aposentavam por tempo de serviço tinha menos de 54 anos. Muitas delas conseguiam se aposentar até com menos de 40 anos.

Enquanto isso, os trabalhadores que ganhavam de 1 a 3 salários-mínimos só conseguiam se aposentar, por idade, com 62 anos, em média, depois de ter trabalhado por mais de 40 anos. Em 1993, o Presidente Republicano Itamar Franco através da Emenda Constitucional nº 03, instituiu a contribuição para os servidores públicos, porém não promoveu alteração na forma como os servidores se aposentavam. Continuou não existindo ne-

nhuma relação entre o valor das contribuições. Portanto, apesar de haver contribuição dos servidores para a aposentadoria, não há nenhum vínculo entre elas. Anteriormente os servidores apenas contribuíam para a saúde e a pensão. Estas sim, consideradas de fundo contributivo, até a promulgação da Constituição de 1988.

Somente em 1998, o Presidente Republicano Fernando Henrique Cardoso fez a Reforma da Previdência através da Emenda Constitucional nº 20 que representou um ataque brutal aos trabalhadores, retirando vários direitos. As perdas atingiram em cheio os trabalhadores da iniciativa privada e os do Serviço Público. A pior modificação foi à alteração do termo “tempo de serviço” para “tempo de contribuição”, alterando frontalmente o conceito de Previdência, que deixou de ser um direito do trabalhador depois de um determinado tempo de trabalho, para ser um seguro para os que contribuíram para isso.

O certo é que tal alteração retirou o direito de aposentadoria de milhões de trabalhadores, que não conseguirão completar o tempo necessário de contribuição para se aposentar, devido ao alto índice de desemprego, ou seja, morrerão antes. Também a Reforma pôs fim às aposentadorias especiais; passou a adotar a combinação entre tempo de contribuição e expectativa de sobrevida (fator previdenciário – para os trabalhadores da iniciativa privada); a combinação entre tempo de contribuição e idade, para os servidores públicos (para os homens: 35 anos de contribuição e 60 anos de idade; para as mulheres: 30 anos de contribuição e 55 anos de idade); estabelecimento do “teto” previdenciário, para os servidores públicos; Instituição de Previdência Complementar Privada, para os servidores públicos; desvinculação dos reajustes dos aposentados do reajuste concedido ao salário mínimo e a criação do chamado Fator Previdenciário, que prejudica o trabalhador que começou a trabalhar mais cedo. Da mesma forma pela Emenda Constitucional nº 41/2003 a Reforma da Previdência

levada a efeito pelo Presidente Republicano Luiz Inácio Lula da Silva não aumentou os direitos ou melhorou o sistema, bem assim não melhorou o RGPS e nem tão pouco igualou os direitos dos servidores com os demais trabalhadores.

Pelo contrário, retirou direitos e estabeleceu as pré-condições para a privatização da Previdência. No seu bojo a Reforma da Previdência de 2003 manteve o limite mínimo de idade, independentemente do tempo de contribuição, para que o servidor possa se aposentar: 60 anos se homem e 55 anos se mulher; acabou com as regras de transição que permitiam aos atuais servidores se aposentar aos 53 anos se homem, e 48 se mulher, cumpridos os respectivos pedágios, criando assim uma nova regra: o servidor perde 5% ao ano de sua remuneração, até o limite de 35%, caso se aposente antes de completar a idade mínima; o servidor que contar tempo, antes de ingressar no serviço público, em outro regime de previdência, terá a sua aposentadoria proporcional ao tempo efetivo de serviço público; a contribuição do servidor público passa a ser obrigatória e de 11%; o servidor inativo passa a contribuir para o sistema; estabeleceu o sistema misto de previdência: público para até o “teto” e privado acima deste limite; criou o fator previdenciário para o cálculo de aposentadoria do servidor público, pois os proventos terão por base o tempo de contribuição e a expectativa de vida; e, estabeleceu a Previdência Complementar Privada regulamentada nas Leis Complementares nº 108 e 109.

Como aporte financeiro para suportar os ônus destas Reformas o povo brasileiro pagou de impostos em 2007 a importância de 921 bilhões de reais aos governos federal, estaduais e municipais. É quase 1 trilhão de reais em tributos, sendo que desse total, 644 bilhões foram para os cofres federais, o que representa 70% do total arrecadado no país, o restante foi rateado entre Estados e Municípios.

Propagava-se um crescente déficit na Previdência Social, em torno de 1,1% a 1,2% do PIB. No mês de abril de 2002, a Previdência Social mencionou que o déficit foi de 1,042 bilhão. No quadrimestre foi de mais de R\$ 4 bilhões, e no final de 2002 passou de 16 bilhões. Afirmou-se que o aumento do déficit é decorrente da alteração do salário-mínimo, porém com o esse reajuste, há também aumento de arrecadação, pois a contribuição é calculada sobre um valor maior do que o anterior. Falacioso foi o argumento de que haverá déficit com o aumento do salário mínimo.

O segundo motivo seria o represamento de pedidos de benefícios nas agências do INSS em decorrência da greve. Isso, porém foi relativo, pois o número de pedidos diminuiu em razão da normalização dos requerimentos, que seguiram uma média por mês. O sistema previdenciário direcionado para a área privada não é deficitário. Ao contrário, as receitas são maiores que os benefícios. O sistema é deficitário a partir do momento em que há junção com os benefícios dos funcionários públicos. Aí sim existe déficit, mas este é decorrente do sistema público e não do privado.

O Governo divulgou o que gastava no sistema, mas não declarou quanto efetivamente arrecadou, nem soma as contribuições sobre o lucro e sobre o faturamento que são arrecadados pela Secretaria da Receita Federal e por onde entra o numerário, mas muitas vezes não é transferido para o INSS. A partir de 1º de janeiro de 2008 entrou em vigor a nova tabela de contribuições ao INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) que passou a ser usada para o recolhimento das contribuições previdenciárias dos trabalhadores assalariados, inclusive os domésticos. Ela passou a ter três faixas, em vez das quatro anteriores.

As alíquotas de 7,65% e 8,65% foram elevadas para 8% e 9%, respectivamente, ficando desta forma: salário de contri-

buição até R\$ 868,29 terá alíquota de 8%; de R\$ 868,30 até R\$ 1.447,14, a alíquota será de 9%; e de R\$ 1.447,15 até R\$ 2.894,28 será de 11%. O certo é que em cinco anos do então Governo do Presidente Republicano Luiz Inácio Lula da Silva, a arrecadação federal não parou de crescer, passando dos 390 bilhões de reais em arrecadação em 2003, primeiro ano do Governo, para 664 bilhões de reais em 2007, o que representou um aumento de 70%.

Mesmo assim o dinheiro parece ter sido pouco, uma vez que esse mesmo Governo aumentou a dívida interna de 650 bilhões de reais em 2003, para 1 trilhão e 300 bilhões no último ano (2007). Partes destes recursos foram utilizadas para o financiamento de 25,1 milhões de benefícios do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, em dezembro de 2007, competência novembro 2007. Deste total, 15 milhões receberam via cartão magnético e 10,1 milhões tiveram o benefício depositado em conta corrente. Do total de segurados, 17,1 milhões ganhavam até um salário mínimo, sendo que desses 11,7 receberam por cartão magnético e 5,3 milhões diretamente em conta corrente.

Embora o piso constitucional seja de um salário mínimo, alguns pagamentos do INSS podem ter valor menor. São os casos de pensões por morte divididas por grupos familiares; auxílio-acidente, que complementam a remuneração de pessoas que perderam parte da capacidade de trabalho, mas não são inválidos e os descontos referentes à pensão alimentícia. A Justiça social não se consegue retirando direitos dos trabalhadores, mas, ao contrário, com uma sociedade mais fraterna e solidária. Esta só será possível ampliando estes direitos. O que se verificou é que as Reformas da Previdência de 1998 e 2003 foram ineficazes porque subtraíram direitos dos trabalhadores, negociando-os com o Capital, cujo único objetivo é transformá-los em enormes fontes de lucro.

Naquela época o salário mínimo, no Brasil, era um dos mais baixos da América Latina e Caribe, ou seja, R\$ 412,00 (quatrocentos e doze reais). Era uma verdadeira ofensa ao trabalhador, mas não era só o salário mínimo que era muito baixo, eram os salários da imensa maioria dos trabalhadores. A Previdência existe para substituir renda, e esta deve ser convenientemente substituída para permitir ao aposentado não perder qualidade de vida ao se aposentar. As receitas correntes do Regime Geral de Previdência Social, em janeiro de 2008, chegaram a R\$ 12,7 bilhões, 16,8% acima da arrecadação de igual mês do ano passado, de acordo com dados divulgados pela Secretaria de Políticas de Previdência Social do Governo Federal.

E ainda, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) Paralela da Previdência (PEC 77A/03), criada para amenizar os efeitos perversos sobre os servidores públicos da reforma da Previdência, Emenda Constitucional nº 41/03, proposta pelo Governo Republicano de Luís Inácio Lula da Silva, restituiu alguns benefícios dos aposentados do serviço público, tendo sido promulgada pelas Mesas do Senado e da Câmara Federal, cujo, os principais pontos foram: um novo tipo de transição para quem ingressou ainda jovem no serviço público, ou seja, chegou ao serviço público até 16/12/1998, onde pela nova regra, os servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios admitidos até esta data podem se aposentar com proventos integrais em idade mínima resultante da redução de um ano para cada ano que exceder os 35 anos normalmente exigidos de contribuição, para homens, ou 30, para as mulheres, sendo que para isto, deverão ter 25 anos de exercício no serviço público, 15 anos de carreira e 5 anos no cargo em que se der a aposentadoria; à volta da paridade salarial dos futuros aposentados, ou seja, reajustes salariais idênticos aos concedidos aos funcionários da ativa, com seus vencimentos subindo toda vez que aumentar o salário do funcionalismo ou dos colegas onde trabalhava o servidor que gerou a pensão, no entanto, os

pensionistas desses aposentados não terão a paridade; novos servidores públicos só terão direitos a receber de aposentadoria até o máximo permitido no Instituto Nacional do Seguro Social (na época, R\$ 2.508,72), mas eles poderão participar de um fundo de previdência complementar, ainda não criado; os aposentados portadores de doenças consideradas incapacitantes que recebem até o dobro do teto pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social (na época, R\$ 5.017,44) terão isenção de contribuição previdenciária, já que os aposentados e pensionistas em geral pagam contribuição de 11% sobre o que excede o teto do Instituto Nacional do Seguro Social, sendo que a contribuição dos aposentados e pensionistas será limitada, neste caso, à parcela dos proventos que superar o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência e tal cobrança serão retroativas ao dia em que foi concedido o benefício; as contribuições sociais para financiamento da Seguridade poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho; ainda de acordo com o texto aprovado, uma futura lei poderá regulamentar sistema especial de inclusão previdenciária, cujo sistema atenderá aos trabalhadores de baixa renda e aos que, sem renda própria, se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico, desde que pertencentes às famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário mínimo.

A nova emenda constitucional, oriunda dos itens da Proposta de Emenda Constitucional Paralela que não foi aceita pelo Senado, propunha novamente a criação dos subtetos salarial nos governos estaduais e nas prefeituras. Como os Deputados Federais haviam acrescentado os delegados de polícia, advogados e fiscais tributários estaduais organizados em carreira, no subteto do Poder Judiciário, retirando-os do subteto do Governador, o

Senado cortou esta parte e manteve o texto original da PEC paralela, de dezembro de 2003.

Por causa da modificação, todo o texto que trata de subjetos voltou à Câmara, com isto pelo texto da nova proposta de emenda constitucional, no Executivo estadual, o subteto será o salário do governador. No Judiciário estadual, o subteto será o salário do desembargador, o qual, por sua vez, equivale a 90,25% do salário de ministro do Supremo Tribunal Federal, sendo que o salário do Governador não poderá exceder o do Desembargador. No Legislativo estadual, o subteto será o salário do Deputado Estadual. No município, o do Prefeito.

Na verdade, o real motivo destas reformas que foram introduzidas no Brasil foi levá-lo a um sistema de Previdência Privada, na modalidade de previdência complementar, como um produto financeiro que visa complementar a renda paga aos aposentados pelo Estado por meio da Previdência Social (INSS) ou propiciar que os valores acumulados e rentabilizados durante determinado período sejam utilizados para a realização de projetos de vida, como num investimento de longo prazo. A previdência complementar é dividida em dois momentos distintos: o de acumulação e o de renda.

No primeiro, a pessoa aporta os seus recursos de maneira periódica no plano escolhido e esses valores são investidos e rentabilizados durante o prazo contratado. No segundo momento, a pessoa deixa de fazer aportes e passa a receber os recursos na forma de uma renda mensal ou do resgate integral dos depósitos mais o rendimento contabilizado no período. Em conclusão podemos afirmar que as Reformas da Previdência de 1998 e de 2003 na visão neoliberal foram ineficazes em muitos aspectos, porém passaram a dar segurança aos atuais aposentados e pensionistas, fazendo justiça e tornando os brasileiros menos desiguais.

Permitiu que Estados e Municípios pudessem prestar melhores serviços ao contribuinte, em vez de terem quase todo o orçamento comprometido com a folha de pessoal, nas quais o peso dos aposentados é cada vez maior. Gerou recursos adicionais ao INSS que permitiu recuperar o valor dos benefícios defasados, com isso dando certeza, aos futuros aposentados e pensionistas, de que receberão seus benefícios e, sobretudo estimulou a poupança e o investimento por meio de fundos de pensão. De outro modo, levando em conta que a população do globo terrestre é composta de 6,5 bilhões de habitantes, e que desse total, cerca de 2,8 bilhões de habitantes vivem com menos de 2 dólares por dia; 1,2 bilhão com menos de 1 dólar, além de 826 milhões de pessoas que passam fome.

E que dos estimados 230 milhões de brasileiros, 35 milhões vivem também com menos de 1 dólar por dia. Sendo os continentes da África, Ásia e América Central, respectivamente países como a Somália, o Afeganistão e o Haiti, os mais atingidos pela fome e pela miséria. Não é sem motivo que a Previdência Privada é o quinto maior negócio do mundo, só perdendo para a indústria automobilística, petrolífera, informática e o narcotráfico. A privatização da Previdência já foi feita em 11 países da América Latina e Caribe, sendo que em todos esses países, essa privatização, só serviu para encher os cofres dos banqueiros com enormes prejuízos para os trabalhadores.

Por isso, o discurso neoliberal utilizado é enganoso. Num primeiro momento, negaram a Previdência como direito dos trabalhadores de terem sua aposentadoria, quando não puderem mais trabalhar. Transformaram-no em um seguro, ao qual só têm direitos àqueles que pagaram por ele. Depois como vimos no quadro do Orçamento da Seguridade Social inventaram que havia déficit, em contraposição ao real superávit gerado pela Seguridade Social, negando que a Previdência se baseia na solidariedade.

dade. Por fim, chamam os direitos conquistados pelos servidores públicos de privilégios, eliminando a possibilidade de esses direitos serem estendidos aos demais trabalhadores.

Tudo isso para encobrir o único e verdadeiro objetivo, que é o de preparar a Previdência Social para a privatização. A Reforma da Previdência real de que os trabalhadores necessitam é uma reforma que inclua os milhões de brasileiros que se encontram na informalidade e desempregados. É uma reforma que iguale direitos de trabalhadores públicos e privados, da ativa ou não, sem retirar direitos de quem quer que seja.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, importa destacar que alguns avanços sociais foram conquistados principalmente no tocante a Previdência Social no setor público, garantindo-se remuneração integral igual ao último salário percebido pelos funcionários civis aposentados, com atualizações equivalentes aos concedidos ao servidor civil da ativa que ocupou o seu cargo, sem se falar que outrora os servidores militares já haviam conquistado a garantia de se aposentar com o correspondente ao soldo percebido pela patente subsequente à deles, o que na prática importa numa promoção quando forem para a reserva.

Tal situação fez com que na última década a folha salarial do funcionalismo público de uma maneira geral, para honrar as garantias dos benefícios integrais de aposentadoria do servidor, causasse uma violenta política de achatamento salarial para todos os funcionários civis ou militares. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998, que tratou da reforma da Previdência Social, algumas mudanças foram introduzidas reduzindo-se o valor dos benefícios, através da adoção do fator previdenciário, sem, no entanto, conseguir acabar com a aposentadoria equivalente ao salário integral do funcionário, embora substituisse a definição de tempo de serviço por tempo de contribuição, ou seja, a aposentadoria passou a depender do recolhimento de

contribuições que o funcionário teve ao longo de sua vida ativa, admitindo-se um período de transição para os funcionários que já estavam no serviço ativo, quando da promulgação da Emenda e respeitando-se os direitos adquiridos dos estatutários, porém passando a ter novas regras para os que ingressarem na ativa.

O Governo Republicano Luís Inácio Lula da Silva, ancorado por expressivo apoio popular obtido nas urnas do pleito eleitoral de 2002, ensaiou uma nova reforma na Previdência Social, onde as primeiras notícias davam conta de ideias com conteúdo mais amplo e ideologicamente mais coerente, buscando desarmar o estouro da bomba-relógio fiscal que se avizinhava para as próximas décadas no âmbito do atual sistema falido de Previdência Social implantado no país a partir de 1938.

A sociedade cobrou do Governo Federal completa transparência na proposta, inclusive com ampla discussão com todos os segmentos sociais envolvidos, que se iniciaram imediatamente no âmbito do setor público nos seus quadros ativos e inativos, com uma campanha interinstitucional de forma clarividente, esclarecendo a opinião pública das garantias constitucionais de que nos legou o Legislador Constituinte Originário de 1988. Houve a defesa enfática dos direitos adquiridos, quer do quadro ativo ou inativo, denunciando qualquer tentativa de enfraquecimento das carreiras do setor público, visando torná-las politicamente inviáveis na defesa do cidadão, notadamente o mais depauperado, na medida em que o novo Governo tentava atingir os servidores públicos e os agentes políticos, com a possibilidade de não respeitar a integralidade de remuneração entre ativo e inativo, ou ainda respeitar apenas os direitos dos inativos, relegando os atuais do quadro ativo para uma complementação de sua futura aposentadoria através de previdência privada, que se iniciaria naquele momento, se quisesse ter a mesma remuneração na inatividade, que atualmente percebiam na ativa, utilizando-se para tal fim do

famigerado “fator previdenciário” ou o impraticável “período de transição”.

Portanto as reformas da Constituição Federal de 1988, não foram no seu todo eficazes, devendo sua conotação ser positivamente absorvida desde que não se desnature o processo de revisão constitucional para uma fórmula legislativa “ordinária” para impor validamente a vontade de poucos. A *contrario sensu*, como exemplos bem-sucedidos de mudanças constitucionais, podemos nessa perspectiva, mencionar o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), em parte socorrendo a função social da propriedade declarada no art.5º, XXIII.

Na mesma linha procedeu o novo Código Civil. Aliás, o tema entra na diretamente com o problema da moradia e, assim, cumpre revelar seu atual caráter de direito fundamental, pela incorporação promovida pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000. Novas garantias foram criadas em 1988, como o *habeas data* (inciso LXXII, do art. 5º) e arguição de descumprimento de preceito fundamental, ambas regulamentadas pelo legislador (Lei nº 9.507/1997 e Lei nº 9.868/1999, respectivamente).

Na mesma linha argumentativa, não se pode deixar de citar a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, que alterou significativamente o regime jurídico das medidas provisórias, especialmente por ter considerado, na consciência jurídica geral, grave a possibilidade de impunes reedições indefinidas, pelo Presidente de República, de uma mesma medida provisória. Com o disposto no art. 62, parágrafo terceiro, as medidas provisórias perderão, no atual regime, a sua eficácia, desde a sua edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias (o prazo anterior à Emenda era de trinta dias), prorrogável, automaticamente, por igual período, no caso de o Congresso Nacional não as ter apreciado.

Ademais, há, agora, um prazo para apreciação legislativa, que é de quarenta e cinco dias. Após esse prazo, e não tendo ocorrido a votação da medida provisória, entrará ela em regime de urgência. De qualquer forma, perdem sua eficácia, para não mais repetirem-se no tempo. A mudança incorporou, ainda, a limitação expressa da medida provisória quanto a determinadas matérias. Muitas outras foram as inovações e alterações cujas ocorrências poderiam aqui serem lembradas e retomadas. Muitas outras alterações foram feitas, bastando citar o caso da reforma do Poder Judiciário, e outras que estão por vir, como exemplo a que o Governo Federal anuncia, que é da reforma tributária.

E anteriormente à reforma tributária, inaugurada com a Carta Política de 1988, o sistema tributário nacional comportava uma sobreposição de fatos geradores incidindo sobre a mesma base de cálculo, distribuída a competência entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios. Destarte, eliminou a reforma de 1988 boa parte dessas múltiplas incidências, mas essa situação não durou muito tempo. Tendo em vista que logo após a introdução do Real – em que o país passou a ter estabilidade fiscal –, o país começou a sentir a necessidade de atrair mais empresas internacionais e continuar a investir nas atividades produtivas e sociais.

Em vista disso, o governo federal, primeiramente por meio de medidas provisórias e ultimamente até por emendas constitucionais, passou a exigir cada vez mais tributos e contribuições incidentes sobre as mais variadas fontes econômicas (lucro, faturamento, e assim por diante). Assim procedendo, certas bases de cálculo voltaram, praticamente, a ter a incidência de múltiplos fatos geradores com tênues traços distintivos um do outro, em situação pior até do que existia antes da Constituição de 1988, se se considerar o volume de receita tributária incrementada.

Portanto, o sistema tributário, que anteriormente à Carta de 1988 era caótico, voltou pior ainda, com sua “gulodice” fiscal,

pelo fato de a instituição e o aumento de tributos e contribuições, a partir da Constituição de 1988, serem permitidos por medidas provisórias, algumas das quais na reedição, modificando alguns pontos em relação à anterior, dificultando, sobremaneira, não só o cumprimento integral por boa parte dos contribuintes que não contam com uma assessoria jurídica adequada, como, também, pelo próprio fisco, em vista da insuficiência de pessoal para uma orientação e fiscalização mais incisiva.

Esse quadro, a que o país foi, pelas circunstâncias, obrigado a manter, fez com que, em face da volumosa legislação, não raras vezes elaborada apressadamente, proporcionasse o aparecimento de algumas normas declaradas inconstitucionais, a que as empresas contribuintes se agarraram, em vista da escassez de capital de giro, para recuperar do fisco o tributo e/ou contribuição recolhidos indevidamente.

Como é notório, enquanto o Supremo Tribunal Federal procura solucionar tais pendências, o Congresso Nacional está em vias de examinar uma nova reforma tributária, para simplificar o sistema tributário nacional e tornar mais competitivo o Brasil no contexto de um comércio internacional globalizado, assaz complexo em vista das barreiras tarifárias e não tarifárias. Seguramente, o Brasil tem condições de superar tais dificuldades. Mas, para tanto, deverá adotar firme responsabilidade fiscal e política, pois o povo faz sua parte, porque na sua avassaladora maioria é democrático, ordeiro e trabalhador.

Concluindo dizemos que o processo de revisão e reformulação do Direito, incluindo-se aí a Constituição, é, como salientado, vital, mas sua larga utilização implica a vulgarização (no pior sentido desse termo) da Carta Constitucional. Basta, no caso, preservar um efetivo Estado Constitucional e Democrático de Direito.





# O PENSAMENTO HERMENÊUTICO JURÍDICO: ANÁLISE DOS SEUS FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS

**José Adalberto Targino Araújo**

*Procurador do Estado*



**RESUMO:** O presente estudo objetiva abordar o pensamento hermenêutico jurídico a partir da análise dos seus fundamentos epistemológicos. Para tanto, analisa o Direito como uma atividade interpretativa de caráter político. A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica realizada em doutrinas que se dedicam ao estudo da hermenêutica e da argumentação jurídica, permitindo concluir que se o profissional do Direito ficar preso ao ideal positivista da segurança linguística do Direito, sempre haverá, assim como se observa na interpretação literária, diversas possibilidades de interpretação jurídica igualmente corretas do ponto de vista da lógica da sintaxe e da lógica das análises linguísticas. Contudo, caso este profissional abandone essa questão positivista de análise linguística, será possível ver que o Direito é mais que apenas uma questão lógica de análise semântica, e, principalmente, é muito mais que apenas uma questão empírica de ver se a descrição dos fatos se subsume na descrição dos textos jurídicos.

**Palavras-chave:** Direito. Linguagem. Argumentação. Justificação. Hermenêutica.

**ABSTRACT:** The present study aims to approach legal hermeneutic thinking from the analysis of its epistemological foundations. Therefore, it analyzes Law as an interpretive activity of a political nature. The methodology used was the bibliographic research carried out in doctrines that are dedicated to the study of hermeneutics and legal argumentation, allowing to conclude

that if the legal professional is stuck to the positivist ideal of the linguistic security of the Law, there will always be, as observed in the interpretation literary, several possibilities of legal interpretation equally correct from the point of view of the logic of syntax and the logic of linguistic analysis. However, if this professional abandons this positivist question of linguistic analysis, it will be possible to see that the Law is more than just a logical question of semantic analysis, and, mainly, it is much more than just an empirical question of seeing if the description of the facts fits. subsumes in the description of legal texts.

**Keywords:** Law. Language. Argumentation. Justification. Hermeneutics.

## Introdução

O direito se expressa na forma de textos. Textos legais, texto constitucional, precedentes jurisprudenciais na forma de textos. Todo o direito encontra-se documentado em uma grande narrativa histórica. Uma narrativa, contudo, documentada na forma de textos.

Para o positivismo jurídico, todo o direito válido é somente o direito previsto em textos jurídicos válidos. Os textos existem ou não existem. Então o positivismo vê os textos como se fossem uma questão empírica. Ou existe empiricamente um texto, ou ele não existe. Ou o texto existe de fato, ou não existe. Se existe um texto jurídico válido, que fundamenta uma determinada concepção jurídica, então essa concepção é válida. Mas se não há um texto jurídico válido que fundamenta uma determinada concepção jurídica, então essa concepção não é juridicamente válida, embora possa ser válida do ponto de vista das convicções pessoais de moral, ética ou de justiça em sentido amplo.

Imagine-se agora que essa grande narrativa histórica do Direito, expressa em textos jurídicos, seja um romance literário. Imagine-se que o Direito seja um grande romance literário. Do mesmo modo que o direito positivo, também a interpretação de um romance pode admitir várias interpretações igualmente corretas. É possível proceder à leitura do mesmo texto e extrair dele várias interpretações igualmente possíveis. E mais: pode-se ler várias vezes a mesma obra literária e, a cada leitura, descobrir algo novo, uma nova interpretação, um novo ponto de vista, que havia passado despercebido em leituras anteriores.

Se essa “discricionariedade” no exercício de interpretação de textos literários acontece, então essa discricionariedade pode acontecer também no exercício de interpretação de textos jurídicos. Afinal, quem pode afirmar que a interpretação correta de uma obra literária deve ser uma e não outras? E do mesmo modo no direito, como justificar que a interpretação correta dos textos jurídicos é uma e não outras? Com efeito, do mesmo modo que os romances literários, também os textos jurídicos admitem várias interpretações igualmente possíveis. Entretanto, dentre essas várias interpretações possíveis, sempre há uma que se apresenta como a mais adequada. Sempre há uma que se apresenta como a interpretação que mais valoriza a obra.

Feitas estas pontuações iniciais, este artigo objetiva abordar o pensamento hermenêutico jurídico a partir da análise dos seus fundamentos epistemológicos.

O estudo é relevante no sentido de demonstrar que as noções de hermenêutica e de interpretação jurídica passam a cada dia a ter maior importância para o operador do direito e para o cidadão comum; sempre que os enunciados da ciência visam comunicar mensagens ou que as prescrições legais ditam comandos, através dos quais se comunica um dever-ser.

Ademais, a interpretação jurídica, do mesmo modo que a interpretação literária, também pode ser distinguida entre uma melhor e uma pior interpretação jurídica. Isso porque, diante das várias possibilidades de interpretação de um texto jurídico, sempre será possível fazer uma melhor ou uma pior interpretação jurídica. Sempre serão possíveis várias interpretações. Mas somente uma será a melhor interpretação possível. Quer dizer, somente uma, entre as várias interpretações possíveis, será a interpretação que melhor revela a virtude do direito, que melhor explicita o verdadeiro valor do texto jurídico, que mostra o que o direito tem de melhor.

A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica realizada em doutrinas que se dedicam ao estudo da hermenêutica e da argumentação jurídica.

## **1 O Direito como atividade interpretativa de caráter político**

A hermenêutica jurídica parte da ciência que torna possível a interpretação do direito expresso no formato de linguagem: texto prescritivos (que são as normas) e descritivos (enunciados científicos)<sup>1</sup>. Referente ao significado etimológico da palavra hermenêutica, com frequência se afirma que ela deriva do grego *hermeneuein*, terminologia que posteriormente adquiriu vários significados no curso da história. Por meio dela, nos lembra Lenio Streck:

*busca-se traduzir para uma linguagem acessível àquilo que não é compreensível. Daí a ideia de Hermes, um mensageiro divino, que transmite – e, portanto, esclarece – o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. [...] Trata-se, pois, de uma (inter)mediação. Desse modo, a menos que se acredite na possibilidade de acesso*

*direto às coisas (enfim, à essência das coisas), é na metáfora de Hermes que se localiza toda a complexidade do problema hermenêutico. Trata-se de traduzir linguagens e coisas atribuindo-lhes um determinado sentido. Na história moderna, tanto na hermenêutica teológica como na hermenêutica jurídica, a expressão tem sido entendida como arte ou técnica, com efeito diretivo sobre a lei divina e a lei humana<sup>2</sup>.*

A hermenêutica é, pois, uma parte das ciências jurídicas que facilita a sistematização dos processos utilizados para obtenção de uma interpretação efetiva das normas. Assim, a hermenêutica se constitui como uma técnica para a interpretação correta das leis, seguindo determinado sistema de regras já estabelecidas.

Em razão da hermenêutica ser uma atividade de caráter político é que os juristas precisam assumir que o direito é uma atividade interpretativa e mais: uma atividade interpretativa comum inevitável caráter político. Uma hermenêutica política. Uma hermenêutica, portanto, não no ideal dogmático tradicional de hermenêutica como método para a descoberta da verdade a respeito do “verdadeiro” sentido ou do sentido sintático e semanticamente correto de uma proposição jurídica. Mas no ideal de uma atitude interpretativa construtiva do sentido das proposições jurídicas em uma perspectiva mais abrangente. Em uma perspectiva política<sup>3</sup>. Uma perspectiva de adequação e justificação da interpretação construtiva do Direito no que concerne aos princípios de moralidade política.

A interpretação do Direito não é, portanto, apenas uma questão de hermenêutica dogmática, não é apenas uma questão de aplicação de métodos ou cânones de interpretação para conduzir à verdade ou à correção a respeito da interpretação juridicamente correta. “Interpretação é um empreendimento, é uma instituição pública”<sup>4</sup>. Não se trata, pois, de uma questão de política

pessoal ou partidária e nem de uma questão de adequação e justificação em relação a políticas públicas do governo, que podem mudar conforme mudam os governos, mas sim de uma questão de teoria política moral, uma questão, portanto, de adequação e justificação da interpretação em relação a princípios de moralidade política do projeto comunitário comum.

A escolha do sentido de uma interpretação do direito não pode mais ser justificada com base na intenção da lei ou na intenção do legislador. Essa escolha precisa ser assumida como uma questão de teoria política<sup>5</sup>. Isto porque na medida em que o critério de escolha da melhor interpretação possível para o caso é um critério de adequação e justificação da interpretação com base nos princípios mais sólidos e convincentes de moralidade política da comunidade, então a interpretação jurídica só pode ser um empreendimento essencialmente político<sup>6</sup>.

Do mesmo modo que a interpretação artística segue uma teoria estética, a interpretação jurídica segue uma teoria política. E do mesmo modo como a melhor teoria estética oportuniza as melhores interpretações artísticas, a melhor teoria política produz as melhores interpretações jurídicas. As teorias da intenção da lei ou do legislador, por exemplo, são teorias que não colocam a interpretação jurídica em sua melhor luz. Como também os métodos tradicionais de interpretação gramatical, histórica, sistemática e teleológica, são métodos que supõem uma teoria positivista que não revela a melhor virtude do direito<sup>7</sup>.

A interpretação de cláusulas constitucionais, como a igualdade, a liberdade, a dignidade, sempre dependem de uma concepção política a respeito do significado da igualdade, liberdade e dignidade. Uma teoria política liberal pode levar a uma interpretação da igualdade de modo diferente da interpretação operada à luz de uma teoria política conservadora. Nenhuma interpretação jurídica independe de uma teoria política. A questão que se

coloca então é: até que ponto princípios de moralidade política podem justificar uma interpretação do direito?

Em geral, a interpretação jurídica também segue os compromissos políticos com os princípios de moralidade política, com os princípios que justificam um projeto político comum<sup>8</sup>. Os princípios de moralidade política, portanto, podem justificar a diferença entre uma interpretação jurídica melhor e uma pior.

O objetivo ou finalidade da interpretação, portanto, é sempre um objetivo político. Um objetivo de revelar o objeto ou a prática a ser interpretada em sua melhor luz. Não é que não existam várias possibilidades de interpretação do direito, mas somente uma concepção pode oferecer o tipo de unidade e coerência que as outras interpretações não podem fornecer.

Essa é a interpretação correta: Apesar de todas as possibilidades de discussão, de divergência, de dissenso a respeito das várias possibilidades de interpretação do Direito, não se pode ignorar o fato de que existe um ponto de vista, existe uma concepção sempre mais poderosa e convincente do que todas as demais<sup>9</sup>.

Mas como ocorre a escolha dessa concepção? Para Dworkin<sup>10</sup>, a interpretação correta é um exercício de descoberta. Mas não uma descoberta no sentido metafísico, de que a resposta já estaria pronta em algum lugar mais além, mais abstrato, mais ideal, mais transcendental, a partir do qual caberia à decisão apenas encontrar essa resposta para aplicá-la aos casos concretos. A descoberta se refere às convicções morais importantes, que melhor se ajustam à avaliação das nossas práticas comuns. Não se trata simplesmente de fundamentar concepções morais para dar uma luz à interpretação do direito, mas sim de fundamentar a concepção de moral política que melhor permite compreender e julgar as práticas comuns.

## **1.1 Etapas da interpretação jurídica**

Dworkin<sup>11</sup> sistematiza a interpretação jurídica de um modo analítico em três etapas: a pré-interpretação, a interpretação e a pós-interpretação. Em cada uma dessas fases a interpretação requer graus diferentes de consenso.

Na etapa pré-interpretativa são identificados os padrões e as regras que fornecem o conteúdo experimental inerente à prática jurídica. Nessa etapa, a interpretação procura identificar e distinguir a identidade das coisas em relação às demais. Nessa fase, a interpretação exige um alto grau de consenso, porque ela trabalha com fundamento nas pressuposições linguísticas compartilhadas por uma comunidade no dia a dia. Ao se falar de direito, por exemplo, tem que se dar por suposto que não está se falando de economia.

Na fase interpretativa, o intérprete busca identificar e justificar os principais elementos da prática passíveis de serem identificados na etapa pré-interpretativa. A identificação desses principais elementos não precisa ser exaustiva, mas deve ser completa para distinguir a identidade dessa prática de outras e para ajustar-se a essa prática e não criar outra. O intérprete, nesta etapa interpretativa, destaca os elementos que constituem a prática social de modo a ver-se como alguém que interpreta essa prática e não como alguém que inventa uma prática nova<sup>12</sup>.

Já a etapa pós-interpretativa é uma etapa de reformulação da etapa interpretativa. Nessa etapa, o intérprete reformula a sua ideia de modo a ajustá-la àquilo que a prática realmente exige para justificar os elementos que ele aceitou na etapa interpretativa. Essa etapa visa, pois, assegurar um equilíbrio entre as descrições da prática social na fase pré-interpretativa e as justificativas dessa prática que se mostrarem adequadas. Ela procura constituir um equilíbrio entre a justificativa da prática social e as exigências

pós-interpretativas<sup>13</sup>. Assim, a interpretação pode chegar à conclusão de que a prática exige reformulações, como é o caso da necessidade de exceções às regras, de ampliação do alcance destas ou de restrições nesse alcance.

Naturalmente, haverá divergências e controvérsias inevitáveis sobre a exata dimensão da prática social interpretada. E as controvérsias podem ser ainda maiores em relação às justificações da prática. Mas uma pessoa que pretenda interpretar uma prática social precisa partir de hipóteses ou de convicções prévias sobre aquilo que é válido e sobre aquilo que é inválido. Conforme Motta<sup>14</sup> explica, na etapa pré-interpretativa, portanto, precisam existir, no mínimo, convicções prévias, entre os membros da comunidade, sobre o que é válido. Tem que haver um consenso prévio, ao menos de maneira aproximada, sobre as hipóteses e as convicções referentes àquilo que é válido referente à prática social.

É também na etapa pós-interpretativa, que é necessário que existam convicções aproximadas sobre até que ponto a justificativa proposta na etapa interpretativa pode se ajustar às práticas habituais, para que ela possa ser vista como uma interpretação dela e não como invenção de algo novo<sup>15</sup>. Não pode haver muito dissenso, nem muita divergência entre as convicções de distintos membros da comunidade sobre a adequação das justificações da fase pós-interpretativa. Assim, a pré-interpretação é a etapa na qual o intérprete define a prática jurídica. Já a interpretação, segundo Motta<sup>16</sup>, é a etapa na qual o intérprete justifica a prática jurídica e a pós-interpretação é a etapa na qual o intérprete faz um ajuste para adequar ou corrigir a justificação da prática jurídica segundo a melhor interpretação e justificação possível.

Para a terceira etapa – pós-interpretativa – o intérprete vai precisar também de convicções mais substantivas referentes às justificativas capazes de revelar a prática social interpretada em

sua “melhor luz”<sup>17</sup>. É preciso que o intérprete parta de convicções substantivas a fim de que possa identificar, entre as justificativas da prática social interpretada, a que melhor expressa a prática social como interpretação e não como invenção de uma nova prática.

## 1.2 Concepções de interpretação abstrata das práticas jurídicas

Para Dworkin<sup>18</sup>, três concepções de interpretação abstrata das práticas jurídicas influenciam a escolha das convicções morais que autorizam descobrir a resposta adequada do Direito. São elas: o convencionalismo, o pragmatismo jurídico e a concepção de Direito como integridade. A primeira é mais vulnerável, a segunda é mais poderosa e a terceira a mais adequada. E todas elas têm como pano de fundo a necessidade de conciliação entre a previsibilidade e a flexibilidade do direito.

O convencionalismo afirma que existe um elo importante entre direito e coerção, que deve ser condicionado pelo direito. Essa concepção justifica que a força pública seja usada somente em conformidade com os direitos oriundos de convenções políticas anteriores. E justifica isso com o fato de que deve existir previsibilidade do direito, além de equidade processual na imposição de responsabilidades<sup>19</sup>. Sob essa ótica, os direitos são aqueles capazes de se basear em decisões políticas anteriores. Mas, se por um lado os direitos são apenas os previstos em convenções anteriores, por outro, a moral política não exige respeito ao passado, razão pela qual, quando a força da convenção se esgota, as decisões jurídicas devem deixar as convicções do passado da decisão política e buscar a resposta ideal em uma visão prospectiva<sup>20</sup>.

Para a concepção convencionalista, o uso da força do direito só pode ser realizado quando alguma decisão política do passado assim o autorizou explicitamente. E os advogados e juízes

deverão estar de acordo com essa decisão política, ainda que diverjam por convicções morais e políticas<sup>21</sup>. Significa dizer que, a convenção política, cuja decisão se expressa na forma das leis, se sobrepõe às convicções morais e políticas.

O resultado prático dessa perspectiva convencionalista é o de que os juízes devem aplicar a lei independentemente das suas convicções morais e políticas<sup>22</sup>. A prática jurídica é uma questão de respeito a essas convenções políticas, uma questão de respeito à lei e nada mais. Somente no caso de lacunas, o juiz pode decidir recorrendo a valores ou princípios não previstos em convenções políticas. Assim, apenas se houver lacunas a decisão poderá ser discricionária.

Caberia então à decisão, nos casos de lacunas, manter a coerência com as decisões passadas e recorrer a princípios de moral popular – que abrangem tanto a moral pessoal (conjunto de opiniões morais pessoais) quanto a moral política.

O problema do convencionalismo, segundo Dworkin<sup>23</sup>, é que ele não se ajusta às práticas do direito – vale dizer: ele não satisfaz a primeira dimensão da interpretação, que é a dimensão da adequação. Na prática, observa Dworkin<sup>24</sup>, os juízes decidem os casos dedicando “mais atenção às chamadas fontes convencionais do direito (*conventional sources of Law*), como as leis (*statutes*) e os precedentes, do que o convencionalismo permite fazer”.

Enquanto o convencionalismo recomenda que a resposta do direito deve ser encontrada nas convenções políticas, como as leis, e nos casos de lacuna deve ser encontrada em princípios de moral popular, na prática, as decisões jurídicas na maioria das vezes recorrem às convenções, inclusive nos casos de lacuna, através de analogias ou outros métodos de integração. E mais: o convencionalismo afirma que, para se decidir os casos não previstos nas convenções políticas, a decisão deve criar novo direito se valen-

do de princípios de moral popular, sem a necessidade de manter uma coerência entre princípios. Quando termina a convenção política explícita, começam as convicções morais. E por isso, no ponto em que acaba a extensão da convenção explícita, as pessoas começam a ter uma pretensão moral<sup>25</sup>.

Mas o julgamento dessa pretensão moral, na perspectiva convencionalista, não mantém a coerência entre os princípios, mas somente a coerência entre as estratégias. Exemplificando: não é necessário reconhecer a pretensão de indenização por danos morais ambientais porque essa pretensão já está reconhecida pela via da responsabilidade civil geral<sup>26</sup>. A questão da coerência entre princípios de moral política – que é uma questão de suma importância na concepção do direito como integridade – não é considerada nessa perspectiva convencionalista.

Além disso, a exigência de se obedecer às convenções políticas porque elas seriam resultado de consensos políticos é uma suposição sem fundamento, pois o valor de uma lei ou da própria Constituição Federal não está no suposto de uma convenção política, mas sim em uma teoria política bem fundamentada<sup>27</sup>. Os paradigmas que orientam a interpretação não precisam ser convencionados, não precisam de acordo entre os membros que dele participam.

Os paradigmas políticos impactam na interpretação sobre convenções entre os participantes. Para Dworkin, “nada precisa ser estabelecido como uma questão de convenção para que um sistema jurídico possa não apenas existir, mas também florescer. A atitude interpretativa demanda paradigmas para funcionar efetivamente, mas estes não precisam ser questões de convenção”<sup>28</sup>. Basta que o grau de acordo sobre as convicções seja razoável para permitir que se entendam, não que concordem. Até mesmo os métodos de interpretação não são convencionais, mas frutos de práticas jurídicas baseadas em uma teoria política convincente.

Do mesmo modo que o convencionalismo não se ajusta à prática, ele também não se fundamenta adequadamente às nossas práticas – vale dizer, não atende à dimensão da justificação. O convencionalismo não confere uma justificativa convincente para a prática das decisões jurídicas. Isso porque os argumentos que fundamentam a concepção convencionalista estão ligados à ideia da segurança, previsibilidade e equidade processual. Porém, diante de casos difíceis, esses ideais falham na perspectiva convencionalista, pois muitas vezes a decisão jurídica se depara com a necessidade de flexibilizar o direito para encontrar uma resposta justa, adequada aos próprios ideais das convenções políticas. Por essa razão, é necessário que a decisão jurídica busque estabelecer o equilíbrio entre previsibilidade e flexibilidade<sup>29</sup>. A concepção convencionalista não é capaz de estabelecer adequadamente esse equilíbrio.

Já o pragmatismo tem uma visão mais cética do direito. Nega a importância, na prática, de que as decisões jurídicas mantenham uma coerência com as decisões políticas anteriores, isto é, com as leis válidas. E isso garante ao pragmatismo uma concepção de que a decisão jurídica deve flexibilizar o direito para adequá-lo aos sempre novos casos<sup>30</sup>.

O pragmatismo vê uma imagem da prática das decisões jurídicas desvinculada das convenções políticas. Por isso propõe que as decisões jurídicas devem ser mais orientadas para o futuro da comunidade do que para a lei pretérita, sem qualquer necessidade de coerência entre a decisão e o valor das convenções políticas. Esclarece Dworkin<sup>31</sup> que o pragmatismo tem o mérito da flexibilidade. O direito, na sociedade moderna, não tem condições de prever em detalhes todos os casos que sempre apresentam surpresas às convenções políticas do passado. Portanto, é necessário conceber o direito de forma mais flexível, de um modo segundo o qual a decisão jurídica pode renunciar à aplicação pura da lei para

criar o melhor direito para o caso concreto. Em um mundo de incertezas, o ideal de um direito adequado a esse mundo incerto exige a renúncia à certeza da previsibilidade e sua substituição por um direito mais flexível.

As justificativas do pragmatismo estão nos ideais de justiça e de eficiência do direito. Ele substitui a justificação convencionalista do direito, que são as convenções políticas do passado, por ideais de justiça e de eficiência orientados ao futuro, às consequências da decisão<sup>32</sup>. As decisões, aqui, não devem ser guiadas pelo passado das convenções políticas, mas pelos ideais projetados no futuro. E isso exige maior flexibilidade entre a decisão jurídica e as convenções políticas do passado, de modo que a coerência entre as decisões do presente e as do passado deixe de ser um princípio importante para o direito. Essa coerência entre a decisão e a lei ou entre a decisão e as decisões do passado torna-se, ao contrário de sua proposta, um entrave que deve ser abandonado para que as decisões jurídicas possam efetivamente julgar os casos de modo mais adequado, mais atualizado às novas situações da prática.

O pragmatismo nega que as pessoas tenham direitos antes de uma decisão jurídica que os reconheça. Já o convencionalismo reconhece os direitos aceitos na comunidade. O pragmatismo “nega que as pessoas tenham quaisquer direitos; ele parte da visão de que elas nunca terão direito àquilo que seria pior para a comunidade apenas porque alguma legislação dessa forma dispôs ou porque uma extensa fileira de juízes assim decidiu para outras pessoas”<sup>33</sup>.

Não se trata, portanto, de questões de decisão discricionária sobre casos difíceis porque a lei não é clara ou porque há lacunas. O pragmatismo chama a atenção para a necessidade de não aplicar uma determinada lei quando as consequências práticas dessa aplicação se mostrarem inadequadas para a comunidade.

Porém embora o pragmatismo tenha a vantagem da flexibilidade do Direito, ele tem também uma série de problemas. As decisões jurídicas, por essa perspectiva, inventam novas regras para o futuro de acordo com as convicções subjetivas do juiz sobre o que é melhor para a sociedade como um todo. As decisões jurídicas são realizadas desprezando os direitos que decorreriam da coerência com leis ou precedentes anteriores. Com fundamento no ideal de fazer uma comunidade melhor, o pragmatismo deixa livre para a decisão jurídica decidir sobre os meios e os fins para o êxito desse ideal<sup>34</sup>.

As razões pragmáticas são puramente estratégicas. São baseadas no êxito dos objetivos reunidos sob a concepção de que a decisão jurídica deve realizar a melhor comunidade possível, deve sempre tentar fazer o melhor possível, nas circunstâncias dadas, para o futuro, sem qualquer compromisso com a coerência de princípio com aquilo que outras autoridades públicas já fizeram ou planejam fazer.

Posner<sup>35</sup> observa que o pragmatismo se ajusta muito melhor do que o convencionalismo como uma concepção do que realmente acontece na prática dos tribunais (dimensão da adequação). Como descrição, o pragmatismo se encontra mais sensível a como os juízes realmente decidem. Mas como fundamentação dessa prática, o pragmatismo falha (dimensão da justificação), pois a concepção de que a decisão jurídica não precisa manter nenhuma coerência com convenções políticas anteriores para realizar seu ideal de decisões adequadas, para fazer uma melhor comunidade possível, não é convincente.

A razão do pragmatismo é apenas estratégica. Faltam-lhe princípios capazes de justificar com muito mais força a prática das decisões judiciais. E além disso, não se pode equilibrar os ideais de previsibilidade e flexibilidade do direito apostando tudo

somente na flexibilidade. A previsibilidade também é importante. E é tão importante quanto a flexibilidade<sup>36</sup>.

O pragmatismo, nesse campo, não proporciona esse equilíbrio. Se o convencionalismo preza muito pela previsibilidade, comprometendo assim a flexibilidade capaz de garantir decisões mais adequadas aos ideais de eficiência e justiça da decisão, o pragmatismo preza muito pela flexibilidade, comprometendo, assim, o equilíbrio necessário entre segurança e adequação. Tendo em vistas as deficiências tanto da concepção convencionalista quanto da concepção pragmatista, Dworkin<sup>37</sup> vai apostar suas fichas em uma nova concepção de direito, que ele propõe sob o nome de *integrity*.

Tal como o convencionalismo, o Direito como integridade é uma concepção que valoriza a coerência entre as decisões jurídicas e as pretensões juridicamente asseguradas por decisões políticas do passado. Mas diferentemente do convencionalismo, a concepção do Direito como integridade justifica essa exigência de coerência entre a decisão e a lei. Mas não no sentido semântico, e sim no sentido de decisão política. Não no fato de ser necessária a previsibilidade, a segurança jurídica e a equidade processual, mas sim porque essa coerência é necessária para garantir a igualdade entre os cidadãos.

E não se trata de qualquer igualdade, como as velhas concepções de igualdade formal e material. Trata-se de um tipo especial de igualdade, que é a igualdade de cidadania, aquela igualdade entre cidadãos que “torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificação moral para exercer o poder político que exerce”<sup>38</sup>. E mais: enquanto a concepção convencionalista afirma que a decisão jurídica deve se conformar às decisões políticas do passado até que a força dessas convenções políticas se esgotem, a concepção do direito como integridade afirma, igualmente, que direitos e deveres decorrem de decisões políticas anteriores,

mas não decorrem só disso. Os direitos e deveres têm valor legal não apenas quando decorrem de decisões políticas anteriores, ou quando se encontram explícitos nas decisões políticas anteriores, mas também quando decorrem de princípios de moral pessoal e de moral política.

Para Dworkin<sup>39</sup>, é essa concepção de direito como integridade que deve justificar a prática das decisões jurídicas. Pois é fato que apenas as decisões que cumprem o disposto nas convenções políticas e precedentes anteriores, mas que também condigam incorporar os princípios de moral pessoal e de moral política no momento de sua justificação, são decisões que podem ser chamadas de decisões corretas. Assim, é nessa concepção que Dworkin vai investir a possibilidade da resposta correta no direito.

## Conclusão

Chegando ao final deste artigo, foi possível compreender que se o profissional do Direito ficar preso ao ideal positivista da segurança linguística do Direito, apostando tudo na lógica da sintaxe, sempre haverá, como na interpretação literária, diversas possibilidades de interpretação jurídica igualmente corretas. Mas igualmente corretas somente do ponto de vista da lógica da sintaxe e da lógica das análises linguísticas. Contudo, se este profissional abandonar essa questão positivista de análise linguística, será possível ver que o Direito é muito mais que apenas uma questão lógica de análise semântica, é muito mais que apenas uma questão empírica de ver se a descrição dos fatos se subsume na descrição dos textos jurídicos.

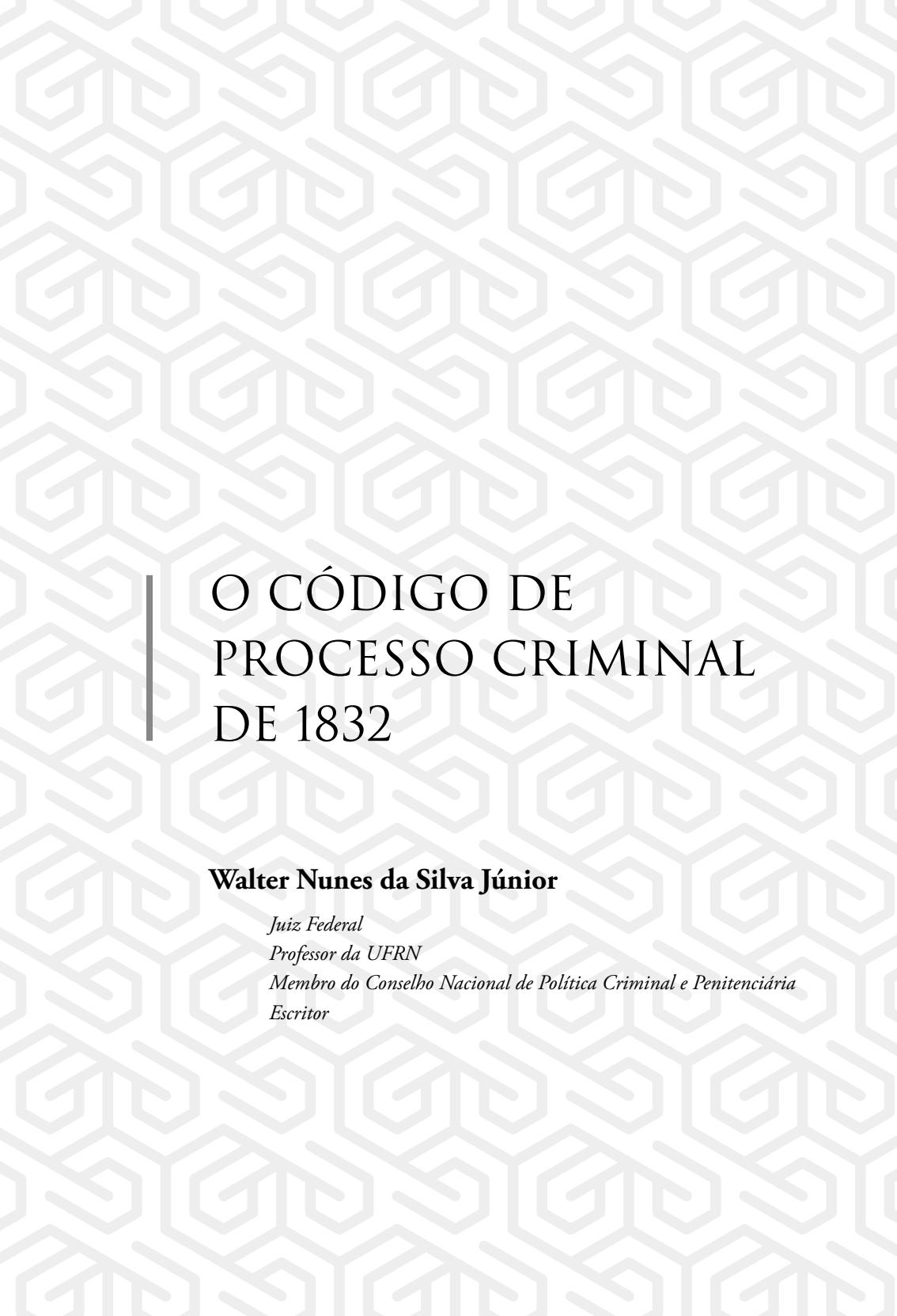
Se os operadores do Direito conseguirem superar as análises linguísticas do positivismo jurídico, será possível ver que o Direito é uma atitude interpretativa. E como tal, sempre haverá uma melhor interpretação e uma pior interpretação. E assim é

possível decidir, entre as várias interpretações possíveis, aquela que melhor revela a virtude do Direito. E ao mesmo tempo, pode-se excluir as interpretações que esvaziam o verdadeiro valor do Direito, que só mostram o que o Direito tem de pior.

## Notas

- 1 SERRANO, Pablo Jimenéz. **Hermenêutica e interpretação jurídica:** a contribuição hermenêutica nos processos de interpretação e de concretização do direito moderno. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2019, p. 29.
- 2 STRECK, Lenio L. Questionando o ativismo judicial ou “de como necessitamos de uma teoria da decisão”. **Revista Direito e Paz**, Lorena, n. 30, p. 11-46, jan./ jul., 2014, p. 13.
- 3 DWORKIN, Ronald. Is there really no right answer in hard cases? In: \_\_\_\_\_. **A matter of principle**. Cambridge (USA): Harvard University Press, 2000, p. 152.
- 4 DWORKIN, Ronald. Is there really no right answer in hard cases? op. cit., p. 153.
- 5 SCHELEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica:** arte e técnica da interpretação. 10. ed. Tradução Celso Reini Braida. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 46.
- 6 DWORKIN, Ronald. Is there really no right answer in hard cases? op. cit., p. 161.
- 7 VALENTE, Victor A. Estevam. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 63.
- 8 PINTO, Joana Paza. Pragmática. In: MUSSALIM, Fernanda; BENTES, Anna Christina (Orgs.). **Introdução à Linguística, Domínios e Fronteiras**. 8. ed. São Paulo: Editora Cortez, 2012. v. 2. p. 49.
- 9 AMATO, Lucas Fucci. O debate sobre interpretação na teoria do direito contemporânea: Convencionalismo (Mamor) versus interpretativismo (Dworkin). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 115, p. 313-334, Jan.-Dez., 2020, p. 315.
- 10 DWORKIN, Ronald. Is there really no right answer in hard cases? op. cit., p. 162.
- 11 DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 65.
- 12 DWORKIN, Ronald. Is there really no right answer in hard cases? op. cit., p. 163.
- 13 MOTTA, Francisco J. B. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.123.
- 14 Ibidem, p. 124.
- 15 DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. op. cit., p. 66.
- 16 MOTTA, Francisco J. B. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. op. cit., p. 126.
- 17 DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. op. cit., p. 67.
- 18 Ibidem.

- 19 MACEDO JR., Ronaldo Porto. A Crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua Relevância: Um Esquema de Crítica Conceitual. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 47, p. 128-155, Dez., 2015, p. 130.
- 20 DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. op. cit., p. 68.
- 21 MOTTA, Francisco J. B. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. op. cit., p. 129.
- 22 AMATO, Lucas Fucci. O debate sobre interpretação na teoria do direito contemporânea: Convencionalismo (Mamor) versus interpretativismo (Dworkin). op. cit., p. 333.
- 23 DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. op. cit., p. 130.
- 24 Ibidem.
- 25 Ibidem., p. 131.
- 26 AMATO, Lucas Fucci. O debate sobre interpretação na teoria do direito contemporânea: Convencionalismo (Mamor) versus interpretativismo (Dworkin). op. cit., p. 317.
- 27 DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. op. cit., p. 137.
- 28 Ibidem, p. 138.
- 29 Ibidem, p. 137.
- 30 SILVA, Jorge Francisco da; EFKEN, Karl Keinz. Pragmatismo e linguagem: fundamentos de um pragmatismo lingüístico segundo o pensamento de Pierce, James e Dewey. **Entremeios: Revista de Estudos do Discurso**, v. 21, jun., 2020.
- 31 DWORKIN, Ronald. Is there really no right answer in hard cases? op. cit., p. 165.
- 32 DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. op. cit., p. 139.
- 33 Ibidem, p. 150.
- 34 SILVA, Jorge Francisco da; EFKEN, Karl Keinz. Pragmatismo e linguagem: fundamentos de um pragmatismo lingüístico segundo o pensamento de Pierce, James e Dewey. op. cit.,
- 35 POSNER, Richard. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 238.
- 36 PINTO, Joana Paza. Pragmática. op. cit., p. 51.
- 37 DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. op. cit., p. 95.
- 38 DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. op. cit., p. 96.
- 39 Ibidem.



# O CÓDIGO DE PROCESSO CRIMINAL DE 1832

**Walter Nunes da Silva Júnior**

*Juiz Federal*

*Professor da UFRN*

*Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*

*Escritor*



## **1. Primeiras palavras**

No número anterior desta Revista, produzi o texto sobre *O (in)devido processo legal criminal nas ordenações filipinas*. Nas considerações finais daquele texto, foi ressaltado que, a despeito de a declaração de independência do Brasil ter ocorrido em 7 de setembro de 1822, a nossa primeira Constituição somente foi outorgada em 25 de março de 1824, pelo Imperador D. Pedro I. No rol da declaração de direitos foi abolida a tortura, os açoites, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis, rompendo com o chamado o *direito penal do terror*, aqui normativo pelas Ordenações Filipinas. Para demarcar o rompimento com o direito anterior a Carta Imperial contemplou, dentre os direitos fundamentais, a determinação de que fosse elaborado, o quanto antes, os códigos criminal e processual criminal, tendo como suporte *as sólidas bases da justiça e da equidade* (art. 179, XVIII).

Ainda assim, enquanto não fossem editados os respectivos códigos, ficou consignado que as Ordenações Filipinas continuariam vigendo. Nesse intervalo de tempo, no afã de amenizar o rigorismo das Ordenações, normas tópicas foram sendo introduzidas, merecendo destaque o Aviso de 15 de novembro de 1828, com o qual o Imperador, sensibilizado com os muitos súditos que se encontravam presos sem a observância dos *sólidos princípios da justiça e da humanidade*, ditou garantias processuais relativas à prisão (ALMEIDA JÚNIOR 1959, p. 166-167).

Diante da extrema necessidade de alterar o estado de coisas de então, o legislador brasileiro se apressou em elaborar o Código Criminal (Lei de 16 de dezembro de 1830) e, na sequência, o

Código de Processo Criminal de Primeira Instância (Lei de 29 de novembro de 1832)<sup>1</sup>, editados, respectivamente, pouco mais de 6 (seis) e 8 (oito) anos após a vigência da Constituição de 1824. Essa pressa foi criticada por Cândido Mendes (1870, p. V), dizendo que o CPCrim apresentou-se *deficientíssimo* “e exhibe em si a prova de que foi elaborado com pressa, e sem a madureza que taes commettimento demandão; máxime depois dos abalos por que o Paiz acabava de atravessar” (1870, p. V).

Ademais, disso, em razão do pensamento conservador, o CPCrim de 1832 foi considerado progressista demais para a época, em dissonância com a realidade cultural, política, social e jurídica de então, notadamente por ter previsto, como regra, o julgamento dos crimes pelo tribunal do júri. Merece realce, porém, o título do código: *Código de Processo Criminal*, revelando que o foco era mais com o crime do que a pena, diferente da terminologia da legislação atual, nominada como *Código de Processo Penal*, o que denota a sua ideologia *punitivista*.

Mas, de outra banda, o novo diploma normativo recebeu o aplauso das comunidades política e jurídica brasileiras que queriam romper com o sistema opressor das *Ordenações Filipinas*, herança normativa do absolutismo, que tinha o direito criminal como instrumento de demonstração do pleno domínio do Estado sobre a pessoa do acusado.

O CPCrim continha 355 (trezentos e cinquenta e cinco) artigos e mais 27 (vinte e sete) dispositivos sob a rubrica *disposição provisória acerca da administração da justiça civil*, que diziam respeito à jurisdição cível, reunidos na última parte, denominada *título único*. Estava estruturado em duas partes, denominadas *parte primeira* e *parte segunda*. O título I ficou na *parte primeira*, dividido do capítulo I ao IV, sendo estes separados por seções. A *parte segunda* começava com o título II indo até o título VI, ademais de conter, no final, como se disse assim, um *título único*

para dispor sobre a administração da justiça civil. Esses títulos também estão divididos em capítulos e os capítulos em seções.

A chamada *parte primeira*, sob a nomenclatura *da organização judiciária*, iniciava no art. 1º e ia até o art. 53, contendo 6 (seis) capítulos, todos fazendo parte do título I, cuja rubrica era “De varias disposições preliminares e das pessoas encarregadas da administração da Justiça Criminal, nos Juízos de Primeira Instancia”. Os capítulos da *parte primeira* estavam assim divididos: capítulo I (Disposições preliminares); capítulo II (Das pessoas encarregadas da administração da justiça criminal em cada distrito), subdividido em: secção primeira (Dos juízes de paz), secção segunda (dos escrivães de paz), Secção Terceira (Dos inspectores de quarteirões), secção quarta (Dos oficiais de justiça dos juízos de paz); capítulo III (Das pessoas encarregadas da administração da justiça dos termos), subdividido em: secção I (Dos jurados), secção II (Dos juízes municipais), seção III (Dos promotores públicos) e secção IV (Dos escrivães, e oficiais de justiça dos juízes municipais; capítulo IV (Dos juízes de direito); e capítulo V (Disposições gerais).

Como se vê, essa primeira parte continha basicamente apenas as disposições sobre a organização judiciária. Por isso mesmo, a *parte segunda* do CPCrim, que tinha o *nomem juris da forma do processo*, era bem mais extensa, indo do art. 54 ao 355. Tratava da formação de culpa até o julgamento pelo Tribunal do Júri. A organização dos títulos era a seguinte:

(a) *Título I (Do processo em geral): capítulo I (Da prescrição); capítulo II (Das audiências); capítulo III (Das suspeições e recusações); capítulo IV (Da queixa e denúncia); capítulo V (Da citação); capítulo VI (Das provas); capítulo VII (Da acareação, confrontação e interrogatório); capítulo VIII (Das fianças).*

*(b) Título II (Do processo sumário): capítulo I (Do passaporte); capítulo II (Dos termos de bem viver e de segurança); capítulo III (Da prisão sem culpa formada e que pode ser executada sem ordem escrita); capítulo IV (Da formação de culpa); capítulo V (Da denúncia dos crimes de responsabilidade dos empregados públicos e forma do processo respectivo); capítulo VI (Da ordem de prisão); capítulo VII (Das buscas), capítulo VIII (Da desobediência); capítulo IX (Das sentenças no Juízo de Paz); capítulo X (Das Juntas de Paz).*

*(c) Título IV (Do processo ordinário): capítulo I (Da acusação), seção primeira (Dos preparatórios da acusação), seção segunda (Dos preparatórios para formação do 1º Conselho de Jurados), seção terceira (Da formação do 1º Conselho de Jurados ou Júri de Acusação), seção quarta (Da conferência do 1º Conselho de Jurados ou Júri de acusação); capítulo II (Do 2º Conselho de Jurados ou Júri de Sentença); capítulo III (De várias disposições comuns do Júri de Acusação e de Sentença e peculiaridades aos casos de abuso da liberdade de exprimir os pensamentos); capítulo IV (Dos recursos).*

*(d) Título V (Disposições gerais), título VI (Da ordem de Habeas Corpus) e título único (Disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil) eram os últimos do CPCrim.*

Para além de chamar a atenção a circunstância de serem inseridas normas sobre a jurisdição cível, pois não tinha sido editado, ainda, o código de processo civil, note-se que não havia regra ou parte do CPCrim pertinente à execução penal, pois, àquela época, o cumprimento da pena era uma medida meramente administrativa<sup>2</sup>, o que, de certo modo, guiou os passos do legislador do CPP de 1941, como será expêndido no item 5.4.7, infra. A

jurisdicionalização ou processualização da execução da pena só ocorreu em nosso meio com a edição da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (SILVA JÚNIOR 2020, p. 52-53).

A despeito da herança portuguesa, o CPCrim de 1832, quanto ao procedimento, foi uma adaptação do Código de Napoleão, editado em 1808 (TOURINHO FILHO 1984, p. 71). Como se verá mais adiante, a conotação liberal da nova codificação ficou evidenciada com a previsão dos julgamentos pelo tribunal do júri, uma verdadeira virada copérnica em nosso meio, na medida em que, até então, as decisões eram tomadas por juízes que não tinham independência em relação à Coroa Portuguesa ou ao Imperador. Àquela época, a forma alvitrada por Montesquieu e Beccaria para obter a separação entre quem acusa e julga era atribuir o julgamento dos crimes à soberania popular. Por isso mesmo, como pontua Maurício Zanoide (2010, p. 76), a partir do movimento iluminista, os sistemas processuais dos países passaram a ser fortemente influenciados pela experiência inglesa, sob a orientação dos princípios da oralidade, do contraditório, da imediatidate das provas e, notadamente, julgamento pelo júri popular.

Mas, apesar do viés liberal, o CPCrim ainda fosse muito severo, especialmente quanto ao tratamento conferido ao acusado, chamado de *criminoso ou delinquente* desde a investigação, ademais de não render homenagens aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal.

Para além disso, há de se observar que os cursos jurídicos no Brasil foram criados em 1827. A graduação em direito estava circunscrita aos ensinamentos recebidos na Universidade em Coimbra, controlada pelos jesuítas, ou seja, bastante arraigados às concepções religiosas, conservadoras e centralizadoras do poder, em que pese a difusão das ideias iluministas. Por conseguinte, o pensamento liberal iluminista francês, ao tempo em que

encantou as elites intelectuais brasileiras para dar sustentação ao movimento de independência do país, foi filtrado pela formação cultural, pela realidade política e pela estrutura socioeconômica brasileiras. O nosso liberalismo, desde os seus primeiros passos, se apresenta como um *liberalismo conservador* – se é que isso é possível. Forte nessa observação, pode-se afirmar que o liberalismo no Brasil foi utilizado como doutrina útil para justificar o *anticolonialismo*, dividindo-se os seus adeptos em *liberais conservadores* e *liberais radicais*, com clara preponderância dos primeiros, cuja preocupação central era diminuir o poder do monarca para transferi-lo para as suas mãos, sem compartilhar com as classes mais pobres e muito menos proporcionar maior participação política (FREITAS 2002, p. 228).

É o que Ricardo Brito (2002, p. 227) denomina *liberalismo formal*<sup>3</sup>. Foi, e ainda é, um liberalismo fraco, de feição *egocêntrica*, individual e elitista. Essa peculiaridade do liberalismo nacional fomentou um Estado *conservador, mandonista e patrimonialista*, de modo que a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se fez sentir em nosso meio (HOLANDA 1997, p. 160). Ao contrário da máxima *direitos para todos*, direitos para *mim*, para *os meus* e para as pessoas *próximas a mim* e para as quais querro *bem*; ou seja, não é um liberalismo fundado em uma cultura humanística universal, inerente ao ser humano, é um liberalismo em que os direitos essenciais à condição humana são *individuais*, são meus e dos meus e para os meus entes queridos, enfim para quem *eu* tenho empatia, para os *homens de bem*. Os direitos não são *fundamentais*; são individuais, destinados para os que merecem, pelo que não são declarados, precisam ser *conquistados*, sendo *conditio sine qua non* a pessoa ser considerada um *homem de bem*. Assim, tem-se o *direito penal do e para o amigo* e, de outra banda, o *direito penal do e para o inimigo* (JAKOBS e MELIÁ 2003). Enfim, o direito não é para todos.

Esse traço cultural e político, bastante perceptível no CP-Crim de 1832, até mesmo em relação à linguagem marcadamente punitivista, está presente ainda hoje em nosso discurso normativo, reproduzido pelo CPP de 1941.

## **2 A investigação, a ação penal e o julgamento pelo juiz de paz**

O CPCrim previa dois tipos de procedimento: o sumário e o ordinário. Na parte que tratava do *processo sumário*, eram traçadas as regras que deveriam ser observadas pelo juiz de paz como uma espécie de autoridade policial, incumbido de atuar na prevenção de delitos e na condução das investigações – tal como posteriormente o CPP de 1941 passou a disciplinar sob o nome de *inquérito policial* – tendo a atribuição de coletar as provas para a *formação da culpa* e, assim, proferir a decisão de *pronúncia*. De soslaio, nos capítulos IX e X, ditou o rito a ser observado quando, para além da atribuição de investigar, a competência para o julgamento era confiada ao juiz de paz, que concentrava em suas mãos os poderes de *investigar* e *julgar* determinados crimes. Com perspicácia, Romeu Pires de Campos Barros salienta que o CPCrim, do art. 144 ao 227, contemplava, “em promiscuidade, matérias pertinentes à organização judiciária, ações cautelares, procedimentos especiais e contravenccionais, tudo com a denominação de processo sumário” (1987, p. 127-128). De qualquer sorte, Galdino Siqueira alertava que o procedimento sumário era a contraposição ao procedimento ordinário, compreendendo todos os outros ritos (1937, p. 512).

O CPCrim não usava a expressão *investigação* ou *inquérito policial*. No capítulo IV versava sobre a *formação da culpa*. Veja-se a nomenclatura empregada. Não se disse que essa fase servia para a investigação dos fatos ilícitos. O *nomem juris* do capítu-

lo era “Da formação da culpa”. Todavia, a bem da verdade, essa formação de culpa era uma mescla de fase investigatória e primeira parte do processo criminal, muito provavelmente experiência aproveitada pelo legislador do CPP de 1941 para formatar o então procedimento sumário, referente às contravenções penais, posteriormente estendido aos homicídios e lesões corporais culposos, pela Lei nº 4.611, de 2 de abril de 1965. O juiz de paz era o incumbido de realizar a apuração dos crimes, cabendo-lhe promover, de ofício, a formação do *auto de corpo de delito*, quando se tratava de crime de iniciativa pública, e mediante requerimento da parte, quando o início do processo desafiava queixa (arts. 138 e 139 do CPCrim)<sup>4</sup>.

A investigação, portanto, não era da alçada da autoridade policial. Cabia ao juiz de paz realizar a investigação. Era o *juiz investigador*, com semelhança ao *juízo de instrução* francês<sup>5</sup>. Essa formação de culpa era complexa. Era como se comportasse duas fases, ambas perante o juiz de paz. Na primeira fase da formação de culpa, o juiz de paz, tendo notícia da ocorrência do crime, cuidava de coletar os vestígios, formando o auto de corpo de delito ainda com o depoimento de testemunhas sobre a existência do fato e das suas circunstâncias (art. 134 do CPCrim).

Essa atividade investigatória realizada pelo juiz de paz não tinha nenhuma espécie de controle. Sendo a um só tempo juiz e investigador, o juiz de paz podia realizar todas as diligências que entendesse necessárias, a fim de descobrir a verdade. Mesmo quando, posteriormente, a atividade investigatória foi passada para a autoridade policial, a despeito das garantias constitucionais previstas na Constituição de 1824, as quais não passavam de meros princípios, destituídos de força normativa, ela podia determinar as buscas em domicílios, sem que para tanto houvesse necessidade de prévia ordem judicial. Por isso mesmo, conquanto houvesse a garantia da inviolabilidade do domicílio, o juiz de paz

ou a autoridade policial, durante a investigação, com suporte em *veementes indícios* decorrentes de *juramento da parte* ou de alguma *testemunha*, podia determinar a realização de busca domiciliar ou local (art. 190 do CPC).

Depois dessa apuração inicial, era apresentada a queixa ou denúncia perante o mesmo juiz de paz, que a mandava autuar, a fim de iniciar a instrução, mediante a oitiva de até 5 (cinco) testemunhas, que tivessem tido notícia quanto à existência do crime e de quem fosse o *criminoso* (art. 140 do CPCrim). A grande mudança foi a abolição das *devassas gerais e especiais*, assim como as *querelas*. No lugar das querelas, vieram as *queixas*, que poderiam ser acionadas não só pelo ofendido, como ainda pelo pai, mãe, tutor, curador e cônjuge (art. 72 do CPCrim). A *denúncia*, no sistema do Código de Processo Criminal, passou a designar a ação promovida pelo promotor público<sup>6</sup> ou então por qualquer do povo, que possuía legitimidade concorrente (art. 74 do CPCrim), prestigiando, nesse sentido, o sistema acusatório. No entanto, no art. 141 estava dito que, “Nos casos de denúncia, ainda que não haja denunciante, o juiz procederá á inquirição de testemunhas na fórmula do artigo antecedente”. Assim, o juiz de paz, nesse caso, investigava e dava início, ex officio, à segunda fase da formação de culpa.

A denúncia, intentada pelo promotor público<sup>7</sup> ou por qualquer do povo era cabível nas seguintes situações, podendo ser substituída, como dito, no caso de omissão, pela iniciativa do juiz de paz: (a) nos crimes inafiançáveis; (b) nos crimes de peculato, peita, concussão, suborno ou qualquer outro de responsabilidade; (c) nos crimes contra o Imperador, Imperatriz ou algum dos Príncipes, Princesas da Imperial Família, Regente ou Regência; (d) em todos os crimes públicos; e (e) nos crimes em que o *delinquente* estiver preso em razão do flagrante, quando não houver quem o acuse (art. 74, §§ 1º, 2º, 3º, 4º 5º e 6º do CP-

Crim). Assim, no sistema do Código de Processo Criminal, a *denúncia* não era privativa do Ministério Público, primeiro porque qualquer do povo possuía legitimidade concorrente (art. 74 do CPCrim), com a adoção do chamado *sistema democrático*, diretriz desprezada pelo CPP de 1941 que, no ponto, adotou o *princípio da oficialidade*<sup>8</sup>. Segundo pelo fato de o mesmo juiz que fazia a investigação inicial poder iniciar essa fase *judicial* da formação de culpa, impulsionando a persecução criminal como se parte fosse.

A queixa ou a denúncia tinha de ser escrita, contendo a assinatura do queixoso ou denunciante, acompanhada dos documentos ou *justificação*, atestando a existência do fato ou, então, de declaração afirmado a impossibilidade quanto à apresentação de algumas dessas provas (art. 152 do CPCrim). Observe-se que esse dispositivo foi reproduzido, em parte, no CPP de 1941, pois o seu art. 513 dispõe que, quando se trata de crime de responsabilidade dos funcionários públicos, a queixa ou denúncia deve ser “instruída com documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou com declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas”.

Realizada a audiência para ouvir as testemunhas, caso ficasse convencido da *existência do crime* e de quem era o *delinquente*, por meio de *despacho*, que era, em verdade, a decisão de pronúncia, deveria o juiz de paz  *julgar procedente* a queixa ou a denúncia, com consequente lançamento do nome do *delinquente* no *livro para isso destinado*, sem prejuízo da determinação de sua prisão (arts. 144 e 146 do CPCrim). Observe-se que a *formação da culpa* ocorria com a pronúncia, que, a um só tempo, encerrava a fase da investigação propriamente dita e dava início ao processo. Isto é, a *culpa* restava caracterizada com a conclusão dessa segunda fase. Por conseguinte, sob a regência do CPCrim, a *culpa formada*, declarada pela decisão de pronúncia proferida pelo juiz que cuidava da investigação, gerava a *presunção de culpabilidade*, a ponto de

justificar que o nome do imputado fosse lançado no rol dos culpados, assim como para determinar a prisão do autor do crime.

Com essa formalidade, era vencida a garantia constitucional, proclamada na segunda parte do art. 179, VIII, segundo a qual “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na lei”. Portanto, para além de gerar como consequência o lançamento do nome do *delinquente* em livro destinado para esse fim, isso, por si só, já implicava, caso não estivesse o infrator preso, no recolhimento à prisão. A única exceção quanto ao recolhimento à prisão como efeito imediato da pronúncia era a hipótese do inciso IX, quando era caso em que cabível fiança ou crimes em que a pena máxima não fosse superior a 6 (seis) meses de prisão ou de desterro para fora da comarca.

Em suma, importa observar, ainda, que o juiz de paz tinha o poder de investigar, podia agir em nome do Ministério Público, quando não oferecida a denúncia, e tinha a competência para fazer o juízo de admissibilidade da ação penal, por meio da decisão de pronúncia que, como dito, acarretava, via de regra, o lançamento do nome do autor do crime no rol de culpados, sob a pecha de delinquente, e o seu recolhimento à prisão, se detido já não estivesse. Note-se que essa disposição normativa, de certa forma, foi seguida pelo legislador do CPP de 1941, ao estabelecer como efeitos da decisão de pronúncia, preservada apenas para o rito do tribunal do júri, o lançamento do nome do réu no rol dos culpados e a sua prisão, caso solto estivesse (art. 408, § 1º e 2º, com a redação originária). O mesmo se diga quanto à sentença condenatória, cujos efeitos em relação ao registro no rol dos culpados e ao recolhimento à prisão se davam antes do trânsito em julgado (art. 393 do CPP). Esses dispositivos, tão logo vigente a Constituição de 1988, em razão da previsão expressa dentre os direitos fundamentais do princípio da presunção de inocência,

foram considerados revogados e, posteriormente, formalmente excluídos do nosso direito positivo<sup>9</sup>.

O CPCrim prescrevia um procedimento especial quanto à formação de culpa, quando se tratava de crime da responsabilidade dos empregados públicos, o que também influenciou o legislador do CPP de 1941, no sentido de estipular regras específicas para os delitos praticados por quem ostenta essa condição, sob a rubrica “Do processo e do julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos” (art. 513 a 518). A competência para a formação de culpa dependia da prerrogativa de função atribuída, de modo que poderia ser do Supremo Tribunal de Justiça, dos Tribunais de Relação, dos Conselhos Militares, das Justiças Eclesiásticas ou mesmo do juiz de primeiro grau (art. 155, § 1º ao § 4º)<sup>10</sup>. Nesse caso, a decisão de pronúncia tinha como efeito imediato (a) ficar o pronunciado sujeito à acusação criminal; (b) suspender o pronunciado do exercício das funções públicas; (c) prender o pronunciado ou conservá-lo na prisão, salvo se se tratasse de crime afiançável; e (d) suspender a metade do ordenado ou do soldo, cuja perda total ocorria caso, no final, não fosse absolvido. É de se notar que também nesse procedimento especial a decretação da prisão era um efeito necessário da pronúncia quanto aos crimes inafiançáveis, ou seja, a mera admissão da ação penal tinha o condão de levar o acusado à prisão, como uma espécie de *prisão obrigatória*. Aqui, mais uma vez, cabe a observação de que essa previsão normativa tinha como *background* o a *presunção de culpa*, firmada pela decisão de pronúncia (art. 165, § 1º ao § 4º, do CPCrim).

Veja-se que, qualquer que fosse o rito ou a instância que cuidasse da formação de culpa, a decisão de pronúncia representava, propriamente, o início do processo, pois se tratava da admissibilidade da acusação. Era como se o processo judicial propriamente dito só tivesse início após a admissibilidade da ação pe-

nal, não com o seu ajuizamento. Talvez aí esteja a explicação para o fato de juízes mais antigos, sob a regência do CPP de 1941, determinarem a autuação da denúncia ou queixa nos próprios autos do inquérito policial, só cuidando de instaurar o processo se e após a decisão de seu recebimento.

Assim, instaurado o processo, o acusado, de regra, era recolhido à prisão, aí permanecendo até o seu final. O só fato de existir o processo já era justificativa para implicar no recolhimento do acusado à prisão e no lançamento do seu nome no rol dos culpados, como se um deles já fosse. Apresentava-se como uma forma antecipada de cumprimento da prisão, até porque, como se disse, o acusado, a partir daí, era presumido culpado. Pior ainda, persistindo na ideia da *presunção de culpabilidade*, caso o juiz, ao invés de pronunciar, proferisse sentença de impronúncia, tinha de *apelar de ofício* para o Tribunal da Relação do respectivo distrito (art. 167 do CPCrim). Veja-se a lógica invertida. O *duplo grau necessário de jurisdição* ocorria no caso de *impronúncia*, isto é, quando a ação não era aceita, não havendo, portanto, a formação ou conclusão inicial quanto à culpa. A necessidade de confirmação da sentença de impronúncia pela instância superior para que, enfim, tivesse validade, reforça, ainda mais, a assertiva de que o legislador foi orientado, consciente ou inconscientemente, por uma presunção de culpabilidade. Todavia, ainda há o destaque de que, na hipótese, essa *presunção* existia mesmo sem a *culpa formada*, na medida em que o agente, nesse caso, não era, sequer, pronunciado. De mais a mais, pelo que se comprehende sobre a sistemática prisional do CPCrim, se o acusado estivesse preso, mesmo impronunciado, ele permanecia recolhido à prisão, nos casos em que cabível o encarceramento independentemente de culpa formada.

Seguindo a mesma ideia, ainda que admissível, no prazo de 10 (dez) dias, recurso da decisão de pronúncia, a impugnação

recursal era desprovida de efeito suspensivo. Ou seja, a despeito da interposição de recurso da pronúncia, o acusado, ainda assim, era preso e tinha o seu nome lançado no rol dos culpados, o que, uma vez mais, evidencia não ter o legislador feito concessões ao princípio da presunção de inocência. A mera admissibilidade da acusação, ainda que impugnada, era o bastante para autorizar a prisão do acusado.

Essas previsões, como se vê, eram de todo incompatíveis com o princípio da presunção de inocência, o qual não fora, como já salientado, incluído no rol dos direitos fundamentais da Constituição de 1832. Ainda assim, o CPCrim foi criticado pelo seu *excessivo liberalismo*, a ponto de se apresentar para alguns como um *extenso catálogo de direitos*, conforme Francisco Campos asseverou na exposição de motivos do CPP de 1941, a justificar a necessidade de alterar a legislação processual criminal para se tornar um instrumento mais contundente quanto à *defesa dos interesses da sociedade* e ter maior *eficiência* na punição dos infratores.

Essas regras referentes à formação de culpa, conquanto estivessem disciplinadas na parte referente ao procedimento sumário, eram aplicáveis, ao procedimento ordinário, pertinente para o julgamento feito pelo tribunal do júri. Nesse caso, que era a regra, a competência do juiz de paz se encerrava com a decisão de pronúncia e consequente remessa dos autos para o júri de acusação.

Todavia, era da competência do juiz de paz, para além da função investigativa, julgar as contravenções praticadas contra as posturas das Câmaras Municipais e os crimes para os quais não prevista pena maior do que a de multa de até 100 (cem) mil réis, degredo ou desterro de até 6 (seis) meses ou de 3 (três) meses de em casa de correção ou em oficinas públicas (art. 12, § 8º, do CPCrim). As regras específicas ao processo sumário, ou melhor,

procedimento sumário, eram as que discorriam sobre o rito para o julgamento pelo juiz de paz. Pois bem, nesses casos, após oferecida a denúncia ou queixa, com a pronúncia, o juiz de paz deveria determinar a citação do *delinquente* para comparecer a sua primeira audiência, com a advertência legal de que essa audiência nunca deveria ocorrer no mesmo dia da comunicação processual (art. 205 do CPCrim). De qualquer sorte, mesmo sem denúncia ou queixa, desde que constatada a contravenção às posturas das Câmaras Municipais ou, então, a infringência a termo de segurança ou de bem viver, o juiz de paz poderia, após providenciar a formação de *auto circunstaciado do fato*<sup>11</sup>, contendo a declaração das testemunhas, dar início ao processo de ofício, determinando a citação do *delinquente* (art. 206 do CPCrim).

Em qualquer caso, a citação, assim como restou consignado na redação primária do CPP de 1941, era no sentido de comunicar ao *delinquente* que ele deveria comparecer a juízo. Não comparecendo, o julgamento era feito à revelia e de forma sumária, após o juramento da parte, no caso de queixa, e a inquirição das testemunhas por ela apresentadas (art. 208 do CPCrim). Não havia, portanto, a garantia da defesa efetiva, podendo o acusado ser julgado independentemente de defesa técnica. Se o *delinquente*, atendendo a citação, se fizesse presente à audiência, o juiz de paz tinha de ler a queixa, dando a oportunidade, em seguida, para o exercício do direito de defesa, que podia ser oral, feita pelo próprio acusado, com a devida redução a termo pelo escrivão (art. 209 do CPCrim). Passo adiante, era feita a inquirição das testemunhas trazidas, assim como eram feitas as perguntas às partes (autor e vítima), sendo, no final, caso solicitada, dada a palavra a elas “para vocalmente por si ou seus procuradores deduzirem, o que lhes parecer a bem de seu direito”.

Basicamente, a única prova disciplinada era a testemunhal. Podiam ser indicadas pelas partes ou *chamadas* de ofício pelo juiz

(art. 84 do CPCrim), as quais eram obrigadas a comparecer, sob pena de conduzidas *debaixo de vara*, sem prejuízo de caracterização do crime de *desobediência* (art. 95 do CPCrim). Quanto aos documentos, o diploma legal disse apenas que, para a validade como prova, deveriam ser reconhecidos como verdadeiros pelo tabelião público ou pelo próprio juiz (art. 92 do CPCrim), complementando com a vedação da utilização de cartas particulares para fins probatórios sem o consentimento dos interlocutores, “salvo se provarem contra os mesmos” (art. 93 do CPCrim). Ainda como prova admitida, o texto do código fez referência à confissão do réu, a qual, estando em conformidade com as circunstâncias do fato, era suficiente para provar o crime, salvo quando se tratasse da imposição de pena de morte<sup>12</sup>, hipótese em que a condenação com suporte nela só era possível quando não houvesse outra prova.

O CPCrim disciplinou, igualmente, a acareação, a confrontação e o interrogatório. O interessante aqui é que esses institutos foram tratados em capítulo diferente do que foi reservado para especificar os meios de prova admitidos. Assim, eles não receberam tratamento de prova, ao contrário do CPP de 1941, que indevidamente assim procedeu. Destaque especial merece, nesse passo, quanto à forma como foi disciplinado o interrogatório, constando expressamente como as perguntas deveriam ser feitas. Ademais de não ter sido catalogado como espécie de prova, o interrogatório não era prestado sob o juramento de dizer a verdade, nem muito menos existia a advertência de que o seu silêncio poderia incriminá-lo, tal como foi feito pelo legislador do CPP, com a redação originária do art. 186. Outro aspecto que chama a atenção é que a acareação prevista era, apenas, entre as divergências verificadas nos depoimentos prestados pelas testemunhas, não havendo previsão da participação do acusado (art. 96 do CP-Crim), ao contrário do CPP de 1941, que passou a admitir a acareação também com o acusado.

O positivo é porque se tratava de um procedimento com emprego pleno da oralidade, com ampla aplicação do princípio da concentração dos atos processuais, sendo tudo resolvido em uma única audiência, dado que a sentença, como regra, era prolatada na mesma audiência, ou, então, quando muito, no dia seguinte (arts. 209 e 210 do CPCrim). Esse procedimento simplificado, de certo modo, foi a experiência que orientou o legislador da Lei nº 9.099, de 1995, pois no procedimento sumaríssimo os atos processuais referentes à resposta do acusado – que pode ser até oral –, a instrução e a sentença são todos realizados em audiência única (art. 81, caput).

Outro detalhe é que o juiz de paz tinha total protagonismo durante a instrução. Além de investigar, poder dar início ao processo e julgar, o juiz de paz era o ator principal da audiência de instrução. Cuidava-se do lídimo *juiz hercules* (DOWORKIN 2002, p. 166). Pela dicção normativa dos dispositivos em foco, era ele quem fazia as perguntas às testemunhas, cabendo-lhe, inclusive, elaborar indagações igualmente às partes. As partes só falavam caso pedissem a palavra e, ainda assim, apenas para fazer uma espécie de razões finais, isto é, realizar considerações depois da produção da prova oral. Não lhes era conferida a oportunidade de direcionar perguntas às testemunhas. O juiz de paz tinha a inteira gestão da prova, sendo a audiência destinada para que ele formasse o seu convencimento, ficando as partes em posição passiva, sem nenhuma iniciativa no sentido de explorar a instrução. Essa diretriz do CPCrim foi seguida à risca pelo legislador do CPP de 1941 quanto ao interrogatório do acusado, na medida em que não era prevista a possibilidade de intervenção seja do advogado, seja do Ministério Público, disciplina que só veio a ser alterada com a nova redação do art. 188, dada pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.

Essa disciplina do CPCrim, de certa forma, também influenciou a forma de inquirição das testemunhas, com a adoção

do sistema presidencial pelo CPP de 1941, de maneira que, além de o juiz ser o primeiro a perguntar, independentemente se arrolada pelo Ministério Público ou pela defesa, nenhuma das partes podia fazer perguntas diretas as testemunhas, tendo de formulá-las por intermédio do juiz (art. 212, na redação originária).

Se na redação inicial do CPCrim o juiz de paz reunia em suas mãos atribuições típicas da atividade policial e jurisdicional, conforme Rogerio Schietti (2020, p. 46-47), com a vinda a lume da Lei nº 261, de 1841, a maioria delas foram transferidas para o chefe de polícia ou delegado, aos quais conferida a competência para exarar as decisões de pronúncia (art. 49 e 54) e, inclusive, proferir a sentença, quando se tratava das hipóteses do art. 12, § 7º, do CPCrim. Registre-se, de toda sorte, que o chefe de polícia era escolhido dentre desembargadores e juízes de direito, mas o delegado poderia ser selecionado dentre cidadãos, portanto, entre pessoas leigas.

Da decisão do juiz de paz cabia recurso para as *juntas de paz*<sup>13</sup>, no prazo de 5 (cinco) dias, possuindo efeitos devolutivo e suspensivo (art. 211 do CPCrim). A regra era de que os recursos das sentenças exaradas pelos juízes de paz eram recorríveis. A inadmissibilidade do recurso se dava, apenas, quando (a) da condenação dos oficiais subordinados ao juiz de paz pela circunstância de serem considerados omissos, cuja pena de prisão não fosse superior a 5 (cinco) dias; e (b) da condenação de testemunhas por desobediência (art. 212, §§ 1º e 2º, do CPCrim). Isto é, nesses casos, sequer o direito ao recurso era assegurado, sendo ainda mais comprometido o direito de defesa.

### **3. O Julgamento pelo tribunal do júri**

O Título IV se ocupava “Do processo ordinário”. No ponto, alinhado com o pensamento liberal de Beccaria, o legislador bra-

sileiro alargou, sobremaneira, a competência do tribunal do júri, que, até então, era restrita ao julgamento dos crimes de imprensa (Lei 18 de junho de 1822). A Constituição Imperial incluiu o júri como um dos ramos do Poder Judiciário, com competência para o julgamento das questões criminais e cíveis, pelo que o CP-Crim, cumprindo a previsão da Norma Maior, disciplinou o rito com as peculiaridades inerentes à participação dos cidadãos no processo, na qualidade de juízes de fato (BARROS 1987, p. 226). Assim, sob a batuta do Código de Processo Criminal, o *processo ordinário* (BARROS 1987, p. 226) era o que regravava a instituição do júri, até porque a competência desta se estendeu para todos os crimes de pena superior a 6 (seis meses) de prisão, ou de degredo ou desterro até 6 (seis) meses (MARQUES 1963, p. 16). Frederico Marques, nesse passo, criticou o legislador do Código de Processo Criminal do Império, atribuindo-lhe a pecha de imitador das leis inglesas, norte-americanas e francesas, pois conferiu ao tribunal do júri atribuições demasiadas amplas, descompassadas com o “grau de desenvolvimento da nação” (1963, 16)<sup>14</sup>.

No ponto, quanto aos modelos de tribunal do júri, são conhecidos 2 (dois) sistemas, o inglês e o francês, sendo a nossa instituição concebida como uma espécie de ecletismo das legislações inglesa e francesa (BARROS 1987, p. 64). Na Europa continental em geral, antes da revolução iluminista e do império das ideias beccarianas, o processo era marcadamente inquisitivo, secreto e com a aplicação da tortura como método para o descobrimento da verdade<sup>15</sup>. Na Inglaterra, porém, mercê da obediência aos ditames da Carta Magna de 1215 e da *Bill of Rights*, o processo tinha cunho mais liberal e feição acusatória, com obediência ao *fair trial*, sendo o acusado tratado como um *gentleman*, diante da adoção do tribunal do júri (ARRUDA 2023, p. 24). Existiam 2 (dois) júris, o de acusação (*grand jury*), integrado por 23 (vinte e três) jurados, com a incumbência de se manifestar sobre a admissão da acusação após o *warrant* contra o acusado emitido pelo

juiz, e o de julgamento (*petty jury*), que entrava em cena caso admitida a acusação por maioria absoluta, com a competência de julgar se o acusado era culpado (*guilty*) ou inocente (*not guilty*), cujo veredito, nessa fase, tinha de ser unânime. A França, após a revolução do século XVIII, seguindo o ideário criminal liberal liderado por Beccaria, adotou como regra o julgamento pelo tribunal do júri, à semelhança do direito inglês, constituindo o júri de acusação e o de julgamento, sendo o primeiro composto de 8 (oito) jurados, correspondendo à fase de instrução com a oitiva das testemunhas e interrogatório do acusado, enquanto o segundo, que só atuava caso admitida a imputação, era composto de 12 (doze) jurados, além do juiz presidente e de 3 (três) assessores (TOURINHO FILHO 1984, p. 70).

O CPCrim, quanto ao tribunal do júri, fez uma mescla dos sistemas inglês e francês, porém, claramente ficou muito mais próximo do primeiro. Na sistemática do júri escrita pelo CPCrim, havia 2 (dois) júris: o *júri de acusação* e o *júri de sentença*, também denominado, respectivamente, como 1º conselho de jurados ou grande júri e 2º conselho de jurados ou pequeno júri. Conforme visto no item 4.2, supra, arraigado ao *sistema misto* (inquisitivo/acusatório) francês, o Código de Processo Criminal, além de admitir o procedimento de ofício em todos os casos em que era cabível o ajuizamento da denúncia, previa uma fase preliminar, desenvolvida perante o juiz de paz, ao qual competia investigar, conhecer da queixa ou denúncia para realizar a instrução (diligências, inquirições, interrogatórios) e, por fim, finalizá-la, proferindo a pronúncia, ou não. Relembre-se que o juiz de paz detinha as atribuições que hoje são inerentes ao delegado de polícia e, ainda, tinha a competência para decidir sobre a admissibilidade, ou não, da acusação, atribuições e competência que foram, posteriormente, por força da Lei nº 261, de 1841, cometidas ao chefe de polícia ou delegado. Essa primeira parte guardava grande similaridade com o procedimento *judicialiforme*, posteriormente

previsto para o processamento e julgamento das contravenções penais, sob a batuta do Código de Processo Penal de 1941. A formação de culpa, que era finalizada com a decisão de pronúncia, de certa maneira, pode ser equiparada ao *warrant* do sistema inglês.

Pronunciado o réu, aí, sim, o processo era remetido para o júri de acusação – o *grande júri*, para então, caso admitida a imputação, o processo ser decidido pelo júri de julgamento, o pequeno júri, procedimento que era disciplinado no Título IV do CPCrim. Nos subitens a seguir serão analisados os procedimentos em ambos os júris.

### **3.1. O júri de acusação (1º conselho ou grande júri)**

Como pontuado no tópico anterior, *formada a culpa*, ou seja, após a pronúncia, não sendo o processo da competência do juiz de paz, deveria ser feita a remessa dos processos para o júri de acusação, independentemente de os *delinquentes* se encontrarem presos ou soltos e de os crimes desafiarem denúncia ou queixa (art. 228 CPCrim), cabendo lembrar que, em razão da Lei nº 261, de 1841, a decisão de pronúncia, inicialmente da competência do juiz de paz, passou a ser da alçada da autoridade policial. O conselho do júri de acusação era formado por 23 (vinte e três) jurados, à semelhança do *grand jury* inglês (art. 238 do CPCrim).

Competia ao juiz de direito, a quem eram encaminhados os autos na condição de presidente, designar o dia da reunião do conselho de jurados do júri de acusação. Como as sessões, por expressa disposição legal, eram realizadas nas câmaras municipais, o juiz de direito fazia a comunicação ao presidente da casa legislativa, o qual, no dia seguinte, na presença dos seus pares, devia proceder ao sorteio dos jurados, extraíndo da urna 60 (sessenta) cédulas com os nomes dos sorteados (art. 236 do

CPCrim), e consequente expedição de editais, servindo para o conhecimento de quantos tivessem interesse. Para além disso, deveria ser providenciada a notificação dos jurados, dos *culpados* e das testemunhas (art. 237 do CPCrim). Curiosamente, o art. 237 do CPCrim, quanto às notificações, ao invés de usar a expressão *criminosos, delinquentes* ou réus, dizia que deveriam ser notificados os *culpados*. Isso reforça a ideia de que a pronúncia, a qual encerrava a *formação de culpa*, efetivamente, tinha o condão de gerar a *presunção de culpabilidade*.

No dia designado para a realização da sessão destinada à escolha dos membros do júri de acusação, tinham de estar presentes o juiz de direito, o escrivão, os jurados, o promotor, nos crimes em que oferecida a denúncia, e, ainda, a parte acusadora, caso existente (art. 238, primeira parte, do CPCrim). Constatadas as presenças das pessoas indicadas acima, o juiz de direito, na qualidade de presidente, dava início aos trabalhos, de forma solene, mediante o toque da campainha (art. 238, segunda parte, do CPCrim). Ato contínuo, de modo formal e transparente, à vista de todos, era aberta a urna contendo as cédulas com os nomes dos 60 (sessenta) jurados escolhidos, cujo quórum mínimo para a instalação da sessão era de 48 (quarenta e oito) jurados (art. 314). Cabia a um *menino* fazer o sorteio dos jurados, retirando da urna, de forma aleatória, 23 (vinte e três) cédulas.

Chama a atenção a circunstância de que a lei não fazia menção à presença da defesa como condição para a instalação da sessão. Muito menos se exigia a presença do réu, que, aliás, só era chamado para entrar na sessão depois, conforme se verá linhas adiante. O direito de defesa, na sessão do júri de acusação, era severamente comprometido.

A sessão do júri de acusação era para a análise de todos os processos que estivessem com pronúncia proferida, isto é, prontos para serem julgados pelo tribunal do júri, tendo preferência

os processos de réus presos e os com pronúncia mais antiga (art. 317 do CPCrim), ordem de preferência adotada também pelo CPP de 1941. Por isso mesmo, depois da formação do conselho de jurados, o juiz de paz do distrito do local da sessão fazia a apresentação de todos os processos que deveriam ser apreciados naquela sessão (art. 239 do CPCrim). Dessa maneira, a atuação dos jurados era muito cansativa, pois o mesmo conselho apreciava vários processos, de modo que a sessão poderia durar até 15 (quinze) dias sucessivos, incluídos os dias santos, podendo, ainda, ser prorrogada por mais 3 (três) ou 8 (oito) dias, em decisão do próprio conselho de jurados, por maioria de votos (art. 323 do CPCrim).

Só após a escolha dos jurados, os réus, os acusadores ou autores, assim como as testemunhas, eram admitidos a entrar na sessão. Ou seja, a seleção dos membros do júri de acusação era secreta, havendo a exigência, apenas, de que o juramento de bem e fielmente servir fosse feita na sessão, na presença de todos<sup>16</sup>. Mas, feito isso, os jurados, tendo recebido todos os processos das mãos do juiz de direito, eram conduzidos para outra sala, a fim de que, a portas fechadas, deliberassem quanto à escolha, em escrutínio secreto e por *maioria absoluta dos votos*, do seu presidente e de um secretário (art. 243 do CPCrim).

O julgamento do júri de acusação podia ser feito à revelia. Porém, sendo afiançável o crime, a falta de comparecimento do réu impedia a realização da sessão do júri de acusação, ao tempo em que, sendo inafiançável o ilícito, a ausência do réu não impedia a realização da sessão (art. 241 c/com o art. 221 do CPCrim). O grande júri, reunido apenas com os seus pares na sala para a qual eram encaminhados, após a leitura de cada processo feita pelo secretário e o debate que entre eles houvesse, deliberavam respondendo a duas questões postas pelo presidente, sendo as decisões tomadas por 2/3 (dois terços) dos votos (art. 332, pri-

meira parte, do CPCrim). Esse quórum qualificado previsto para os pronunciamentos do júri de acusação estava em consonância com o princípio da presunção de inocência, pois o legislador não se contentou com a maioria simples ou absoluta.

A primeira pergunta tinha o seguinte teor definido no código: “Há neste processo suficiente esclarecimento sobre o crime e o seu autor para proceder à acusação?” Tendo a maioria de 2/3 (dois terços) respondido *sim*, era submetida ao conselho a segunda questão: “O Júri achou matéria para acusação?” Sendo a segunda resposta também afirmativa com o mesmo quórum, o secretário escrevia nos respectivos processos as palavras: “O Júri achou matéria para acusação” (art. 244 do CPCrim).

Acontece que, caso a decisão quanto à primeira pergunta fosse negativa, ou seja, no sentido de que não havia suficiente esclarecimento sobre o crime ou o seu autor, o presidente do conselho do júri de acusação deveria determinar o ingresso na sala, conforme fosse, do queixoso, do denunciante ou promotor público, do réu ou das testemunhas, a fim de que providenciado o que se chamava de *ratificação do processo* (art. 245 do CPCrim). Na ratificação do processo, após as oitivas que fossem levadas a efeito, sendo retiradas as pessoas do recinto e realizado o debate entre os jurados, era colocado em votação o seguinte quesito: “Procede a acusação contra alguém?” Feita a votação, conforme fosse a deliberação dos jurados, o secretário escrevia a resposta *o “Júri achou matéria para acusação contra F. ou F.” ou, então, o “Júri não achou matéria para a acusação”* (art. 248 do CPCrim). Feita a ratificação, os jurados passavam a responder a segunda questão. Não ratificado, o acusado era absolvido.

Apenas após tomada a decisão quanto à segunda pergunta, os jurados retornavam à sala em que instalada a sessão, a fim de o presidente, que era o juiz de direito, na presença de todos, fazer a leitura em voz alta da sentença escrita contendo a deliberação to-

mada a respeito (art. 250 do CPCrim). Sendo negativa a resposta quanto à acusação, o juiz de direito julgava, por sentença, sem nenhum efeito a queixa ou denúncia. Na hipótese de o conselho de jurados do *júri de acusação* ter entendido pela existência de elementos para a apreciação do caso pelo *júri de julgamento*, o juiz de direito determinava a *custódia do réu*, se preso não estivesse, o que era raro. Ora, se o crime fosse inafiançável, que era a regra, o acusado já era recolhido à prisão desde a formação da culpa, como efeito imediato da decisão de pronúncia<sup>17</sup>, isso quando ele não era preso sem culpa formada.

Observa-se, ainda, que os dispositivos acima analisados não faziam qualquer menção à presença de advogado. Entretanto, dentre as disposições gerais, no contexto de normas complementares quanto ao tribunal do júri, estava escrito no art. 322 do CPCrim que “Será sempre permitido às partes chamar os advogados, ou os procuradores que quizerem”. Assim, a presença da defesa na sessão do júri de acusação era facultativa, ademais de o acusado, de regra, poder ser julgado à revelia. Ademais, conforme visto, os jurados podiam debater entre si sobre o caso submetido à apreciação, assim como inquirir as testemunhas e ouvir as partes, sem que a defesa pudesse participar, fazer questionamentos ou sustentações em prol do acusado. Não havia, assim, *efetivo direito de defesa*. Essa deliberação da sessão do júri de acusação, lembre-se, era secreta. Apenas na ratificação, que se dava na hipótese em que o veredito quanto à primeira pergunta fosse negativo, havia algum contraditório, unilateral e em prol da ratificação da acusação, devido à aplicação, ainda que de forma subliminar, de uma *presunção de culpa*.

Para tornar o procedimento ainda mais *indevido*, a Lei nº 262, de 1841, ademais de transferir a competência para proferir a decisão de pronúncia para a autoridade policial, por via obliqua, suprimiu esse *júri de acusação*. Foi suprimida toda a fase referente

ao *júri de acusação* (MARQUES 1963, p. 18), o que restou esclarecido no art. 95 da Lei nº 261, de 1841, ao deixar consignada a abolição do 1º conselho dos jurados, com o esclarecimento de que as “suas atribuições serão exercidas pelas Autoridades Policiais ...” Com efeito, em consonância com o art. 54 da lei em referência, daí em diante, a decisão de pronúncia proferida pela autoridade policial competente precisava, apenas, ser confirmada pelo juiz municipal, a fim de os réus “serem julgados pelo Jury, procedendo-se na forma indicada no art. 254 e seguintes do Código do Processo Criminal” (art. 54 da Lei nº 261, de 1841).

Dessa forma, a partir da modificação alvitrada, em seguida à formação da culpa definida pela pronúncia feita pela autoridade policial e ratificada pelo juiz municipal, o processo era, desde logo, remetido a julgamento pelo tribunal do júri. O júri de acusação, assim, existiu por muito pouco tempo em nosso meio, menos de 10 (dez) anos. Ademais, suprimiu do acusado a garantia de só ser submetido ao júri de acusação caso fosse confirmada a imputação, por 2/3 (dois terços) dos 23 (vinte e três) jurados do 1º conselho, quórum qualificado embasado no princípio da presunção de inocência. Quem passou a fazer esse juízo de admissibilidade foi a autoridade policial.

### **3.2. O júri de julgamento (2º conselho ou pequeno júri)**

Declarado pelo júri de acusação que havia matéria para a acusação ou, depois da reforma do CPCrim promovida pela Lei nº 261, de 1841, logo após a formação da culpa, o acusador deveria apresentar o *libelo acusatório*, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, pelo que o juiz de direito determinava o comparecimento do acusado na mesma sessão, sendo possível, ou, então, na próxima (art. 254 do CPCrim). De qualquer maneira, havia a advertência de que, sendo a notificação do réu para ele responder

à acusação na mesma sessão em que tivesse havido o juízo de acusação, a comunicação tinha de ocorrer com no mínimo 3 (três) dias de antecedência da data prevista para o seu encerramento, acompanhada da cópia do libelo, dos documentos e do rol das testemunhas (art. 255 do CPCrim).

O júri de sentença, ou pequeno júri, era integrado por 12 (doze) membros<sup>18</sup>, sorteados no dia da sessão de julgamento, escolhidos da mesma maneira como os jurados do júri de acusação, observadas as mesmas formalidades, inclusive quanto ao juramento. No entanto, em regramento específico para a formação desse 2º Conselho, era prevista a possibilidade de o acusado e o acusador, nessa ordem, à medida em que escolhidos os nomes, recusarem até 12 (doze) jurados (art. 275 do CPCrim), com a ressalva de que, sendo 2 (dois) ou mais acusados, poderiam combinar as *recusas*, mas, não havendo esse ajuste, cada um poderia exercer esse direito *per si*, sendo permitida a separação do processo, no caso de divergência entre as recusas (art. 276 do CPCrim), tal como hoje disciplinado no CPP de 1941.

Os jurados que tivessem servido no júri de acusação eram impedidos de participar do júri de julgamento (art. 289 do CPCrim), o que era natural, pois seria surreal que apreciassem o mesmo caso duas vezes, votando sobre a existência do crime e da culpabilidade, até porque o primeiro seria um indicativo de prejulgamento. Havia ainda a proibição de que fizessem parte do mesmo conselho – esse dispositivo também se aplicava ao júri de acusação – os ascendentes, os descendentes, o sogro, o genro, os irmãos e os cunhados, estes durante o cunhadío (art. 277 do CPCrim).

Formado o júri de sentença, tinha início a sessão. As sessões eram públicas, salvo em relação à votação dos quesitos, com a proibição, porém, de que as pessoas tivessem acesso ao ato portando armas, sob pena de prisão em flagrante, com imposição de

pena prevista para quem usasse armas em locais proibidos (art. 288 do CPCrim). A sessão se iniciava com o interrogatório do acusado. Como se vê, o interrogatório tinha lugar antes da inquirição das testemunhas, de modo que o acusado era ouvido sem que produzida ainda a prova testemunhal, havendo concessão, nesse passo, ao sistema inquisitivo. Esse tratamento influenciou o legislador do CPP de 1941 no disciplinamento dos procedimentos ordinário, sumário e especiais, não sendo o interrogatório tratado como uma oportunidade de defesa, vício que somente veio a ser equacionado com a Reforma Tópica de 2008 (SILVA JÚNIOR 2022, p. 64).

Só após o interrogatório, o escrivão tinha de ler *todo o processo de formação de culpa*, assim como as últimas respostas do réu (art. 260 do CPCrim). Essa era a maneira pela qual os jurados tinham conhecimento do inteiro teor do processo. O CPP de 1941 na sua redação primária, de certa forma, seguiu essa orientação, pois o juiz, em seguida ao interrogatório do réu, tinha de fazer o *relatório* do processo, expondo “o fato, as provas e as conclusões das partes” (art. 466), com a distribuição entre os jurados, quando possível, de “cópias datilografadas ou impressas da pronúncia, do libelo e contrariedade, além de outras peças que considerar úteis para o julgamento da causa” (art. 466, parágrafo único)<sup>19</sup>.

Volvendo ao procedimento estampado no CPCrim, passo seguinte, o *advogado do acusador* tinha de *mostrar* os dispositivos do Código Criminal nos quais ele tinha feito a acusação e repetir a leitura quanto ao libelo e, ainda, aos depoimentos e às respostas do processo de formação de culpa e às provas que sustentavam a sua imputação. Na sequência, primeiramente eram inquiridas as testemunhas indicadas pelo acusador, sendo por ele inquiridas ou seu advogado ou procurador e, depois, pelo réu, seu advogado ou procurador (art. 262 do CPCrim). Era aqui que tinha início, efetivamente, o contraditório. O exercício do direito de defesa,

porém, só ocorria após a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação. Era a somente após a oitiva das testemunhas indicada pelo Ministério Público que o advogado do réu tinha o direito à palavra, a fim de desenvolver a defesa, apresentando a lei e fazendo considerações sobre os fatos que embasavam a *inocência* do acusado, deduzidos em artigos sucintos e claros (art. 263 do CPCrim). Como se vê, a defesa era uma contrariedade ao libelo, elaborada em forma de assertivas e limitada, pois só era apresentada após o final da inquirição das testemunhas apresentadas pela acusação, de modo que, quando da produção dessa prova, os jurados tinham conhecimento, apenas, do libelo acusatório, não da sua contrariedade, apresentada só depois pela defesa. As testemunhas arroladas pelo réu, porém, eram ouvidas após a apresentação dos argumentos da defesa, que primeiro fazia as perguntas, para, na sequência, ser a vez do acusador ou autor (art. 264 do CPCrim).

Tomados os depoimentos das testemunhas, primeiramente o autor ou acusador, por seu advogado ou procurador e, depois, o réu, seu advogado ou procurador, tinham a oportunidade de replicar, oralmente, os fatos imputados e respectivos argumentos, podendo, nesse momento, requerer a reinquirição das testemunhas já ouvidas, sendo facultada, ainda, a inovação quanto a esse tipo de prova, sendo permitido o pedido da oitiva de até mais duas testemunhas, a fim de se ter pleno esclarecimento sobre os argumentos utilizados ou pontos contestados ou, especialmente, para comprovar o falso testemunha de alguma das pessoas que prestaram depoimento (art. 265 do CPCrim). Esse era o momento dos debates, em que as partes procuravam, com os seus argumentos, convencer os jurados de suas teses. Havendo durante esses debates a arguição com *fundamento razoável* de falsidade testemunhal ou documental, o juiz de direito, após examinar a questão, se fosse o caso, deveria determinar a remessa do incidente para deliberação pelo júri de acusação (art. 266 do CPCrim).

Aos jurados, que eram os juízes de facto, era facultado, durante os debates, fazer as observações que julgassem convenientes, interrogar novamente quaisquer das testemunhas e propor que o júri votasse sobre qualquer fato específico que entendesse importante (art. 282 do CPCrim). A despeito desse incidente, se os jurados se considerassem habilitados para pronunciar a decisão, a sessão tinha sequência. Durante os debates, os jurados podiam fazer as anotações que lhes parecessem pertinentes.

Concluídos os debates, estando o processo maduro para deliberação, o juiz de direito, depois de fazer um resumo com a maior clareza possível de toda a matéria agitada pela acusação e pela defesa, assim como das razões expendidas pró e contra o réu, procedia à elaboração dos quesitos a serem respondidos pelos Jurados, que deveriam ser redigidos conforme definido na lei, a saber: (i) *Se existe crime no fato ou objeto da acusação?*; (ii) *Se o acusado é criminoso?* (iii) *Em que grau de culpa tem incorrido?*; (iv) *Se houve reincidência (se disso se tratar)?* v) *Se há lugar a indenização?* (art. 269 do CPCrim). Tal como hoje, era uma quesitação específica para cada réu (art. 283 do CPCrim).

Como se percebe, a tarefa do juiz de direito era facilitada, pois o teor das perguntas era previamente preceituado em lei, não conferindo margem a nulidades ou vícios. Era muito mais simples do que da forma como ficou no CPP de 1941, problema que o legislador da Lei nº 11.689, 9 de junho de 2008, tentou corrigir. Existiam 4 (quatro) quesitos obrigatórios e 1 (um) facultativo, pertinente à reincidência, salvo, claro, se houvesse maioria de resposta negativa para quaisquer dos quesitos obrigatórios. Com alguma diferença, chama a atenção que a reforma enxertada pela Lei nº 11.689, de 2008, estabeleceu sequência exatamente de 5 (cinco) quesitos. O detalhe é que o CPCrim, guiado pela ideia da presunção de culpabilidade, estabelecia que deveria ser formulada aos jurados a seguinte pergunta: “*Se o acusado é criminoso?*”

Era uma pergunta sugestiva, que continha embutida a ideia de *presunção de culpa*. Observe-se que, na Reforma Tópica de 2008, orientada pelos princípios da presunção de inocência e da plenitude de defesa, foi imposta a obrigatoriedade de que seja feita a seguinte pergunta: “O jurado absolve o acusado?” (art. 482, § 2º, segunda parte, do CPP). Essa forma de indagação, sim, é que está em compasso com a cláusula da presunção de inocência ou da não culpabilidade e mesmo do princípio da *plenitude de defesa*.

O CPCrim não falava em *sala secreta* e, muito menos, em *sala especial*, dizia, apenas, assim como fizera em relação ao *júri de acusação*, que os jurados deveriam ser retirados para outra sala, a fim de que fizessem, sozinhos e a *portas fechadas*, a deliberação a respeitos da quesitação. De toda sorte, Romeu Pires esclarecia que “Os jurados respondiam a esse questionário em sala secreta, sem a interferência de qualquer outra pessoa, pois que a lei dizia ‘conferenciarão a só’” (1987, p. 227). De regra, as decisões do tribunal do júri eram firmadas por *duas terças partes de votos*. Entretanto, para a aplicação da pena de morte, exigia-se que a votação fosse unânime, com a ressalva de que, quando a condenação fosse por maioria, deviria ser aplicada a menor pena prevista para o delito (art. 332 do CPCrim). Claramente se aplicava, aqui, o princípio da presunção de inocência. Sendo negativa a decisão dos jurados, o juiz de direito, por sentença nos autos, absolia o acusado, determinando a imediata soltura, na hipótese de ele se encontrar sob custódia, o que era a regra. No caso de decisão afirmativa, a sentença do juiz de direito deveria condenar o acusado com a aplicação da pena prevista para o delito (art. 273 do CPCrim).

Cabe agregar que a Lei nº 261, de 1841, para além da supressão do *júri de acusação*, também trouxe significativas e profundas alterações quanto ao *júri de julgamento*, especialmente em relação à formulação dos quesitos<sup>20</sup>. O *sigilo da votação*, enfim, restou consignado expressamente no art. 65 da Lei nº 261, de

1841, prescrevendo que as decisões do júri deveriam ser tomadas em *escrutínio secreto*, não podendo ser conhecidos os votos dos jurados vencidos ou vencedores. Por fim, a mais significativa alteração foi em relação ao quórum para a deliberação (MARQUES 1963, p. 19). Em consonância com o art. 66 da Lei nº 261, de 1841, a regra da deliberação por maioria simples foi estendida para todas as decisões, reservando a exigência de 2/3 (dois terços) dos votos apenas para o caso de aplicação da pena de morte, o que reafirma o caráter punitivista e a relativização do princípio da presunção de inocência. Note-se que, anteriormente, para a condenação, não era suficiente a maioria, de modo que a *dúvida razoável* só era afastada caso a maioria fosse de 2/3 (dois terços)<sup>21</sup>. E mais, para a pena de morte, na redação originária do CPCrim era necessário que a deliberação dos jurados pela condenação fosse unânime, mas, com a alteração, passou a ser suficiente o quórum de 2/3.

#### **4. Palavras finais**

O CPCrim foi considerado muito avançado para a época, sendo tachado de descompassado com a realidade cultural, política, social e jurídica de então, diante do avanço em relação ao *direito penal do terror* inerente às Ordenações Filipinas. Porém, esse propalado avanço só procede na perspectiva conservadora e autoritária, que se atritava com as novas ideias do Estado moderno, submetido ao império da lei, inspirado na Revolução Francesa.

Editada a Constituição de 1824, colocando dentre os direitos fundamentais a aprovação, o quanto antes, dos códigos criminais, o Código de Processo Criminal de 1832, antecedido do Código Criminal de 1830, foi elaborado com sentimento de urgência. A despeito desse aspecto, a tarefa do CPCrim era consolidar as *reformas tópicas* das regras ou ritos procedimentais

das Ordenações Filipinas, germinadas do movimento de cunho liberal experimentado a partir da segunda metade do século XVIII. O que se esperava era a sistematização das alterações em um código processual criminal fulcrado, na sua linha mestra, no devido processo legal, irrigado pela cláusula da presunção de inocência, a substância do pensamento beccariano. No entanto, quanto a esse aspecto, o CPCrim não atendeu às expectativas, certamente em razão do conturbado período do país ter promovido renhido debate entre liberais e conservadores, forrado por condições culturais, políticas e sociais desfavoráveis ao espírito democrático.

Há de se reconhecer que era muito difícil sair de um regime absolutista para um de integral império da lei, com pleno respeito aos direitos inerentes à condição humana, segundo o ideário embutido nas declarações de direitos do ser humano. Pode-se dizer que o CPCrim foi um passo decisivo e importante para sairmos do absolutismo penal para o da processualização da persecução criminal. Mas, há de se lastimar que foi apenas o passo inicial e incipiente. As regras processuais em si ainda ficaram muito distantes para assegurar a consagração do respeito aos direitos fundamentais, como anteparo à persecução criminal.

O juiz, representante-mor do Imperador, subordinado a este e escolhido ao seu talante para o desempenho da função jurisdicional, não tinha independência funcional. O Judiciário era desprovido de independência, pois controlado e fiscalizado pelo Poder Moderador, guiado sob o timão do Imperador, ademais de manietado pela forma de escolha de seus membros, da primeira à última instância. Por outro lado, o tribunal do júri, em que os jurados eram, como ainda hoje, recrutados por processo de escolha objetivo dentre os cidadãos, representando o exercício da soberania popular, era desconstruído em sua essência, pois, além de não ter assegurada a soberania dos seus vereditos, ao juiz de direito a

quem competia presidir as sessões era dado julgar em desacordo com o entendimento dos jurados.

Como se sabe, não há devido processo legal sem a divisão precisa entre quem exerce a pretensão acusatória e quem julga e, muito menos, sem que assegurada a independência funcional do juiz.

Mas, sob essa ótica, a crítica não se exaure. Conforme foi sendo pontuado ao longo da análise das regras contidas no CP-Crim, salvo raríssimas exceções, elas não prestigiam o princípio da presunção de inocência. Pelo contrário, em diversas passagens são identificados traços de uma lídima *presunção de culpabilidade*. Isso principia com a expressão empregada para identificar quem era acusado da prática do crime. Na maioria das vezes, o mero acusado, desde a fase investigatória, era denominado *delinquente* ou *criminoso*. A pessoa respondia o processo sob consideração de que era *delinquente ou criminoso*, salvo, claro, se demonstrado o contrário no seu final. Tanto assim era que a fase antecedente ao processo em si não era chamada investigação ou mesmo, como hoje, instrução. A fase era denominada *formação de culpa*. Portanto, a partir da conclusão da investigação, que se encerrava com a decisão de pronúncia feita pelo juiz de paz, posteriormente substituído pela autoridade policial, a *culpa estava formada*.

O processo em si, nesse contexto, não se prestava para *conhecer ou formar a culpa*, mas para *confirmar ou reconhecer a culpa*. O acusado, isto é, a pessoa considerada legalmente delinquente ou criminoso que provasse o contrário. Ele não era considerado *inocente ou não culpado*, mas, sim, *culpado até prova em contrário*. Isso tudo permeado por um sistema em que a defesa, conquantto prevista, não podia ser considerada *ampla*. Era um direito de defesa inexistente na *formação da culpa*, ademais de *restrita ou contida* na fase do processo, em que o juiz era o grande protagonista, cabendo-lhe tomar todas as iniciativas que entendesse

pertinentes em prol da confirmação da presunção de culpa estabelecida. O que a processualística moderna identifica como *processo de conhecimento* do litígio ou das questões de fato e de direito que permeiam o caso submetido à apreciação do Judiciário, não passava de *processo de reconhecimento* ou de *confirmação* da culpa. Enfim, o CPCrim foi, apenas, um esboço da processualização da persecução criminal.

A despeito dessas objeções, há de se concordar com Romeu Pires de Campos Barros, ao asseverar que o Código de Processo Criminal tinha “as qualidades de um verdadeiro momento legislativo, para a época em que foi promulgado” (1987, p. 64). No mesmo passo, procedem as impressões de Ricardo de Brito (2002, p. 240), ao identificar o código em destaque como um *grande monumento jurídico imperial*, por se afinar com o *espírito liberal da época*, constituindo-se, assim, em significativo avanço humanitário, desde que *comparado aos processo (rito) cruel das Ordenações Filipinas*.

## Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.
- ARRUDA, José Acácio. **Breve história do júri criminal inglês**. Mato Grosso, 2023.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. **Sistema do processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 5. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020.
- DOWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.
- GARRAUD, René. **Compêndio de direito criminal**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. Em **Conversações abolicionistas**: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva, tradução: Tradução Jamil Chade. São Paulo: IBC-Crim, 1997.
- JAKOBS, Günther, e Manuel Cancio MELIÁ. **Derecho penal del enemigo**. Tradução Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas Ediciones, 2003.
- KURELLA, Hans. **Cesare Lombroso**. Nordestedt: Herstellung und Verlag: BoD Demand, 2020.

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa paa a elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal.** 3 ed. Natal, Rio Grande do Norte: OWL, 2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. O (in)indevido processo legal criminalnas ordenações filipinas. Em **Revista da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte** - ano VI, nº 08 - Natal (RN): Offset Editora, 2022.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal:** inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais ( prisão e medidas diversas da prisão). 4 ed. Natal: OWL, 2022.

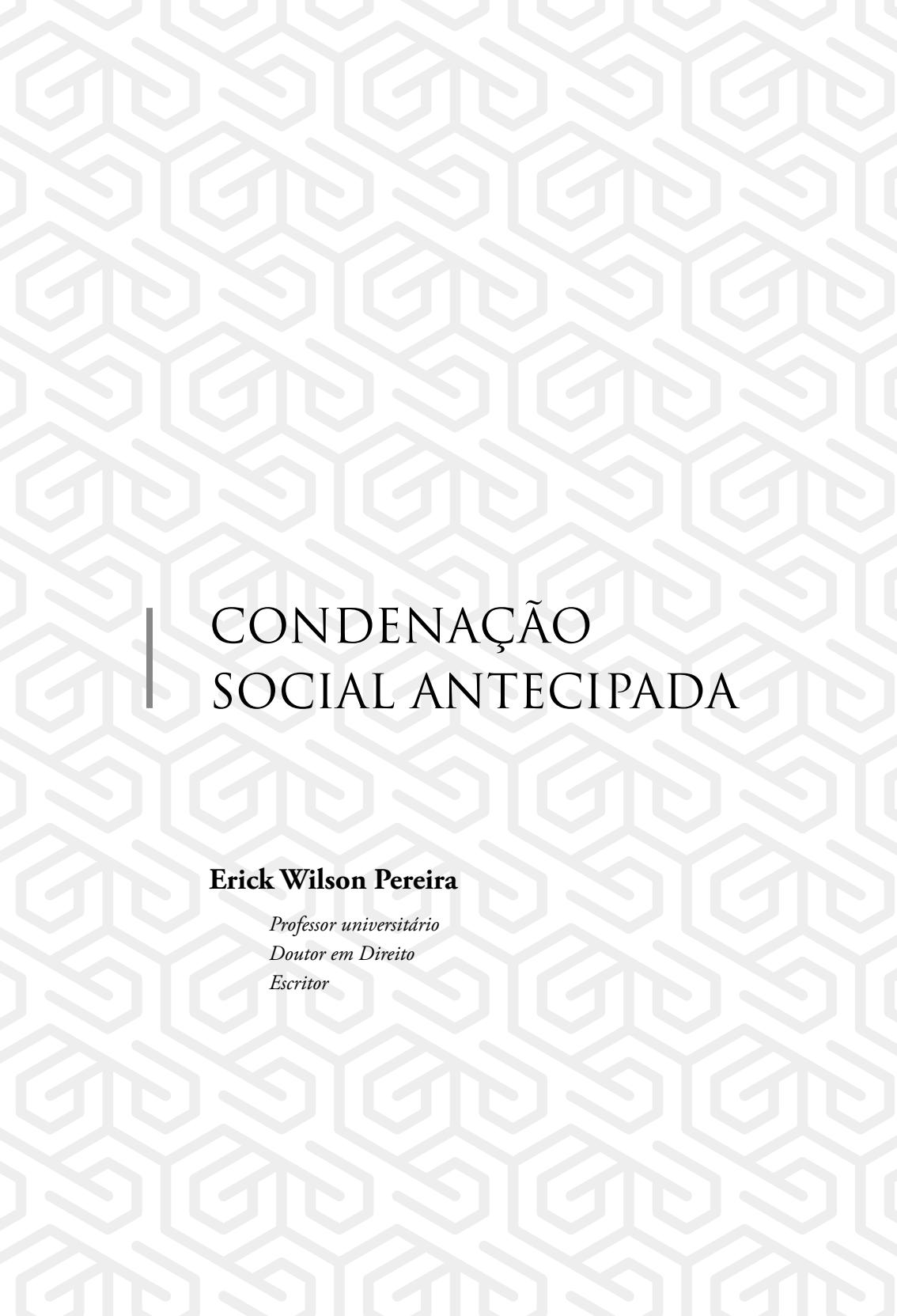
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 7. ed. Vol. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1984.

## Notas

- 1 Ainda não se tinha adotado a técnica legislativa de numeração das leis por ordem cronológica.
- 2 João Chaves reclamava pelo fato de o juiz, sendo o responsável pela condenação, deveria ser o *verdadeiro executor* das penas, mas ficava afastado desse momento fundamental (CHAVES 2015, p. 155).
- 3 Ricardo Brito afirma (FREITAS 2002, p. 227) que “No Brasil, o liberalismo assumiu uma dimensão excessivamente formal ou, se desejarmos politizar um pouco mais, excessivamente conservadora, revelando-se menos doutrinário que justificador”.
- 4 Essa diretriz foi mantida pelo CPP de 1941, quanto ao início da investigação por meio do inquérito policial (art. 5º, I e § 4º).
- 5 Só posteriormente, com a alteração promovida pela Lei nº Lei nº 261, de 1841, a investigação passou a ser conduzida pela autoridade policial.
- 6 O promotor público era escolhido da mesma forma como os jurados, para o exercício da função por um mandato de 3 (três) anos (art. 36 do CPCrim). Todavia, com a intenção de reduzir o desenho liberal do código, a Lei nº 262, de 1841, modificou a forma de recrutamento dos promotores públicos, ao dispor que a escolha seria feita pelo Imperador ou pelos Presidentes das Províncias, recaendo a nomeação, preferencialmente, entre *bacharéis formados* e *idôneos*, com exercício do cargo pelo tempo que quem lhe nomeou achasse conveniente.
- 7 As atribuições do promotor público consistiam em (a) denunciar os crimes públicos e policiais; (b) acusar os *delinquentes* perante os jurados; (c) acusar os *delinquentes* nos crimes de redução à escravidão de pessoas livres, cárcere privado, homicídio ou de ferimentos (lesão corporal), com as qualificadoras previstas no Código Criminal de 1830; (d) de roubo, calúnia e injúria contra o Imperador, membros da Família Imperial, contra a Regência e cada um dos seus membros e contra a Assembleia Geral ou uma das suas câmaras; (e) solicitar a prisão e a punição dos *criminosos*, assim como promover a execução das sentenças e mandados judiciais; (f) dar suporte às autoridades competentes em relação às negligências, omissões e prevaricações dos *empregados da administração da justiça* (art. 37 do CPCrim).
- 8 O interessante é que não eram admitidas denúncias do pai contra o filho; do marido contra a mulher, ou vice-versa; do irmão contra o irmão; do escravo contra o senhor; do advogado contra o cliente; e do inimigo capital (art. 75, § 1º ao 6º, do CPCrim).
- 9 O art. 393 foi revogado pela Lei nº 12.403, de 24 de maio de 2011, enquanto o art. 408, §§ 1º e 2º, e sucessivas alterações, pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008.
- 10 O interessante é que eram considerados empregados públicos os *empregados eclesiásticos*, denotando, ainda, uma reminiscência do período anterior à laicização, confundindo Estado e Igreja.

- 11 Note-se que *termo circunstaciado* foi a nomenclatura utilizada para designar o documento com o qual se faz a investigação nos crimes de menor potencial ofensivo, da competência do juizado especial (art. 69, caput, da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995).
- 12 Esclareça-se que, nos termos do Código Criminal de 1830, era prevista a pena de morte, que era *dada na força* (art. 38).
- 13 As juntas de paz, em que pese não previstas expressamente como um dos órgãos jurisdicionais, eram regulamentadas pelo CPCrim, na qualidade de segunda instância no que pertinente aos processos julgados pelos juízes de paz, quando a sentença fosse recorrível.
- 14 Quanto aos modelos de Tribunal do Júri, são conhecidos 2 (dois) sistemas, o inglês e o francês, sendo a nossa instituição concebida como uma espécie de eclatismo das legislações inglesa e francesa (BARROS 1987, p. 64).
- 15 Cf. item 3.5.1.
- 16 A fórmula do juramento do conselho de jurados do júri de acusação era a seguinte: “Juro pronunciar bem, e sinceramente nesta causa, haver-me com franqueza, e verdade, só tendo diante dos meus olhos Deus, e a Lei; e proferir o meu voto segundo a minha consciência” (art. 253, segunda parte, do CPCrim).
- 17 Cf. o item 4.2.1, supra.
- 18 Mais uma vez, o legislador seguiu a orientação modelo inglês de júri, cujo *petty jury* é formado por 12 (doze) jurados. Tourinho Filho identifica aqui uma influência do direito canônico, especialmente do chamado *juízo de Deus*: “doze foram os apóstolos, batizados no dia de Pentecostes, pelo Divino Espírito Santo (1984, p. 70).
- 19 O CPP de 1941, diferentemente do CPCrim, não determinou a necessidade de leitura de todo o processo, mas, apenas, que fosse lido pelo juiz um *relatório*, salientado o que esse resumo deveria conter como elementos mínimos. Mesmo assim, era comum, nas sessões, o escrivão fazer a leitura de todo o processo, ato sobremaneira enfadonho e extremamente cansativo. Para eliminar de vez essa praxe, a Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, alterou o procedimento relativo ao tribunal do júri, para realçar que, logo após a formação do Conselho de Sentença, deve ser feita a entrega aos jurados de “... cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo”, providência, portanto, realizada antes do início da instrução em plenário. Atualmente, a única leitura de peças obrigatorias na instrução perante o plenário do Júri a que a lei faz menção é, no caso de requerimento das partes ou dos jurados, quanto à “leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis (art. 473, § 3º, incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).
- 20 No ponto, para os casos em que o acusado fosse menor de 14 (quatorze) anos, tendo em conta o que dispunha o Código Criminal de 1830, foi acrescentado, dentre os quesitos obrigatórios, a seguinte pergunta: *O réu obrou com discernimento?* (art. 62, da Lei nº 261, de 1841).

- 21 O CPP de 1941, além de diminuir o número de jurados para 7 (sete), ainda estabeleceu a maioria simples dos votos como forma para deliberação. Assim, é possível a condenação por 4 (quatro) votos contra 3 (três), não obedecendo ao princípio da presunção de não culpabilidade.



# CONDENAÇÃO SOCIAL ANTECIPADA

**Erick Wilson Pereira**

*Professor universitário  
Doutor em Direito  
Escritor*



Qualquer operador do Direito, familiarizado com o conhecimento mínimo acerca da Lei fundamental, saberá dizer o inscrito no inciso LVII do artigo 5º – que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O princípio da presunção de inocência, um dos pilares do nosso processo penal, é facilmente compreensível pela sua simplicidade literal, truísmo há muito associado à visão humanitária e iluminista dos sistemas penais não inquisitórios, cujo maior representante sustentou que “um homem não pode ser tido como culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública, a não ser quando se tenha decidido que violou os pactos com os quais aquela lhe foi outorgada” (Becaria). Séculos mais tarde, a Declaração dos Direitos Humanos (ONU, 1948), assinada pelo Brasil, instituiu que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

Sob as espadas de dois gumes da pressão popular, da mídia opressiva, dos tribunais das redes sociais, dos fiscais da lei que mais acusam que investigam e de uma significativa falsa moral, onde proliferam inversões de valores generalizados de que todos são culpados até que se prove o contrário.

Ministério Público, massas e mídia convergem nas expectativas acerca de um rápido termo para mídia opressiva com a condenação social e antecipada dos envolvidos, forçando a adoção de uma interpretação flexível e menos garantista dos princípios e normas legais. No outro polo, o Judiciário avivado com o aumen-

to das demandas jurídicas, com a banalização do ato de acusar, com uma crescente judicialização de temas criminais, a sofrer desafios à credibilidade das respectivas peças acusatórias, malgrado o escancaro das divergências doutrinárias e ideológicas presentes no atual momento jurídico do país.

A independência, valor imprescindível à complexa atividade jurisdicional, tanto permite que os conflitos sejam pacificamente harmonizados quanto decisões contramajoritárias tomadas, especialmente, quando visam preservar princípios e normas constitucionais cuja dialética em muito transcende a simplicidade dos silogismos. Logo, é lamentável assistirmos o clamor popular das redes sociais antecipar julgamento, sem o devido processo legal, em retrocesso preocupante, sobretudo porque decisões e julgamentos passaram a ter conteúdo emocional e midiático; restrições ao exercício dos direitos e de cidadania serem mais determinadas pela boa intenção do clamor social que em razão da verdade dos fatos e da expressão na Constituição e em leis infraconstitucionais; a apropriação de conceitos e adjetivos negativos que estimulam os *haters* da internet. Tais pré-julgamentos que aumentam em demasia a responsabilidade do indivíduo afrouxam a verdade dos fatos e fortalecem a condenação antecipada.

De vez em quando é bom lembrar que as ditaduras costumam iniciar com pregações de indivíduos vaidosos e bem-intencionados nas suas ideias. Não é preciso remeter à história da Inquisição para lembrar que o clamor popular tem o condão de impulsivar linchamentos e transformar pacatos cidadãos em assassinos cruéis. O processo persiste nos nossos dias, com a devida ressalva do decréscimo da violência no bojo dos avanços civilizatórios empreendidos pelas sociedades nos últimos séculos. Por meio de movimentos organizados e de uma forte propaganda, instala-se uma histeria que resulta em julgamentos sumários e na punição açodada de muitos. Sempre com a melhor das inten-

ções. Mas, como disse Francisco de Assis, o santo, “O inferno está cheio de boas intenções”.

Ao priorizar a eficiência e a pressa em condenar sobre o devido processo, sacrificando inescrupulosamente direitos e liberdades individuais mediante o manejo de um processo penal de exceção, parcela notória do Judiciário relativiza a ordem normativa – a “*revisão*” das leis e da jurisprudência – e se acumplicia com a chantagem de medidas constitutivas em detrimento da liberdade, da honra e da imagem das pessoas investigadas, antecipando o cumprimento das penas morais e sociais sob o beneplácito da sociedade sedenta por desgraça alheia.

As condenações sociais antecipadas, a divulgação seletiva de investigações ainda em fase pré-processual e as postagens e os respectivos comentários das redes sociais estão se consolidando não apenas como esforços para exterminar a chamada cultura de impunidade enraizada nas classes sociais mais favorecidas, mas também como mecanismos, entre outros, para influenciar diretamente os integrantes do poder judiciário. Assim é que, atualmente, convivemos com a possibilidade de se autorizar condenação criminal nos casos em que o Estado falha na produção de provas relativas ao conhecimento do réu sobre circunstâncias fáticas suspeitas. Condutas culposas podem ser facilmente transformadas em dolosas e o suposto desconhecimento pode levar a uma condenação pela simples negligência ou falta de esforço para conhecer a verdade sobre os fatos. A alta desconfiança já é equiparada ao conhecimento, de modo que a exigência da prática de atos afirmativos para evitar o conhecimento da ilicitude já implica a presunção do conhecimento do acusado. Pior que isso são os precedentes que se criam e que, aos poucos, erodem o Estado democrático de direito, cuja face repressora não é regra, mas exceção.

A efetividade do combate ao crime depende, sobretudo, da compreensão de que ninguém pode se colocar acima da lei e

decidir quando e em que contextos ela vale ou não. E que os fins perseguidos, por mais nobres, jamais deveriam justificar o uso de meios cerceadores do direito de defesa só porque a pressão popular da internet pede em sentido contrário ao que se precisa encontrar através de uma persecução penal séria, objetiva e imparcial. Quando direitos arduamente conquistados são relativizados, mesmo que de boa-fé, a sanha punitiva e arbitrária do Estado Policial se impõe sobre os valores democráticos e fragiliza a cidadania. Preceitos normativos, por conseguinte, jamais poderiam ser simplesmente negados em sua aplicação, sem que antes formalmente tivessem a sua inconstitucionalidade declarada. Execuções antecipadas de decisões condenatórias jamais poderiam ser autorizadas, mesmo pendentes recursos aos tribunais superiores. O marco da presunção de inocência é o trânsito em julgado de decisão condenatória, instituto processual dotado de significado específico que não admite qualquer alteração ou relativização.

Em tal contexto gerador de insegurança jurídica e de predomínio de lideranças que mais pregam a hostilidade que a tolerância, floresce um descrédito nas instituições, cujas sequelas também se refletem na incompreensão do múnus público do advogado. Ao atrair a desconfiança de setores da sociedade, a imagem do profissional tem sido confundida com a imagem de sua clientela, mesmo a presumidamente culpada em preâmbulos acusatórios. De defensor do Estado democrático de direito, da cidadania e da paz social, o advogado passou a ser cúmplice ardiloso dos seus clientes, defensor de interesses escusos, parte dispensável na administração da Justiça. Suas posturas naturalmente contramajoritárias e em defesa do direito de defesa são confundidas com subserviência aos ganhos materiais e interesses corporativos, condescendência com o crime e conspiração para obstruir a Justiça. Enfim, a advocacia passou a ser uma profissão socialmente demonizada e de alto risco para quem a exerce.

Mas a urgência reclamada pela opinião pública e órgãos de repressão do Estado para “passar a limpo” o país não pode prescindir do contraponto do respeito às prerrogativas inerentes à advocacia e ao equilíbrio constitucional Estado-acusador e defesa. O complexo sistema multicomponente das democracias alcança seu almejado equilíbrio por meio de mecanismos de pesos e contrapesos institucionais, os quais mantêm acordos e legitimam escolhas feitas pela sociedade, sob a égide da regulamentação legal.

Formalmente, pelo princípio da paridade de armas, não existe hierarquia entre Ministério Público e Advocacia. Julgar, acusar e defender formam um tripé de funções essenciais ao equilíbrio na busca da apuração da verdade e da melhor solução para o litígio. Portanto, o direito de defesa e a valorização da advocacia, em paridade de armas com os demais membros da administração da Justiça, deveria ser uma luta de todos para preservar ou fortalecer os alicerces da democracia.

Não é por mera casualidade que a advocacia é a primeira a denunciar ataques perpetrados contra os valores e princípios democráticos. Seus militantes sabem que, hoje, são alguns poucos que sofrem com medidas de exceção, cumprimento de adiantamento de penas e outros constrangimentos que consomem e reduzem reputações a cinzas. Amanhã, poderá haver uma generalização.

Ao subverter princípios caríssimos à democracia, no âmbito de uma Constituição liberal e garantidora de direitos e liberdades fundamentais, em especial o princípio da presunção da inocência e o direito à ampla defesa, o Estado também está a aviltar as prerrogativas da advocacia e a ferir os melhores sentimentos republicanos. A criminalização difusa da atividade profissional são exemplos de violação de prerrogativas levadas a efeito com crescente naturalidade, a contar com a aquiescência de larga e influente parcela da sociedade, apesar dos protestos da Ordem

dos Advogados do Brasil. Parece que estão todos a esquecer que estratégias que visam intimidar a advocacia e o direito de defesa são preferencialmente manejados em fases ditoriais e críticas da história.

É deplorável constatarmos que se tornou tolerável, além de útil, à busca de notoriedade, prender e depois investigar; exercer publicamente a manter segredo; segregar suspeitos ou inocentes a deixar culpados em liberdade; condenar com estridência e, talvez depois, inocentar com laconismo. O sujeito protegido pelo Direito assim se posta cada vez mais distante dos sujeitos reais e desencantados em seus contextos sociais e políticos. É a busca pelo impulsionamento das redes sociais que deve prevalecer a todo e qualquer custo.

Assim, não podemos nos vergar ou ficar inertes com tal retrocesso social e legal que mina as garantias e liberdades fundamentais incorporadas ao Estado democrático de direito e infringe o texto constitucional, o qual, assim como a advocacia, é referência de civilidade, avanço do sistema de Justiça, conquista humanitária. O momento exige debate, exposição de ideias e de informações.

As redes sociais – terra sem lei – exigem maior imersão estatal para garantir proteção a honra, a imagem e ao conceito de todo cidadão submetido ao processo de julgamento virtual da internet.

Claude Lefort, em *A invenção democrática*, sustentou que os direitos do homem são, antes de tudo, princípios geradores da democracia, sua eficácia proveniente da adesão que lhes é dada, não se dissociando tais direitos da consciência dos direitos. “Mas, não é menos verdade que essa consciência dos direitos se encontra tanto melhor partilhada quando são declarados, quando o poder afirma garanti-los, quando as marcas da liberdade se tornam visíveis pelas leis”.

# I DEMOCRACIA

**Jurandyr Navarro**

*Procurador do Estado  
Escritor*



A DEMOCRACIA é a mais sedutora forma de Governo já idealizada pelo homem de cujos encantos se enamoram todos os povos da terra. No dizer de Barthélemy e Duez, ela constitui “uma atração profunda, misteriosa, irresistível e fatal, idêntica a uma força indomada que arrasta os povos<sup>1</sup>”.

Para Kelsen, a democracia é acima de tudo, um caminho: “o da progressão para a liberdade”. Jellinek assevera ser o princípio majoritário a essência da democracia. Enquanto que Laski considera a igualdade a sua principal virtude<sup>2</sup>.

A sua concepção como credo político e a sua trajetória evolutiva têm sido a preocupação permanente dos pesquisadores das ciências sociais. Todos eles têm convergido a sua atenção para essa sementeira da liberdade, que teve a sua fase áurea na Grécia clássica.

Vencedora do absolutismo monárquico, a democracia tem se firmado no concerto das nações livres como a melhor alternativa política já consagrada pela quase totalidade dos tratadistas modernos. Fazendo a sua apologia como forma de governo, assim se expressou Rousseau: “se houvesse um povo de deuses, esse povo se governaria democraticamente”. No mesmo diapasão profere Lord Russel: “Quando ouço falar que um povo não está suficientemente preparado para a democracia, pergunto se haveria algum homem suficientemente preparado para ser déspota”.

Não obstante ter sido, algumas vezes, queimada na fogueira das lutas sociais, ela ressurge miraculosamente das próprias cinzas, qual a Fênix mitológica.

Será a democracia a melhor opção política para o presente, a forma ideal de governo já consagrada em passado recente?

Ao longo desta monografia, tentarei dimensionar didática, sintética e objetivamente a sua verdadeira significação como código político, respaldado nos ensinamentos seculares dos doutos.

### **Origens da Democracia Clássica**

Na conformidade com a conceituação etimológica e a tradição, a democracia é o governo em que a multidão detém a soberania. Ou a exerce diretamente ou o faz através de representantes.

A sua definição corrente é a de ser o governo do povo, pelo povo e para o povo, na conhecida expressão de Lincoln.

Aristóteles, na sua, citado por Pinto Ferreira, expõe que existe democracia “quando a multidão *Política* governa no sentido do interesse geral”, e que: “a primeira espécie de democracia é aquela que tem a igualdade como fundamento”, sendo “o princípio fundamental do governo democrático a liberdade, pois a liberdade, diz-se, é o objetivo de toda democracia”. Para o grande pensador de Estagira, “a liberdade é por essência igualitária”.

Como surgiu a democracia na cena da história? Ela é filha da revolução. Foi gerada nas agitações das turbas. O seu primeiro vagido ressoou ao tempo da Grécia arcaica, no sec. VI a.C.

A sua semente começa a germinar em latência na consciência daquela gente rude da Hélénia. No seu espírito desperta a ideia de um evangelho político, para livrá-la das trevas do cativeiro social de um mundo, em que o poder e a liberdade eram apanágio dos senhores da terra, cuja vontade era soberana, por ser desconhecido, até então, o princípio da legalidade, que elevou a lei acima da volição humana.

Na formação histórica da democracia, “o Estado primitivo foi um instrumento do domínio de classes sociais privilegiadas, que explorava e esmagava a totalidade orgânica do povo” [...] tendo “essa espoliação nisto rica sido afinal quebrada pelo ciclo das grandes revoluções sociais e políticas, que concederam ao povo o direito de liberdade”<sup>3</sup>.

Registros assinalam narrativas de escritos de poetas e prosadores concernentes àquela recuada época. Recordam reuniões no Ágora, a praça cívica de outrora, onde somente aos reis e chefes tribais concedia-se a primazia de participarem nas suas discussões e consequentes deliberações. O povo, propriamente dito, que dava-se alienado do processo político. O episódio espelhado em tela de papiros retrata fatos históricos do século VI a.C, quando a economia dependia unicamente do setor primário de uma agricultura atrasada. Somente a partir dos subsequentes cem anos é que despontaram os primeiros indícios de formações do setor secundário, com a incipiente indústria do artesanato e crescimento do comércio. Desde então, emergiram camadas sociais vinculadas a algumas atividades urbanas dotadas de maior independência econômica, e, assim, com prevalência sobre a classe rural no alcance reivindicatório das pretensões políticas<sup>4</sup>.

A absorção dos meios de produção, pela classe que dominava a riqueza social, fazia com que exercesse, por via reflexa, o controle total da economia do trabalho humano e das nascentes instituições políticas. Tal situação reinante foi alterada, aos poucos, pelos períodos intermitentes das turbulências sociais.

A Democracia, como se vê, foi implantada, a princípio, de uma forma violenta, contra a injustiça social.

O documento Rhêtre, de Quios, é apontado como a mais primitiva disposição constitucional, e que expressa “a transição

do mundo rural, aristocrático e guerreiro, para o mundo urbano, potencialmente democrático<sup>5</sup>.

Os princípios cardeais da soberania popular e a liberdade individual, binômio angular do regime demo-liberal, estão contidos explicitamente no texto constitucional de Quios. Interpretando-os, conclui-se que a multidão tinha poderes para legislar e prover as magistraturas, cujos titulares exerciam o mandato junto ao monarca<sup>6</sup>.

Eis, de modo sucinto, o gradativo despontar da democracia. O seu fastígio, porém, só foi atingido no chamado século de Péricles, que dizia ser Atenas a “escola da Grécia”, ou como entenda Tucídides – “a Hélade da Hélade” -, coincidentemente com a sua idade de ouro da resplandecência artística, das letras e da literatura épica.

Por trás dessa densa atmosfera de cultura humanista da aristocracia espiritual, a política absorvia a vida do cidadão grego que cultuava o civismo sagrado da pólis. Inspirado por tal contingência, Aristóteles chamou o homem de “animal político”.

Na Atenas civilista, democracia era exercida “imediata e diretamente pelo povo” (Alencar). Os chamados cidadãos dirigiam-se à praça pública a fim de deliberar sobre as necessidades político-administrativas da cidade. Neste lugar de convergência, altar político da pátria, declarava-se guerra e fazia-se a paz, sentenciavam-se os delitos, a palavra era facultada a quem dela quisesse fazer uso, enfim, os problemas eram levantados e as soluções apresentadas. A sua importância era tão capital para o processo político, que autores como NITTI, em seu livro *A democracia*, obra clássica, aduziu que um povo sem Ágora era um povo escravo, como hoje um povo sem liberdade de opiniões e sem direito ao sufrágio.

Dessa forma, toda cidade egéia ou não, cujos habitantes cultuassem o regime democrático e prezassem a sua feição direta,

dispunham de um recinto próprio aonde afluíam em busca das suas definições estatais.

Os autores são unâimes em proclamar que era possível a consecução do plano político grego da democracia direta, dentro de certos parâmetros sociais da época.

Preliminarmente, a estrutura societária escrava possibilitava ao cidadão da pólis dar-se ao luxo de ocupar-se inteira e precipuamente das atividades públicas. Outra condição de ordem social que vinculava o ateniense ou o grego em geral a causa dos negócios citadinos, era a significação que a pólis inspirava na sua vida. Tanto a vida da cidade e a dele estavam intrinsecamente interligadas por laços inflexíveis e indissolúveis, e ele, o cidadão, sentia na consciência o dever altruístico que tinha de honrar, durante toda existência, em dar de si aquela entidade estatal, já que ela tudo lhe ofertava sem nada cobrar-lhe, a não ser o sentimento patriótico traduzido no amor às sagradas instituições políticas, fortalecendo o civismo e cultivando o heroísmo que era o ideal grego, contra o estrangeiro bárbaro.

O exemplo de Sócrates diz tudo: preferiu a morte, bebendo a cicuta da conspiração, para não trair todo um passado devotado em defesa dos costumes, dos ideais societários e, sobretudo, para ser “coerente com a alma da pólis”.

A política democrática helênica, irradiada para o orbe civilizado pelo gênio universal e filosófico de Sócrates, Platão e Aristóteles através da Academia e Liceu de Atenas, não admitia desligar o homem da sociedade do seu tempo. Podendo evadir-se para o exterior, por mãos amigas, Sócrates vacila na decisão dramática e prefere ficar com a pólis. Prefere morrer a permanecer vivo, deslustrando o ideal político ateniense.

A filosofia de Atenas ensinava: “detenha- se toda mudança política!”. E Heráclito já dissera: “Um povo deve lutar pelas leis da cidade como se fossem as muralhas dela”.

Preleciona Nitti que, para reconhecer-se a democracia, na Grécia, inquestionável seria premunir a todos os cidadãos com o emprego da isonomia, da isotimia e da isagoria conferindo à liberdade o fulcro granítico do pedestal da sua sociedade política.

A isonomia facultava a igualdade para todos, sem distinção de fortuna, classe ou grau. Na ordem jurídica todos tinham direitos iguais.

Pela isotimia todos tinham acesso livre aos cargos públicos, sem a exigência de títulos, laços de sangue ou prerrogativas hereditárias.

A isagoria ou direito de palavra concedida a todos que dela quisessem usar sob forma de expressão do pensamento, livremente. É hoje a nossa liberdade de imprensa ou livre opinião pública.

### **Formas de governo**

A democracia é uma forma de governo que vem figurando invariavelmente explícita ou implicitamente em todas as classificações, desde Platão.

Como foi dito anteriormente ela é a forma governamental em que o poder público é outorgado ao povo. Antes dela existiram outras? E quais as suas características? Deferirão de muito do modelo helênico?

Em resposta às indagações acima e, para melhor compreensão do assunto, faz-se mister a projeção, sem digressões, das principais e clássicas divisões das formas de governo, ao longo da história política dos povos.

Classificação de Platão:

- 1 – timocracia ou timarquia
- 2 – oligarquia
- 3 – democracia
- 4 – tirania

Do elenco referido o mestre ou sábio de Estagira, no seu livro *Nomoi*, citado pelo constitucionalista pernambucano Pinto Ferreira<sup>7</sup>, reduz a duas formas, que ele chama de “constituições matrizes”, das quais as outras emergiram, que são Monarquia e Democracia. Esta, a “soberania da massa”, e aquela, a “soberania de um só”.

Tipologia de Aristóteles:

- forma pura: monarquia, aristocracia, democracia
- impura: tirania, oligarquia, demagogia

Adiantou o fundador do Liceu de Atenas ser a Monarquia o governo de um só; a Aristocracia o de alguns e a Democracia o da multidão. Esclareceu ainda que a Tirania era a corrupção da Monarquia, a Oligarquia, a da Aristocracia e a Demagogia a de Democracia.

A primeira forma desta divisão tricotómica, segundo ele, “atende o sistema monárquico a exigência unitária na organização do poder político, exprimindo uma forma de governo na qual se faz mister o respeito das leis” (Paulo Bonavides)<sup>8</sup>.

Ao que concerne à Aristocracia, aduz o sábio peripatético ser o governo dos melhores: a sua exigência é a de selecionar os mais capazes.

Acompanha Platão quando considera a Democracia como sinônimo de liberdade. No seu livro *Política*, Aristóteles pontifica que o princípio basilar da constituição democrática e a liberdade, fazendo a “multidão soberana”, já que “nas democracias, os pobres são mais poderosos do que os ricos, uma vez que são mais numerosos, tendo a decisão da maioria e o poder absoluto”.

Salienta que a liberdade resume-se em cada um levar a vida livre, dispendo-a a seu próprio gosto, por ser tal disposição, legítima da liberdade, “pois o escravo não vive como quer”. Outro aspecto desse governo é não ter senhores, pela vontade da maioria. E caso não seja possível a concretização dessa pretensão, ser ora senhor, ora súdito, realizando a liberdade na igualdade para todos.

Formas puras no pensamento aristotélico são aquelas em que os detentores do poder soberano, seja um, alguns ou todos, exercitam-nas voltados para o interesse da coletividade. São julgadas impuras quando prevalece o interesse pessoal em detrimento ao comum.

Santo Tomaz de Aquino espousa a divisão tripartida ao filósofo grego. Diz o sábio autor da *Summa Teológica*: “Se aquele que governa um grupo de homens livres, os ordena ao bem comum de sua coletividade, seu governo é reto e justo, tal como convém a homens livres. Se, ao contrário, é em vista não do bem comum do grupo, e sim do seu próprio que ele domina, seu governo é injusto e irregular”<sup>9</sup>.

### c) Divisão de Cícero:

Repete a de Aristóteles, acrescentando mais uma forma – a do governo misto. Tal modelo, segundo o grande tribuno da Roma dos Césares, existia no Estado Romano e “vinha ser a melhor de todas”<sup>10</sup>.

A forma mista introduzia instituições políticas em um dos governos monárquico, aristocrático ou democrático, como um

Senado aristocrático ou uma Câmara democrática. A intenção era restringir os poderes das formas clássicas gregas.

Tratadistas há, consoante Paulo Bonavides, que admitem oferecer a Inglaterra um exemplo atual de governo misto, por possuir um regime monárquico, em que o Rei, a Câmara Alta e a dos Comuns constituem, conjunta e harmonicamente, o Parlamento, representando os três regimes, com a Coroa monárquica, a Câmara aristocrática (dos Lordes) e a democrática (dos Comuns).

**d) A de Maquiavel:**

Monarquia e República, sendo que esta última congregava a aristocracia e a democracia.

O autor de *O Príncipe*, que isolou a moral da política, no preâmbulo do primeiro capítulo do mencionado livro diz que “todos os Estados, todos os domínios que exerçam e exercem poder sobre os homens, foram e são, ou Repúblicas ou Principados.

**e) Montesquieu** exibe a sua classificação assim: a república, a monarquia e o despotismo.

A exemplo do “secretário florentino”, o autor do *Espírito das Leis*, tipifica a República como forma abrangente da aristocracia e democracia.

Cada forma tem para ele uma natureza e um princípio. A natureza do governo é expressada “naquilo que faz com que ele seja o que é”. O princípio, “vem a ser aquilo que o faz atuar”, o que dá o sentido anímico do poder: por exemplo: “as paixões humanas”.

Para Montesquieu a natureza da Democracia consiste em o poder pertencer ao povo. E o seu princípio se traduz na vontade, do amor à pátria, na igualdade, na liberdade, na veneração pelo civismo, pela educação e pelos ideais nobres.

Atinente à aristocracia, a sua natureza cifra-se em a soberania ser ditada por alguns; sendo o seu princípio a prudência dos que detém o poder.

Ao que tange à monarquia, ele acha ser o governo das “distinções, das separações, das variações e dos equilíbrios sociais”. Constituindo-se o governo de um só, aí reside a sua natureza. O seu princípio fundamenta-se no “sentimento de honra, no amor das distinções, no culto das prerrogativas”.

A natureza do despotismo é traduzida na transgressão das leis. O despota dirige o Estado pela sua vontade. O princípio do despotismo consubstancia-se no medo e na incerteza.

No seu livro principal – o *Espírito das Leis* –, Carlos de Secondat diz que “o despotismo não é outra coisa senão uma multidão de iguais e um chefe”<sup>11</sup>.

f) Bluntschli ratifica a classificação de Aristóteles, adicionando a ideocracia ou teocracia, que taxa as formas fundamentais, chamando de secundários os governos autocráticos ou servis, governos semilivres e governos livres, ou populares.

Para ele existem sociedades políticas cuja soberania tem como sede uma divindade.

A teocracia pode degenerar-se ou corromper-se, transmutando-se em idolocracia ou veneração de ídolos.

g) Com o declínio da raiz tipológica grega, tem-se, atualmente, as formas governamentais, mediante a separação de poderes: governo – parlamentar, presidencial e convencional ou de assembleia, ou ainda governos pelo consentimento e pela coação.

O parlamentar e o de harmonia e comércio político recíproco entre os poderes legislativo e executivo.

O presidencial, obedecendo mandamento constitucional, e aquele em que os poderes executivo, legislativo e judiciário funcionam harmônica e independentemente entre si.

No convencional, prepondera mais a atração legiferante.

Os governos pelo consentimento seriam os “limitados, os livres, os da liberdade”. Os pela coação, os “absolutos, os totalitários e os governos da ditadura”<sup>12</sup>.

**h)** Divisão das formas governamentais de Thomas, Hermens e Kelsen:

Estados com prerrogativas de soberania ou Estados de privilégios, e Estados sem tais atribuições ou Estados democráticos.

Aos primeiros, Laun tipifica de “Estados de dominação”. Hermes emprega a expressão em relação a monarquia e à aristocracia.<sup>13</sup>

Elucidando, as monarquias, aristocracias e ditaduras se acham na faixa de Estados de privilégios, contrapondo-se a esta lista trinômio surgem os Estados inclinados e talhados a igualdade, como os democráticos,

Pelo exposto, com a cronologia assinalada desde a suposta gênese das organizações políticas até os dias atuais, a história dos povos parece transparecer uma passagem do Estado de privilégio para o democrático, ou seja, a mutação sociocultural da autocracia de poder ilimitado e violento para uma situação política de paz e justiça, liberdade responsável e ordem, tendo a moral e o direito como sustentação do edifício societário.

Bernatzik, no seu livro *República e Monarquia*, citado por Pinto Ferreira<sup>14</sup>, alude ter havido formas de governo anteriores as da classificação da filosofia helêника o do direito romano: as antigas categorias jurídicas dos germânicos não conheciam o poder unipessoal comportando-se o líder (rei) nessa legislação como rei

autêntico representante popular, dissidente da concepção classificatória grega, para a qual o poder efetivo e o número determinavam e fixavam o critério definitivo das formas de governo.

## **Tipos de Democracia**

Apresenta-se a Democracia sob variados tipos quanto seja influenciada por situações históricas ou circunstâncias sociais prevalentes, derivadas por contingências de eventos culturais, geográficos, demográficos e econômico-sociais em geral.

Os tipos dominantes ao longo da sua trajetória são:

- democracia direta
- democracia indireta ou representativa
- democracia semidireta ou mista

## **Democracia Direta**

O primeiro modelo foi aquele praticado no Estado-cidade da Grécia. Era quando o povo exercia a plenitude da soberania política, isto é, a decidia pela sua ação. Congregado no Ágora, ele excitava a democracia de uma cidade de número limitado de habitantes, onde para os chamados cidadãos inexistia a vida civil, dedicando-se inteiramente à política. Todas as questões eram resolvidas ali na praça pública. Questões judiciais, legislativas, administrativas. O ambiente cultural ensejava o ecletismo das deliberações multifárias da época, quando aquela multidão fazia as vezes de Tribunal, de Assembleia ou Conselho, muito antes da “separação dos poderes”, semeada por Locke e depois estruturada por Montesquieu. Fazia-se a guerra e assinava-se a paz. As resoluções eram exercidas imediatamente pelos cidadãos da pólis, decidindo tudo de corpo presente.

Nos tempos hodiernos, sobrevive, ainda, em alguns cantões da Suíça, a democracia clássica direta, considerada pura: Glaris, os dois Appenzell e os dois Unterwald. Uri, segundo Aderson de Meneses<sup>15</sup>, desapareceu em maio de 1928.

Duguit<sup>16</sup> conceitua: “O governo direto em sua plenitude implica ao corpo de cidadãos o exercício por ele mesmo de todas as funções do Estado, a função legislativa, a função administrativa e a função jurisdicional”, embora reconheça a impossibilidade de o povo praticar os atos administrativos.

A democracia direta teve curso na Grécia e em Roma, tendo sido também praticada pelos antigos germânicos, “sendo que o poder de Estado competia somente à Assembleia” (J. Wiefels).

G. Sartori, na sua *Teoria Democrática*<sup>17</sup>, alude que na pólis, como nas suas imitações medievais, o sistema de governo baseava-se na participação pessoal e real de todos os cidadãos da gleba. “Aí, então, tínhamos uma democracia realmente autogovernante”.

O procedimento do mundo clássico, em que os governantes e governados compartilhavam o poder, quando este era delegado aos cidadãos, não exibindo o cunho representativo moderno, justifica-se perfeitamente. Se as condições eram adequáveis, naquela época, para a aplicação do autogoverno, plausível e racional seria que um sistema baseado na participação é mais seguro do que aquele baseado na representação”. (Sertori, o.c.).

A democracia por via direta passou pela tela da história numa fase permissível ao grau de evolução sociológica e política dos povos da época.

## **Democracia Indireta**

Nesta, o povo outorga poderes ilimitados aos seus representantes. De posse do mandato, os dirigentes eleitos dos diversos

poderes, na conformidade com o preceituado nas Constituições e textos legais de seus Estados auferem e desempenham o exercício da política.

A adoção do tipo da democracia indireta foi compelida ao homem por circunstâncias imperativas, ditadas pelo progresso das nações. Múltiplos foram esses fatores. O principal foi o de ordem demográfica. Os contingentes populacionais de qualquer cidade atual impossibilitam a prática da categoria, pura do regime democrático. A pólis grega cingia um número limitado dos cidadãos participantes da Ágora. A parcela maior de sua população, composta dos escravos e das mulheres, não compartilhava das decisões dos negócios públicos. Daí não ser difícil a realização periódica dos comícios “no recinto da nação” pelo coro político.

Hoje, com a abolição da escravatura e a emancipação de votos femininos não são possíveis tais concentrações cívicas.

Um outro motivo prende-se à mudança de vida do homem moderno. Na Atenas de Péricles, o cidadão não tinha vida civil propriamente dita. Dava-se a política por inteiro. Nos dias presentes, ele faz política apenas acessoriamente. Outras ocupações inerentes ao desenvolvimento do século da luz absorvem-no por completo.

Outro fator decisivo e que a evolução gradativa dos tempos mudou tudo. No Ágora, resolia-se toda e qualquer matéria de qualquer área e mais complexa que fosse. A separação dos poderes racionalizou os assuntos. Hoje as questões judiciais, legislativas e administrativas não pertencem mais a uma pauta comum. O Estado moderno criou órgãos a que os poderes delegam competência ou que a legislação específica define.

O Ágora da Jônia foi substituído pelos Palácios. Parlamentos e Tribunais, lugares destinados às reuniões transcendentais dos representantes das grandes cidades.

Fundamenta-se a democracia indireta na soberania popular através do sufrágio universal, do pluripartidarismo, da distinção dos poderes, da igualdade de todos perante a lei, da representação como égide das instituições políticas, da delimitação e harmonia entre as prerrogativas dos poderes, da liberdade de opinião, de fé religiosa, de reunião, dos mandatos eletivos por prazos determinados, do direito da oposição, etc.<sup>18</sup>

Na modalidade popular indireta, “o poder é do povo, mas o governo é dos representantes em nome do povo: eis aí toda a verdade e essência da democracia representativa”.<sup>19</sup>

### **Democracia Semidireta**

A terceira forma é a chamada democracia semidireta, que se apresenta como um traço de união entre as duas últimas, aproximando-se da democracia direta, mediante determinados institutos.

Constata-se haver entre as duas formas anteriores uma espécie de abismo que distanciava uma da outra: a modalidade dos antigos e a dos modernos.

A categoria mista, numa visão comparativa, se constitui, como se verá, numa autêntica ponte, ligando as outras duas, aproximando-se, assim, da primeira, da democracia direta e pura.

O ilustre autor cearense expressou-se a contento linhas acima, quando citado, dizendo que na democracia direta o poder é do povo, mas o governo pertence aos seus representantes, já que eles legislam e decidem.

Na democracia semidireta a não participação do elemento popular é por demais diluída. Ele quase que participa diretamente das decisões. Ele tem o poder, a soberania, como na fórmula representativa, tem o governo que falta na indireta, pois toma

participação ativa nas matérias importantes da coisa pública, quando é convocado a participar através dos chamados institutos da democracia mista.

A democracia semidireta veio revigorar o regime democrático na época contemporânea. Expõe B. e Duez: “Graças ao referendo, reaver o eleitor sua soberania, ficando o governo de todos por todos restaurado na medida do possível”.

O constitucionalismo democrático coeve recebendo luzes da doutrina da soberania popular, criou dispositivos imprescindíveis à participação dos eleitores nos negócios políticos.

Tais mecanismos de ação eleitoral são chamados Institutos da democracia semidireta ou mista, que são entre outros:

- o referendum: consultivo e arbitral
- o plebiscito
- a iniciativa
- o direito de revogação: o *recai!*, o recall dos juízes e das decisões judiciais; o *abberufugsrecht*.
- o veto

No referendo, o povo tem a faculdade de sancionar as leis mediante o sufrágio. Na democracia indireta, quando o projeto de lei é aprovado em plenário pelo Legislativo, somente se transforma em lei com a sanção do Executivo. Na hipótese de veto parcial ou total e que retorna ao Legislativo para sua apreciação e final promulgação.

Na democracia semidireta tal poder de sanção, em casos importantes, é conferido ao povo, através do voto.

Como se evidencia, na democracia mista o governo é compartilhado com o povo.

O referendo pode ser constituinte ou legislativo, com relação à *matéria* ou ao *objeto*. É constituinte quando aborda leis

constitucionais, ocorrendo o outro caso na aplicação das leis ordinárias.

Atinente aos efeitos, há uma distinção do referendo constitutivo do ab-rogativo. Dá-se o primeiro quando há disposição constitucional determinando que a norma organizada no Parlamento receba aprovação popular. Facultativo quando é atribuída competência a certo órgão ou parte do corpo eleitoral com o fito de consultar o eleitorado.

Ao que concerne ao tempo, distingue-se o referendo *ante legem* do *post legem*. O primeiro, designado também por anterior, consultivo, preventivo ou programático, dá-se quando a manifestação dos eleitores antecede a lei, à guisa de pesquisa prévia formulada à vontade popular, com relação a algum procedimento legislativo ordinário ou reforma de lei constitucional.

O *post legem*, chamado igualmente por referendo sucessivo ou post-legislativo, é o em que a lei já apreciada pelo poder originário é submetida à votação do colégio político.

A aplicação do referendo não se restringe tão somente aos atos normativos, às leis, mas abrange, também, assuntos outros de importância capital dos negócios públicos.

O plebiscito seria um “ato extraordinário a excepcional, tanto na ordem interna como externa”. Visa em especial medidas políticas, matéria constitucional, conducente “a estrutura essencial do Estado ou do seu governo”, modificações ou conservação das formas políticas, segundo a doutrina italiana (P. Bonavides, o.c.)

A iniciativa é o instituto que mais atende as preferências do corpo eleitoral no comércio legislativo. Na iniciativa, o corpo político eleitoral não legisla, mas compelle o poder próprio a fazê-lo.

O direito de revogação implica em adular o período do mandato de algum funcionário ou parlamentar. É usado

nos Estados Unidos e Suíça. Ele tem duas modalidades: o *recall* e o *Abberufungsrecht*.

A primeira modalidade consiste em destituir agentes do governo, legisladores ou magistrados, acusados de algum ato considerado ilícito. No caso de rejeição da medida, o denunciado continua no cargo durante outro período ou reeleito para outro mandato. A sua aplicação cinge-se mais a esfera municipal e estadual.

A outra modalidade, o *Abberufungsrecht*, é aplicável no caso de revogação coletiva.

Finalmente, o voto e a instituição de democracia mista, em que o eleitorado pode manifestar-se contrariamente a um ato ou lei, já aprovado e publicado. Decorrido o prazo à consulta popular, a lei é tida como perfeita. “silêncio popular equivale à sua aceitação” (Duverger).

## Conclusão

O Estado democrático, não obstante se apresentar diferente em alguns países, onde o seu credo político é professado, a sua essência é imutável, sob o angulo filosófico, traduzida nos seus valores, como os ideais de liberdade, de igualdade, dos direitos do Homem e soberania popular.

Cada país tem suas peculiaridades polarizantes de sua cultura. As democracias, portanto, não podem ter um caráter uno, absoluto e uniforme, variando pelas características próprias de cada nacionalidade.

A democracia é a forma de governo, e a única que atende aos desejos insopitáveis de todas as classes sociais. Sob o seu manto protetor, todos tendem a uma relativa igualdade, na conformidade de suas aptidões físicas, psicológicas, intelectuais. O desempenho do

cidadão para conquistar o lugar ao sol é mais livre do que nas chamadas sociedades fechadas, dos regimes totalitários. Os preconceitos sociais são mais atenuados nas democracias, os laços de sangue não têm tanta influência e a educação anseia bater em toda porta, dos palácios aos tugúrios mais distanciados da civilização.

A filosofia do regime democrático propende para a melhoria do homem integral: somática, intelectiva e moral. Quer elevar o homem num todo, ajudando-o na sua realização na vida. A democracia é por essência humanista.

O homem, pelo hedonismo, é naturalmente atraído para a felicidade. Ele visa, em especial, o conforto, a tranquilidade, o seu bem interior e exógeno, trabalha para edificar a sua felicidade, da sua família, da sua pátria, da humanidade.

A felicidade do homem não pode existir dissociada do ideal da liberdade e da necessidade da igualdade, pedras angulares da democracia.

O mundo foi feito por Deus, mas é dirigido pelo homem. Para isso, o Criador dotou-o de inteligência e vontade, iluminando-o com a fé. O homem é, por conseguinte, o motor do mundo. Sendo ele bom o mundo irá bem. Do contrário, será o lobo do seu irmão, acreditando em Hobbes.

Para a marcha do mundo ser retilínea e ascensional, ela dependerá exclusivamente do comportamento do seu condutor, que é o homem. Sendo ele intrinsecamente gregário, sendo refratário à solidão, vive em sociedade. Esta florescerá na medida do seu comportamento, beneficiando o Estado, sociedade maior, que a abarca e a dirige sob o império de uma estrutura jurídico-legal.

Pelo exposto, vê-se, sem febricitante esforço, que tudo parte do homem e tudo depende do seu comportamento político-social.

Sendo assim, a Democracia, o melhor regime para a formação do homem, será, por consequência, a melhor alternativa política para o mundo, já que a felicidade deste depende, logicamente, da felicidade do homem.

Faço inserir, em seguida, frase de Leslie Lipson, do seu “A Civilização Democrática”<sup>20</sup>, na mesma linha do pensamento acima aduzido: “O Estado democrático apela para a nossa inteligência como seres racionais e para o nosso sentimento de justiça como criaturas morais”.

A democracia, no evolver das civilizações, mudou o procedimento político das sociedades. O fenômeno do poder foi convertido, como a doutrina teocrática, o privilégio de herança, a posição social... num simples mandato de compromisso único para com a sociedade. A fim de anular o abuso do poder, a democracia, que é o regime constitucional da maioria, adequou aos seus institutos e códigos os instrumentos legais da minoria com o direito conferido a oposição, de crítica e a publicidade de todos atos do governo e contestatórios da citada oposição.

“A democracia é”, portanto, como disse John Dewey: “mais do que uma forma de governo; é primacialmente uma forma de vida associada, de experiência conjunta e mutuamente comunicada”.

O que não se verifica nos regimes autocráticos, onde o Estado se apresenta como o Leviatã que esmaga o homem.

A democracia representativa moderna deve formar líderes capazes, sob o aspecto intelectual e moral, para conduzirem a sociedade contemporânea a um futuro promissor, de conformidade com o pensamento de Aristóteles:<sup>21</sup> “aí está a razão pela qual aquele que ordena deve ter a virtude moral em toda sua perfeição”.

Contribuindo para a ética e a educação, para ideais de liberdade e a necessidade da igualdade, na medida do possível, em

relação ao homem, a democracia se projeta no cenário conturbado da civilização presente como a melhor forma de governo.

## Notas

- 1 **La Competence dans le democratie**, p. 251 apud Aderson de Menezes. Teoria Geral do Estado. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 307
- 2 FERREIRA, Pinto. **Teoria Geral do Estado**. Tomo II, p. 109/110 – 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. José Konfino, 1957.
- 3 FERREIRA, Pinto. op. cit., p. 104-105.
- 4 **Enciclopédia Mirador**. Vol. Crusta – Egito, p. 3.200.
- 5 Id.
- 6 Id.
- 7 FERREIRA, Pinto, op. cit., p. 68-69.
- 8 BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**.
- 9 FERREIRA, Pinto, op. cit.
- 10 BONAVIDES, Paulo, op. cit.
- 11 BONAVIDES, Paulo, op. cit.
- 12 FERREIRA, Pinto, op. cit.
- 13 FERREIRA, Pinto, op. cit.
- 14 FERREIRA, Pinto. op. cit.
- 15 MENEZES, Aderson de. op. cit., p. 310.
- 16 BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 330-331.
- 17 SARTORI, Giovanni. **Teoria Democrática**.
- 18 BONAVIDES, Paulo, op. cit.
- 19 BONAVIDES, Paulo, op. cit.
- 20 **A Civilização Democrática**. Vol.III
- 21 **Política**.

---

# O DIREITO À TUTELA DA SAÚDE: NOTAS SOBRE UM CONTRIBUTO POTIGUAR PARA A SEDIMENTAÇÃO DO FEDERALISMO

**Edilson Pereira Nobre Júnior**

*Desembargador Federal*

*Professor da Faculdade de Direito do Recife*



*A capacidade para a diversidade  
é uma das fortalezas do federalismo.*

George Anderson<sup>1</sup>

O Direito, não em sua teoria, pura, assim por dizer, mas em sua prática, mostra-nos um componente incrível de resistência.

Não se duvida que, nestas plagas, a maior antinomia para com o Estado de Direito se evidenciou no período conhecido como Estado Novo, denominação que haurimos a partir de modelo implantado pelos irmãos lusitanos<sup>2</sup>.

É indiscutível que se vivenciava uma época na qual, no Ocidente, com o propósito de se confrontar a uma expansão do Comunismo, advindo com a Revolução Russa de 1917, proliferaram vários regimes de exceção, a partir de uma percepção consante a qual a democracia liberal não seria um modelo político eficaz para o combate ao “perigo vermelho”. À guisa de exemplos principais, assomaram o fascismo italiano em 1919 e o predomínio do partido nazista na Alemanha em 1932.

Assim, a Lei Constitucional de 10 de novembro de 1937, seja pelas injunções que o tempo lhe impunha ou não, desbordou de todas as características que se exigia para um texto que deveria se vocacionar ao controle do poder e não para autorizar o seu exercício imoderado.

Escrita por um jurista que, à época, mais empenhado estava para a conquista do coração de uma viúva<sup>3</sup> – que se dizia combinar riqueza com uma beleza sem igual – do que para o

sentimento democrático, foi um documento que consagrava a arbitrariedade como regra. Não somente pela farsa que envolvia a redação de seu preâmbulo, cuja única e real utilidade seria traduzir-se numa assombração às crianças e adolescentes, mas por desarranjar a organização do Estado brasileiro<sup>4</sup>.

Num rápido compulsar, alguns aspectos do referido documento, que manteve a sua vigência praticamente no plano das disposições transitórias, pois a sua real vigência estava condicionada a um plebiscito previsto para não acontecer (art. 174), foram o desvirtuamento do federalismo, reduzido ao seu aspecto nominal, diante da nomeação dos chefes do Poder Executivo dos Estados-membros pelo Presidente da República (art. 176, parágrafo único), a dissolução sem prazo do Poder Legislativo, com a transferência integral da competência legislativa ao chefe do Poder Executivo (art. 122) e a consagração de direitos fundamentais mediante uma textura assinalada por limitações ao seu conteúdo (art. 122).

Mesmo em tal conjuntura, marcada pela adversidade democrática, tivemos manifestações de um bom exercício da jurisdição administrativa. Um deles consistiu no julgamento do HC nº 6.887<sup>5</sup>, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, tendo como relator o Des. Seabra Fagundes.

Trata-se de recurso interposto por H. L. C. de sentença denegatória de habeas corpus, proferida pelo Juiz de Direito da Segunda Vara da Comarca de Natal, em cujas razões o recorrente impugnava a aplicação do Decreto Estadual nº 377, de 22 de dezembro de 1937, especialmente dos seus arts. 224 e 225, os quais disciplinavam o isolamento os doentes de lepra em estabelecimento adequado de saúde.

Não se discute que, no seu voto, o relator expôs argumentos que se apresentam em conformidade com o entendimento doutrinário e jurisdicional consolidado.

Ao afirmar que o diagnóstico de enfermidade capaz de ensejar o isolamento compulsório competia à autoridade sanitária, que, para tanto, além de se embasar em dispositivo de lei, tinha a sua justificava em face da natureza técnica da constatação. Mas tal não se assentou sem olvidar que, em casos excepcionais, não se exclui a competência revisora do Judiciário<sup>6</sup>.

Da mesma forma, restou assentado, a partir do conteúdo, da própria regra de direito federal, regente da matéria (arts. 145 e 156, Decreto nº 16.300/23), que havia espaço à valoração da oportunidade e conveniência acerca do deferimento ou não do isolamento domiciliar, o qual, assim, não constituía direito subjetivo.

Mas o que, em caráter principal, desperta atenção é a afirmativa, durante uma prática constitucionalista extremamente centralizadora, do princípio federativo, mediante o reconhecimento da competência legislativa do Estado-membro, numa articulação com a inerente à da União.

A Lei Constitucional de 1937, ao enumerar, no seu art. 16, as hipóteses de competência legislativa privativa da União, fez referência, no seu inciso XXVII, às normas fundamentais sobre a defesa e proteção da saúde<sup>7</sup>.

Em face da expressão “normas fundamentais”, a balizar a competência da União, visualizou o relator a existência de espaço dentro do qual poderia o Estado-membro desenvolver a sua atividade legislativa. Acresceu ainda que o art. 18 do referido diploma teria ressalvado, explicitamente, a atuação normativa dos Estados-membros quando se tratar de matéria inerente à saúde.

Desse modo, facultou-se que pudesse o Estado-membro dispor sobre tema de relevância, para os fins de ajustar a sua disciplina às peculiaridades locais e, assim, melhor atender ao interesse público.

É de se transcrever passagem do voto do relator:

*Como se vê à União foi reservada a privatividade em matéria de defesa, somente no que concerne às normas fundamentais da legislação. Logo aí o constituinte deixou largo campo à legislação dos Estados, tendo em vista, certamente, que, se a política sanitária do país deve obedecer a um plano de conjunto, as medidas administrativas destinadas à sua execução têm de revestir sempre um caráter peculiar em cada zona do vasto território brasileiro, dado que cada região tem condições e problemas sanitários próprios.*

Sendo assim, restou afastada a inconstitucionalidade, sob o prisma formal, do Decreto nº 377, de 22 de dezembro de 1937.

Ao instante da Constituição de 1988, e precisamente durante a pandemia da COVID-19, o entendimento do relator do HC nº 6.887, embora sem menção expressa, foi ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, quando da interpretação do art. 24, XII, do texto magno, o qual estatui competência legislativa corrente à União, Estados e Distrito Federal, no que concerne à proteção e defesa da saúde, para reconhecer a possibilidade destes últimos legislarem no sentido de salvaguardar o interesse local<sup>8</sup>.

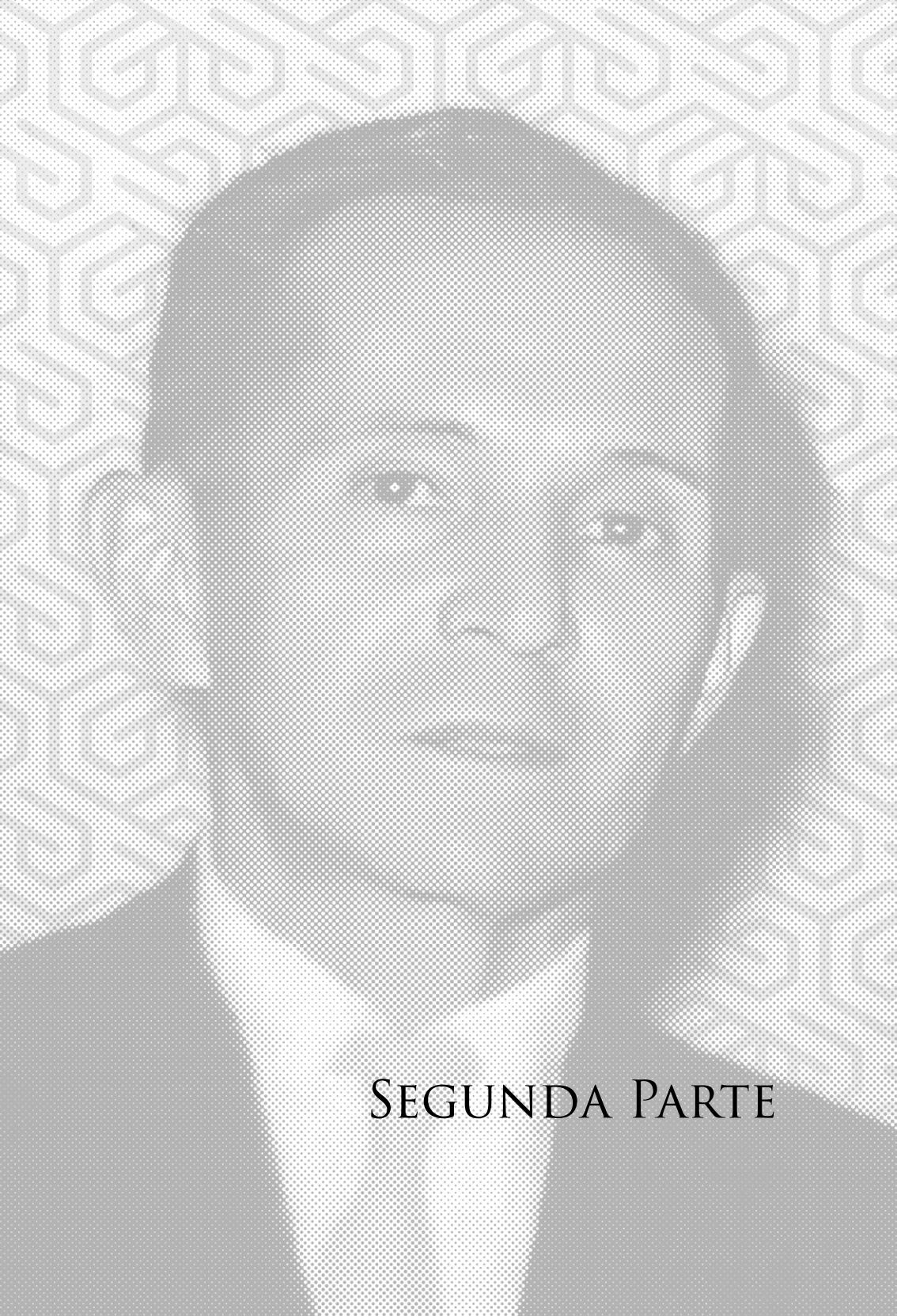
Isso permite rematar que o voto-condutor do Des. Seabra Fagundes, num formidável golpe de vista, delineou a quintessência do modelo federativo, a qual pode bem ser novamente expressada nas palavras de George Anderson:

*Se tem uma essência do federalismo, esta é a existência de duas ordens de governo constitucionalmente estabelecidas com um grau de autêntica autonomia com respeito a outra, sendo os governos de cada nível responsáveis perante seus respectivos eleitorados<sup>9</sup>.*

## Notas

- 1 “La capacidad para la diversidad es una de las fortalezas del federalismo” (*Una introducción al federalismo*. Madri: Marcial Pons, 2008, p. 21. Tradução para o espanhol por Isabel Vericat y Celorio Morayta).
- 2 Chamou-se de Estado Novo o regime político, de cunho extremamente autoritário, que vigorou em Portugal nos anos de 1933 a 1974, cuja liderança coube a Oliveira Salazar e, a partir de 1968, a Marcelo Caetano. O seu lastro jurídico foi a Constituição de 11 de abril de 1933, com suas alterações posteriores.
- 3 Ver o relato de Jorge Amado (*Os subterrâneos da liberdade. Volume 1. Os ásperos tempos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, pp. 131-132). Se o Romeu foi bem-sucedido em sua investida, ficou a incógnita. Quanto à criação literária, há o registro de que se tratava de largo poema, de monotonia terrível, a ser, mesmo assim, editado em *plaquette* de luxo, papel da Holanda.
- 4 Um exame analítico da Lei Constitucional de 1937 realizamos por ocasião de um escrito anterior (O poente do constitucionalismo brasileiro: a Constituição de 1937. In: *História do Direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 389-410).
- 5 Eis a ementa do julgado: “MAL DE HANSEN – AMEAÇA DE INTERNAMENTO EM ESTABELECIMENTO NOSOCOMIAL – ‘HABEAS CORPUS’. – O diagnóstico, para esse efeito, é atribuído por lei à autoridade sanitária e só em casos excepcionais é lícito ao Poder Judiciário intervir para apreciar as conclusões e proteger o indivíduo contra internamento legal. – É constitucional o regulamento administrativo que determina o isolamento nosocomial compulsório de doente de lepra. Os arts. 16 e 18, letra “c”, da Carta Constitucional, autorizam os Estados a legislar supletivamente em tudo que se refira a assistência e saúde pública, reservando à União a privatividade legislativa somente no que respeita às normas fundamentais da matéria. – O Regulamento Federal de Saúde Pública (dec. 16.300, de 1923) não erigiu o isolamento domiciliário em direito subjetivo dos doentes de lepra. Deixou-o como simples concessão ao livre arbítrio da autoridade sanitária” (unânime, *Revista Forense*, ano XXXVIII, Vol. LXXXVII, pp. 223-224, agosto de 1941). Ajustou-se, para fins de transcrição, a ortografia do julgado, adaptando-a à vigente.
- 6 O entendimento usufrui de atualidade doutrinária (Luis Cosculluela Montaner. Manual de derecho administrativo. 7<sup>a</sup> ed. Madri: Civitas, 1996. Volume I, p. 314), no sentido da possibilidade da demonstração, em casos onde a decisão administrativa se baseia em valoração técnica, do erro de apreciação relativo à existência ou adequação do motivo.
- 7 Art 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: [...] XVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 25 maio 2023.
- 8 Pleno, ADPF 672, unânime, rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 29-10-2020.

- 9 Si hay una esencia del federalismo, ésta es la existênciam de dos ordenes de governo constitucionalmente estabelecidos con um grado de auténtica autonomia respecto del otro, siendo los gobiernos de cada nível responsables ante sus respectivos electorados” (*Una introducción al federalismo*. Madri: Marcial Pons, 2008, p. 22. Tradução para o espanhol por Isabel Vericat y Celorio Morayta).



## SEGUNDA PARTE



---

# A EXTINÇÃO DA ASSESSORIA JURÍDICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**Carlos Roberto de Miranda Gomes**

*Procurador do Ministério Público de Contas  
Professor Emérito da UFRN  
Escrivor*



O Estado do Rio Grande do Norte teve o pioneirismo de colocar no texto da sua Constituição vigente (de 03 de outubro de 1989), um dispositivo prevendo a criação da Assessoria Jurídica do Estado, com cargos de carreira, consoante dispõe o seu art. 88, *in verbis*:

*Art. 88. Para assessoramento jurídico auxiliar aos órgãos da administração direta, indireta, fundacional e autárquica, o Estado organiza nos termos da lei, em cargos de carreira, providos, na classe 111 inicial mediante concurso público de provas e títulos, observado o disposto nos arts. 26, § 6º, e 110, a Assessoria Jurídica Estadual, vinculada diretamente à Procuradoria-Geral do Estado.*  
*Parágrafo único. Nas mesmas condições do “caput” deste artigo para assessoramento jurídico auxiliar aos órgãos administrativos do Poder Legislativo, a Assembleia Legislativa organiza a sua Assessoria Jurídica, vinculada diretamente à Procuradoria-Geral da Assembleia Legislativa.*

Essa disposição constitucional mereceu regulamentação pela Lei nº 5.591, de 03/04/1990, com sucessivas alterações (Lei 6.623/1994 e LC 424/2010, esta alterando a Lei 8.014/2001, finalmente a LC518/2014) ofertando as competências dos Assessores Jurídicos do Estado do Rio Grande do Norte, cumprindo as normas emanadas da Procuradoria Geral do Estado à qual ficaram atrelados, dando-lhe outras atribuições, estabelecendo quadro efetivo e forma administrativa da sua movimentação.

Desta maneira, a Constituição Estadual de 1989 veio para consolidar uma situação jurídica preexistente, qual seja a trans-

formação dos antigos cargos de Técnicos Especializados, “A”, “B” e “C”, do Quadro de Pessoal do Estado, Parte II, Tabela II, consante a Lei nº 5.542, de 16/9/1986.

Pois bem, em que pese essa carreira já consagrada no mundo jurídico do Estado, com serviços inestimáveis prestados em vários setores da administração direta, indireta, funcional, empresas públicas e de economia mista, um ou mais de um procurador do Estado, inusitadamente, causa uma verdadeira pandemia ao entronarem no Judiciário uma Ação Direta de Inconstitucionalidade e impugnação de vários dispositivos da Carta Estadual, a partir do art. 88 e de outras leis posteriores, alegando conflito, em disposição de observância obrigatória pelos Entes formatados que relaciona na lide.

Ora, as atribuições dos Assessores Jurídicos não colidem com as dos Procuradores do Estado, eis que aqueles atuam em forma preliminar, não definitiva e em processos de menor complexidade, deixando aos Procuradores a competência de representar o próprio Estado, pois aqueles assessores estavam subordinados a estes e nunca ombreados nem funcionalmente, nem nos montantes de retribuição financeira.

Vale ressaltar, que o motivo maior da criação da Assessoria Jurídica foi reduzir o acúmulo de serviços da Procuradoria, assorberada com processo de segunda expressão na ordem jurídica do Estado, na condição singular de Advogados do Estado e também Consultoria do Poder Executivo. A exigência de parecer jurídico, era exigido no Decreto-lei nº 2.300/86 (art. 31, inciso V), que depois foi explicitado, com maior clareza e designação expressa de parecer da assessoria jurídica (Lei nº 8.666/93, art. 38, VI).

Entendo desidioso esse esdrúxulo e extemporâneo comportamento dos autores da ação, pois deixaram consumir muito tempo para tomarem essa iniciativa, sem que nunca tenha havido

conflitos, sem atentarem para os serviços relevantes dos assessores, alguns já falecidos, outros aposentados, criando um verdadeiro efeito cascata deletério para os servidores que acreditaram na correção de suas atividades e agora até em fase de extinção pela não abertura de novos provimentos. A Assessoria Jurídica veio para dinamizar os processos mais simples, mas de solução imediata, sem qualquer colisão com as atribuições constitucionais da Procuradoria do Estado.

Efetivamente, não sei o propósito pouco oportuno dos proponentes da ação de inconstitucionalidade, depois de tantos anos já consumados e não me proponho a essa discussão face a minha vetusta idade e estado de saúde, mas reúno forças de ir além, na defesa de uma corrente respeitável da filosofia do Direito, partindo do fato de que “A Lei não Esgotar o Direito” e, ainda, o verdadeiro Direito tem em sua finalidade a “Busca da Justiça”, não se perdendo no amontoado (cipoal) de legislação e decisões em casos diferentes, pois cada Estado possui a sua própria realidade fática.

Em formidável artigo, que adoto pela excelência jurídica, o Procurador Regional da República Marcelo Alves Dias de Souza, Doutor em Direito (PhD in Law pelo King's Collge London – KCL), com propriedade e espírito de garimpador do verdadeiro desaguadouro da finalidade do Direito – A Justiça, ensina:

### **“O realista escandinavo”**

Em regra, relacionamos a expressão “realismo jurídico” a uma escola desenvolvida nos EUA na virada do século XIX para o XX e, até mais interessantemente, durante os anos 1930. Mas a história do direito registra um segundo realismo, o escandinavo, que teve como expoentes Axel Hägerström (1868-1939), Vilhelm Lundstedt (1882-1955), Karl Olivecrona (1897-1980) e,

mais badaladamente, Alf Ross (1899-1979). E é sobre este último pensador que conversaremos hoje.

*Alf Niels Christian Ross* nasceu em Copenhague, na Dinamarca, em uma família de classe média. Formou-se em direito, na universidade da sua terra, em 1923. Correu pela Europa, especialmente pela Inglaterra, França e Áustria (onde conheceu Hans Kelsen), durante mais de dois anos. Tentou sem sucesso um doutorado na Universidade de Copenhague. Foi trabalhar com o já citado Axel Hägerström na Universidade de Uppsala, na Suécia. Ali obteve o seu primeiro doutorado em 1929, título que viria também a obter, finalmente, na Universidade de Copenhagen, em 1935. Em Copenhagen, foi professor de direito constitucional e de direito internacional. Além de jus-filósofo e grande nome do realismo jurídico, Ross foi um prático do direito, como consultor a serviço do seu país e juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos, em Estrasburgo, na França.

*A obra de Ross é vasta* e, para além da filosofia jurídica, mergulha nos ramos do direito versados pelo autor. Como não sei dinamarquês, vou citar alguns títulos em inglês: “Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law” (1946), “A Textbook in International Law” (1947), “Constitution of the United Nations” (1951), “Why Democracy?” (1952), “On Law and Justice” (1959), “Directives and Norms” (1968) e por aí vai. Destes, destaco o badalado “On Law and Justice”, que possuo em português, numa edição da Edipro, de 2000, com o título “Direito e Justiça”. Citarei o dito cujo aqui.

Antes de mais nada, é preciso *destacar a oposição de Ross – e, de resto, dos demais realistas escandinavos – a uma “metafísica” do direito, no sentido de supervvalorização de verdades a priori, sejam elas verdades jusnaturalistas ou positivistas.* E a caracterização do fenômeno jurídico com fundamento no que é realmente decidido pelos operadores do direito, inclusive influenciados por fatores

psicológicos que todos nós carregamos (e, aqui, enxerga-se uma grande aproximação com realistas americanos da segunda fase).

Retiro de “Direito e Justiça” algumas sacadas de Ross. Quanto ao jusnaturalismo, ele chega a tê-lo com uma “prostituta”, que está à disposição de qualquer um. Afinal, para ele, não existe ideologia “que não possa ser defendida por um apelo à lei da natureza”. Quanto ao positivismo, ele desdenha da crença de um infalível “poder do legislador para reformar a comunidade e o direito de acordo com a razão”. *Para ele, “a regra jurídica não é verdadeira nem falsa; é uma diretriz”*. E diz: “associativamente às grandes codificações, o legislador, na vã esperança de preservar sua obra, tem proibido, amiúde, a interpretação das normas e que a prática dos tribunais se desenvolva como fonte do direito. [...] Na Dinamarca, depois da aprovação do Código Dinamarquês, em 1683, proibiu-se que os advogados citassem precedentes perante a Corte Suprema. A medida foi rescindida em 1771. Essas proibições drásticas se provaram ineficazes [...]”. *Para ele, atribuir valor sagrado à lei (e mesmo a um precedente vinculante), em condições sociais mutantes, seria grave formalismo e uma ofensa ao que se costumou chamar de “equidade material”.*

Ross não é nenhum radical, que fique claro. Na verdade, é muito interessante – e salutar – a sua noção de direito e de justiça. Ele reconhece a necessidade de um ordenamento jurídico positivado, com racionalidade e objetividade que, sem dúvida, dará estabilidade, previsibilidade e igualdade ao direito de determinado país. E afirma que a norma positivada deve ser o fundamento inicial da decisão judicial (até para termos alguma proteção contra as subjetividades do juiz do caso). Mas a norma positivada deve ser aplicada por uma subjetividade/juiz, sejamos “realistas”. E aí que está: como fazer isso corretamente, com equidade? Numa ciência jurídica em que muitos querem se ver livres das “amaras” da lei, *Ross prega uma realista objetividade na sua aplicação:*

*deve-se trabalhar com o típico, o normal, na aplicação diária da lei. Sem invencionices que levem a desvios de padrão.* Há normas que apresentam ambiguidades de significado e alcance, permitindo/exigindo do juiz uma maior elasticidade de interpretação. Mas, mesmo nesses casos, *o juiz deve prezar pela razoabilidade e experiência dos seus pares. A sua decisão será objetivamente justa quando estiver dentro do típico normal; do contrário, será perniciamente injusta.*

Gosto desse norte realista do direito e da justiça de Ross. Parece-me objetivo e operante (destaque do autor).

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a matéria, por unanimidade, considerando inconstitucionais as normas do Rio Grande do Norte que criaram e estruturaram a Assessoria Jurídica Estadual. No julgamento da ADI 6500, o Plenário entendeu que a previsão viola o artigo 132 da Constituição Federal, segundo o qual compete aos procuradores dos estados e do Distrito Federal a representação judicial e a consultoria jurídica das unidades federadas.

A argumentação da Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (Anape), que patrocinou a demanda, a pedido da PGE do RN argumentava que o órgão tem atribuições de consultoria jurídica próprias da Procuradoria do estado.

Em voto seguido por unanimidade, o relator, ministro Edson Fachin, explicou que o princípio da unicidade da representação judicial veda a criação de órgão de assessoria jurídica diverso da Procuradoria do estado para exercer parte das atividades privativas dos procuradores, ainda que haja previsão de vinculação à Procuradoria-Geral do Estado. Assim, para o ministro, o artigo 88 da Constituição estadual é inconstitucional.

A inconstitucionalidade também se aplica à Lei Complementar estadual 518/2014, que, segundo o relator, trata de efeti-

va desconcentração de poder, pois o titular do órgão é designado diretamente pelo governador do estado, e as atribuições dos cargos usurpam competências privativas dos procuradores de estado. “A unicidade institucional veda a atuação concorrente das atribuições jurídicas”, afirmou.

Em verdade, num estudo aprofundado da matéria, essa concepção não representa a realidade. Afinal foi efetuado o julgamento pela Suprema Corte. Contudo, quanto a sua eficácia, com justiça, respeitou a situação pessoal dos ocupantes dos cargos, acompanhando a proposta do relator e modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tornando o órgão de assessoria jurídica e os cargos de assessores jurídicos uma carreira em extinção e impedindo que seus atuais ocupantes exerçam funções privativas relativas à assessoria jurídica, senão sob a supervisão direta de procuradores e procuradoras do estado.

Aqui não estou participando de uma disputa de hermenêutica, mas sim de uma apologia da exegese que deveria ter sido dada à gênese inspiradora da criação da Assessoria Jurídica do Estado, rendendo homenagem à compreensão e altruísmo do saudoso deputado Nelson Queiroz (relator da Constituição) e do seu Secretário Geral, advogado e hoje procurador do Estado, Herbát Spencer, que me acolheram na condição de então Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do RN, e permitiram a introdução da categoria na Lei Constitucional do Estado, há mais de duas décadas.

Coragem meus amigos e amigas fiéis, membros da agora extinta Assessoria Jurídica do Estado do Rio Grande do Norte – Deus é a Luz Maior do Caminho da Justiça, que mais cedo ou tarde SERÁ FEITA, da forma que for possível para reparar esse equívoco!





# MÁRIO MOACYR PORTO: VIDA E OBRA EM SÍNTESE

**José Adalberto Targino Araújo**

*Procurador do Estado*



**RESUMO:** Mário Moacyr Porto foi uma figura influente no direito acadêmico e proeminente em disciplinas jurídicas diversas como direito imobiliário, direito civil, hermenêutica e estética jurídica. O presente estudo analisou vida e a obra desse importante jurista que não apenas teorizou sobre temas diversos do Direito, como também se empenhou em abordar sobre a beleza da escrita jurídica. A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica, operacionalizada pela revisão de literatura em artigos, livros e sites de internet que se dedicam à análise da temática abordada permitindo concluir que Mário Moacyr Porto soube, com maestria, explorar a dimensão estético-expressiva da argumentação jurídica, ora aproximando-a de sua retórica judicial e de sua produção doutrinária, ora com o propósito de recriar, com a linguagem, verdades e também as ilusões que acompanham os seres racionais que ainda não se enveredaram pelos caminhos do autossaber que sobrepuja sobre a emotividade. Desta feita, Porto não se revelou apenas em esteta do Direito, mas também um brilhante hermeneuta, que merece ser lembrado no universo acadêmico e jurídico.

**Palavras-chave:** Estudo Biográfico. Moacyr Porto. Trajetória profissional.

**ABSTRACT:** Mário Moacyr Porto was an influential figure in academic law and prominent in diverse legal disciplines such as real estate law, civil law, hermeneutics and legal aesthetics. The present study analyzed the life and work of this important

jurist who not only theorized about different themes of Law, but also committed himself to addressing the beauty of legal writing. The methodology used was the bibliographical research, operationalized by the literature review in articles, books and internet sites that are dedicated to the analysis of the approached theme, allowing to conclude that Mário Moacyr Porto knew, with mastery, to explore the aesthetic-expressive dimension of the legal argumentation, sometimes bringing it closer to his judicial rhetoric and his doctrinal production, sometimes with the purpose of recreating, with language, truths and also the illusions that accompany rational beings who have not yet embarked on the paths of self-knowledge that surpasses the emotionality. This time, Porto was not only an esthete of Law, but also a brilliant hermeneutic, who deserves to be remembered in the academic and legal universe.

**Keywords:** Biographical Study. Moacyr Porto. Professional trajectory.

## **Introdução**

O direito é uma disciplina humanística porque trata de assuntos que dizem respeito a todos. Os estudos jurídicos, a educação, a teorização e a produção de literatura jurídica são as disciplinas institucionalizadas do Direito.

Sabendo-se que Mário Moacyr Porto foi uma figura influente no direito acadêmico e proeminente em disciplinas jurídicas diversas como direito imobiliário, direito civil, hermenêutica e estética jurídica, o presente estudo se dedicou à abordagem sobre a vida e a obra desse importante jurista que não apenas teorizou sobre temas diversos do Direito, como também se empenhou em abordar sobre a beleza da escrita jurídica.

Esse estudo se orienta em uma seleção dos principais temas abordados na obra deixada por Mário Moacyr Porto, com o propósito não apenas de transmitir o seu pensamento, mas também o de ampliar o conhecimento sobre as contribuições desse jurista e escritor à Ciência Jurídica. Assim, concentra-se, para além do estudo de sua biografia, em uma reflexão crítica sobre a importância dos seus estudos. A discussão ilumina uma série de questões, notadamente as contribuições desse doutrinador para a compreensão sobre a estética do Direito.

Para o desenvolvimento dessa pesquisa, a metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica, operacionalizada pela revisão de literatura em artigos, livros e sites de internet que se dedicam à análise da temática abordada.

## **1 A biografia de Mário Moacyr Porto**

O jurista e doutrinador Mário Moacyr Porto, nasceu no dia 03 de janeiro de 1912, no município de João Pessoa (PB), filho de José Domingues Porto e Nautília da Gama Guimarães Porto. Seu falecimento se deu no dia 20 de novembro de 1997 também na capital paraibana (GOMES, 2011).

Foi alfabetizado em casa por sua mãe, que era professora e, posteriormente, foi matriculado no Ginásio do Liceu Paraibano. Seu pai era juiz, mas o próprio Mário Moacyr Porto, em suas memórias relatou que após o falecimento de seu genitor, ele e seus irmãos passaram a viver em uma casa pobre, pois o seu pai não lhes deixou como herança nem mesmo casa para morar:

*Meu pai não deixou nada, nem mesmo casa pra morar. Naquele tempo que se convencionou chamar de bons tempos, as viúvas de funcionários, inclusive magistrados, não recebiam pensão do Estado. Ficamos assim, reduzidos a uma extrema pobreza (PORTO, 1990, s/p).*

Mesmo assim, sua mãe, que era professora, sempre os manteve em contato com os livros. Porto inclusive compara o hábito da leitura em sua casa, com o hábito de assistir novelas:

*Tinha o hábito de nos reunir, após a ceia, na paupérrima casa onde passamos a residir depois da morte do meu pai, e ler, para nós, romances franceses que traduzia. Quando hoje vemos famílias reunidas para assistir novelas de televisão, me vem à lembrança a cena de todos nós, reunidos para assistir à leitura dos romances, lidos em voz alta, por minha mãe. Dávamos preferência aos livros de Hugo, Ponson Du Terrail e Eugéne Sue. Para um exigente homem de letras, a seleção não era das melhores. Mas como gostávamos dessa leitura (PORTO, 1967, s/p).*

Este contato, desde cedo com os livros permitiu que Porto e seus irmãos se tornassem cidadãos eruditos. Ele mesmo fornece o seguinte relato: “sou de uma família de intelectuais. Todos os meus irmãos, seis, são professores universitários, médicos, advogados, políticos. Meu pai e avô paterno, magistrados. Meu avô materno, general do exército” (PORTO, 1967, s/p).

Do exposto, pode-se atribuir o sucesso acadêmico de Mário Porto, bem como de seus irmãos, à educação erudita e rígida que receberam de sua mãe.

Sobre a sua trajetória acadêmica, desde muito jovem concluiu o curso de bacharelado em Direito na Faculdade de Direito do Recife (1932), assumindo, pouco depois, o cargo de Promotor de Justiça no Ministério Público do Rio Grande do Norte. A então promissora carreira no Ministério Público do Rio Grande do Norte encerrou-se após o jurista recursar sua remoção para a comarca de Pau de Ferros (GOMES, 2011). Nesta época, retornou ao seu estado natal onde passou a ocupar o cargo de Promotor de Justiça, primeiramente na comarca de Piancó e, pouco depois, na comarca de Souza (LIMA, 2016).

Após aprovação em concurso público no ano de 1938, ingressou na magistratura do estado da Paraíba e, pouco a pouco, foi galgando todas as entrâncias, até fazer *jus* ao honroso cargo de Desembargador em 1952 (PORTO, 1994). Foi duas vezes Presidente do Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB), podendo-se destacar em sua gestão as melhorias estruturais realizadas e a propositura do Projeto de Lei que deu origem à Lei de Organização e Divisão Judiciária do Estado e a redação do Regimento da Secretaria do Tribunal de Justiça (RABAY, 2005). Em seu discurso de posse no TJPB, divulgado no livro de Deusdedit Leitão, Mário Porto deixa claro o seu posicionamento sobre o papel do jurista na sociedade:

*Nenhuma atividade proporciona ao homem tão amplas possibilidades de realizar-se do que a magistratura, e nenhuma época ofereceu ao magistrado tão sedutoras oportunidades de servir do que a atual. O juiz é um algodão entre dois vidros. Mas a sua sobre-humana missão não se cifra em conjurar ou amortecer os choques dos interesses conflitantes. Quando o mundo estala pelas costuras, o poder de orientar, intervir e dirigir da magistratura, longe de extravagar dos modelos da sua disciplina, é uma inelutável imposição do interesse público. [...]*

*O que é necessário é dar vida e calor humano ao ordenamento jurídico da nossa época. O que se impõe a nós juízes é um trabalho de recriação do Direito através de uma aplicação progressiva da norma (PORTO apud LEITÃO, 1985, p. 132-133).*

Em termos acadêmicos, não obstante seu destaque na literatura jurídica brasileira, se destacou também em sua participação no Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Hamburgo, Alemanha, com a apresentação de uma tese intitulada a “Responsabilidade pela guarda das coisas inanimadas”

(CAMELO, 1998, p. 30). Atuou, ainda, publicando inúmeros e notáveis artigos em importantes periódicos nacionais, o que fez desse jurista um proeminente doutrinador, tendo, inclusive, publicado uma de suas obras, o *Traité de Responsabilité Civil*, na França, o que fez com que se tornasse um doutrinador de renome em âmbito mundial (RABAY, 2005).

Mário Moacyr Porto consagrou-se também como docente. Em um primeiro momento, lecionou a disciplina Direito Civil na Universidade da Paraíba, da qual foi, também, fundador no ano de 1949, Reitor e Diretor de sua Faculdade de Direito.

Referida instituição de ensino foi federalizada ainda em sua administração, porém, veio o regime militar e este foi um período classificado por Porto como “caótico” devido ao autoritarismo que passou a reinar. Não obstante, foi um período que em termos de infraestrutura, a UFPB experimentou grande crescimento, inclusive com a construção de novos *campus* e intenso processo de modernização (reafirme-se, permeado pelo autoritarismo, que podia ser observado até mesmo na formação dos professores). Este foi também o período (1964, regime militar) em que Porto foi destituído da reitoria pelo Governo Federal. Antes, no entanto, deu sua contribuição para o desenvolvimento desta instituição de ensino que, em suas palavras, era pobre e destituída de infraestrutura, recursos físicos e humanos, segundo Porto, até mesmo as viagens que fez a Brasília para tentar obter recursos para a Universidade, eram custeadas por ele próprio:

[...] não havia automóveis, não havia nada. [...] Por exemplo, eu tinha que ir a Brasília ou ao Rio para cuidar dos interesses da Universidade, inclusive obter verbas e outras vantagens para a Universidade junto ao Ministério. A Universidade não tinha dinheiro, e eu ia às minhas custas. A Universidade não me pagava passagem, nem ajuda de custo, não me pagava nada. Hermes Pessoa

*também fazia muito isto, ia cuidar dos interesses da Faculdade de Direito às suas custas. Até presentes levamos para o Diretor de Ensino Superior, as nossas custas. De maneira que era uma fase heroica, de abnegação e renúncia. Não havia nada, só muita boa vontade, muito sacrifício e muito espírito público (PORTO apud GOMES, 2011, p. 88).*

No entanto, no período militar, como já afirmado, foi destituído do cargo e, por esta razão, mudou-se para a cidade de Natal, estado do Rio Grande do Norte, passando, então, a lecionar na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Em Natal, também exercia a profissão de advogado e seu prestígio na profissão contribuiu para que no biênio 1983-1985, fosse nomeado Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Seccional do Rio Grande do Norte e do Tribunal de Ética da Seccional da Paraíba da OAB, órgão este que lhe prestou grande homenagem, ao passar a ostentar o seu nome (RABAY, 2005).

Seu talento como escritor de obras jurídicas de gêneros literários diversos (artigos, crônicas, poesias e reflexões), propiciou o seu ingresso na Academia Paraibana de Letras, onde ocupou a Cadeira nº 4, da Academia Paraibana de Letras e também na Academia Norte-riograndense de Letras na Cadeira nº 20 (GOMES, 2011).

Ao aposentar-se na magistratura, Mário Moacyr Porto também atuou na iniciativa privada, passando a dedicar-se à atividade empresarial, onde demonstrou ser um líder nato. Tornou-se Presidente da Mineração Tomaz Salustino S.A., maior mineradora brasileira, do setor de produção da scheelita, sediada no município de Currais Novos, RN, que na década de 80, respondia pela quase totalidade da produção nacional deste minério (PORTO, 1985).

Atualmente é grande o acervo produzido pelo douto doutrinador, estando parte dele publicado em sites jurídicos e disponível na rede mundial de computadores, parte nas Universidades, notadamente o Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ), que recebeu uma grande doação de seus familiares, contendo obras raras, publicadas em diversos idiomas, a maior parte relacionada a temas afetos ao Direito Civil, além de correspondências que trocava com outros renomados doutrinadores europeus (LIMA, 2016).

Os juristas da atual geração, porém, não têm conhecimento do quanto rica é a sua produção jurídica, o que torna a revisitação à literatura produzida por Mário Moacyr Porto ainda mais importante, tendo em vista o brilhantismo de suas reflexões para a Teoria Geral do Direito, Direito Civil, Filosofia e Dogmática Jurídica.

No presente trabalho, será destacada a sua contribuição para a estética jurídica.

## **2 As contribuições de Mário Moacyr Porto para a estética jurídica**

Literatura é provocação. Essa noção muito enfatizada no âmbito da estética da recepção – uma das vertentes mais prestigiadas da teoria literária contemporânea – pode ser trazida para realizarmos uma leitura diferenciada das obras de Mário Moacyr Porto.

Se, de um lado, é reconhecido o valor da criação literária como provocação, pressupõe-se, por outro lado, que essa é provocação para o pensamento, em particular o pensamento jusfilosófico, isso porque tradicionalmente é atribuída à literatura um papel criador, por ser de sua vocação provocar modificações ao questionar determinados valores culturais e sociais estruturantes

do âmbito do direito, findando por auxiliar no sentido de sua redefinição. Esta, segundo Porto (1994) é a razão pela qual a interrelação existente entre Direito e Literatura admite ao Direito assimilar e, até certo ponto, reproduzir as características inerentes ao afazer da literatura, em especial o questionamento, o refletir criativo, e a inovação, permitindo um revigorado olhar sobre as certezas e convencionalismos próprios do fenômeno jurídico (dever ser), ampliando, assim, sobremaneira, o espaço da crítica.

No modo de Iris Marion Young (1987), a filosofia do direito e a teoria política definem equivocamente tal conceito com vistas a um ideal de racionalidade e de razão ética que opera no espaço público. Essa perspectiva tem de ser questionada: a oposição entre público e privado que a referida concepção pressupõe “corresponde à uma oposição entre razão de um lado e corpo e afetividade e desejo do outro” (YOUNG, 1987, p. 59).

A interpretação jurídica sempre foi uma preocupação dos juristas. Conhecer o significado de um conjunto de signos da escrita é uma tarefa indispensável na compreensão do sentido e alcance do texto. Não apenas do texto escrito, a interpretação se faz presente em quase todas as formas de comunicação humana, em especial na ciência jurídica e na arte. Na arte, por sua vez, a interpretação do objeto artístico é sinônimo de compreensão da intenção do autor da obra prima, a qual, por outro lado, não é tarefa fácil ao leigo.

Na ciência jurídica pode-se destacar diversos momentos históricos na trajetória interpretativa. No direito constitucional, ensina Bulos (2014) que diversos métodos foram criados para solucionar as questões hermenêuticas constitucionais, podendo-se citar os métodos clássicos ou tradicionais de exegese, importados do Direito Civil e definidos por Savigny, a citar, o grammatical, o lógico, o histórico e o sistemático.

A interpretação da norma jurídica é imprescindível para a compreensão do seu sentido. Para Porto (1994), a Hermenêutica significa declarar, anunciar, interpretar, esclarecer e traduzir algo, ou seja, auxiliar na compreensão de algo.

Por sua vez, Vasconcellos e Alves (2012) defendem que a hermenêutica clássica, que é aquela com base no pensamento liberal-individual, não pode ser mais utilizada para a compreensão do Direito, na medida em que possui cunho objetivista-reprodutiva com uma visão unilateral da interpretação jurídica, sem contextualizar com a história e os fatos que compõem o arcabouço em que inserido o direito a ser interpretado. Conclui os autores que se faz “necessário ao hermeneuta adotar novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado do método da subsunção, tradicionalmente utilizado.” (VASCONCELLOS; ALVES, 2012, p. 291).

A arte representa a compreensão do artista sobre algo, muitas vezes como espelho da realidade em que vive. A interpretação da obra de arte exige a assimilação de significados externos àqueles postos à vista pelo artista. A hermenêutica jurídica, por sua vez, pretende interpretar a norma e se utiliza de métodos hermenêuticos desenvolvidos paulatinamente pela comunidade jurídica, sendo de especial relevância a compreensão da estética jurídica para Mário Moacyr Porto.

Para Reale (1994) a compreensão do direito como “fato histórico-cultural” significa reconhecer a realidade dialética em que inserido o direito, isto é, que ela – a compreensão do direito – é um processo em que o fato, o valor e a norma são elementos. A compreensão do Direito, para o autor, depende, portanto, das três dimensões acima citadas, as quais devem ser compreendidas em sentido filosófico e não físico matemático.

Todos esses ramos do conhecimento citados são fenômenos culturais criados pelo homem para a compreensão do mundo e

dele mesmo. “Ser humano é ser que pode ser compreendido nas diversas possibilidades hermenêuticas incluindo suas idiossincrasias, aporias e incompletudes” (ARANTES; SCHETTINI, 2013, p. 10). E é nesse sentido que se justifica a compatibilidade entre Direito e Literatura, à medida que esta pode ajudar na compreensão daquele ao narrar um aspecto do fenômeno jurídico de determinada sociedade, por exemplo.

É viável, portanto, utilizar a estética artística para compreender o Direito, na medida em que este é produto humano e, por isso, pode e deve se utilizar de fatores externos na sua interpretação.

A partir da narrativa estética, no magistério de Porto (1994) o jurista pode compreender melhor a realidade como ela é, repensando as teorias acadêmicas e os seus próprios preconceitos.

A partir do exame da trajetória de Porto, percebe-se que as camadas de experiência de recursos biográficos acumulados e acessados conscientemente podem ser encaradas como uma nova forma de conhecimento. Este conhecimento biográfico, que emerge do precário equilíbrio entre a vida-ser-vivida e a vida não-vivida ou potencialmente vivível, alimenta-se de um acervo de experiências não incondicionalmente acessível, mas que, no entanto, representa mais alternativas de preenchimento do campo social em que os indivíduos vivem suas vidas do que é possível compreender ou assumir o controle de forma realista.

Schütze (2010) comprehende que os contextos de formação de identidades de aprendizagens são entendidos analogamente como “ecologias de conhecimento” interconectadas em que os significados interacionais específicos da situação são organizados. De acordo com essa visão de coisas, os sujeitos fazem uso dos recursos dos diferentes ambientes socialmente organizados aos quais pertencem para se constituir e reconstituir discursiva-

mente a si mesmos e aos contextos institucionais nos quais eles interagem.

Exemplificando, quando do exame da trajetória de Mário Moacyr Porto, constata-se que essa exprime histórias de vida que são relevantes para a análise dos fenômenos sociais tendo em vista que representam a complexidade da ação social e permitem redefinir conceitos a partir de novos pressupostos. As histórias de vida, portanto, precisam ser analisadas, e não apenas coletadas e reproduzidas.

Analizando a trajetória de Porto, Lima (2016) aponta que seu expressivo número de escritos publicados ganha corpo através de diversos gêneros literários, como os artigos, as crônicas, poesias e reflexões diversas.

Lima (2016) reconhece que parte do trabalho de Porto se estabelece no campo da metalinguagem e das metodologias de ensino. Analisando a sua trajetória, a autora considera que o ilustre jurista e doutrinador se valia de momentos de seu cotidiano para compor o pano de fundo das discussões propostas por ele em seus textos.

Lima (2016) aponta que Mário Moacyr Porto conferiu grande destaque às questões referentes à região do país na qual nasceu, ou seja, a região Nordeste possuía predominância em sua obra, haja vista seu objetivo de chamar a atenção das autoridades responsáveis e do povo brasileiro para as possibilidades de melhor administração e desenvolvimento desta região do país. Nesse sentido, Porto (1989) reflete sobre essas questões ao afirmar que:

*Agora a sugestão é óbvia: Todas as pessoas de boa vontade e, notadamente, as que exercem uma parcela de influência na comunidade nordestina, reúnam-se e realizem um verdadeiro tour de force para que venhamos realizar de fato o que já temos de direito. A Ordem dos Advogados,*

*a Igreja, os Sindicatos, as associações de classe, os governadores, os congressistas, as Universidades, os jornalistas, e quem mais quiser juntar-se ao movimento reivindicatório, estribados na Constituição federal, assumam a condução do movimento. A hora e a vez do movimento chegaram (PORTO, 1989, s/p).*

No geral, como Porto (1989) explica em suas conclusões, todas essas são questões altamente complexas para as quais não há respostas particularmente fáceis (ou, não necessariamente, há respostas). De fato, o propósito do jurista informado é usar esses *insights* para interrogar sobre esses problemas ainda mais, vendo o Direito não como um conjunto separado e distinto de atividades distantes da sociedade, mas como uma parte integrante da sociedade da qual o jurista e seu trabalho são inseparáveis.

Diante disso, percebe-se o papel especialíssimo atribuído ao jurista. O termo “jurista” não teria então apenas uma conotação honorífica. Indicaria um tipo puro weberiano que pode se aproximar de alguns entendimentos atuais da prática jurídica; mas também identificaria um ideal normativo – algo intrinsecamente valioso.

Porto (1990) reconhece a grande responsabilidade que recai sobre o profissional da magistratura e reflete sobre a categoria:

*Eu mentiria a mim mesmo, que é a forma mais vergonhosa de mentir, se por conveniência ou pusilanimidade, silenciasse ante a perda irreparável que sofreu a magistratura e a cultura jurídica brasileira com o afastamento compulsório das suas atividades de três grandes e eminentes magistrados e juristas. Nós éramos senhor presidente, um poder desarmado, mas agora nem mesmo um poder somos, pois todas as nossas garantias não passam de reminiscências melancólicas de um estado de direito. O homem é feito a imagem e semelhança de Deus, porque*

*a ninguém é dado aviltá-lo pelo arbítrio, pois ele só se degrada quando se diminui por falta de respeito próprio. Peço senhor presidente, que se faça registrar em ata deste Tribunal, na íntegra, este meu pronunciamento, sob a minha exclusiva responsabilidade, para que os pósteros não digam amanhã que na Paraíba, de tão caras afirmações de independência e altivez, todas as vozes se calaram em um silêncio comprometedor (PORTO, 1990, s/p).*

Porto (1990) procura explorar ainda mais essa questão, considerando o papel dos *insights* no raciocínio jurídico, as tensões, desafios e oportunidades apresentados pelas mudanças do transnacionalismo e a crítica dos valores jurídicos. Nesses termos, argumenta em defesa da incorporação de *insights* sociológicos no pensamento jurisprudencial, e explica porque o jurista é, e deve ser visto como uma entidade separada e distinta do filósofo legal ou do sociólogo do Direito e explica que a produção da jurisprudência é uma atividade própria de juristas que apela para a ciência social em busca de aperfeiçoamento da prática jurídica.

Ainda referente à jurisprudência, quando da análise do seu texto *A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte*, publicado em 28.09.1986 no Jornal O Poti, percebe-se que o autor se inclina para uma compreensão de que a jurisprudência não deve ser considerada intercambiável, mas sim uma compreensão do Direito empiricamente guiada por valores e experiências de juristas visando garantir o bom funcionamento do Direito em seu contexto sócio-histórico na medida em que reforça a noção do Direito como um bem universal, levando em conta a geometria variável do propósito da lei, ordem e senso de justiça. Segundo Porto (1986), quando essa geometria se altera e favorece muito um aspecto desse triângulo, os resultados podem variar de desfavoráveis a catastróficos. Assim, o excesso de preocupação com os propósitos da lei pode resultar em pouca justiça ou ordem. Da mesma forma, a lei como ordem sem senso de

justiça pode levar à autocracia, que implica em concentração de poder em um só governante.

Ao examinar a obra de Porto, é possível então reconhecer que o senso de justiça é um valor muito presente na obra do jurista, o que se percebe por sua afirmação de que as normas só serão concretizadas quando o juiz entender, de maneira prática, os conflitos e os sofrimentos do seu próximo (PORTO, 1986).

Referente à análise da estética da linguística empregada na obra de Porto e seus reflexos na construção de um Estado de Direito, dentro dos estudos pesquisados, foram encontrados apenas estudiosos que se limitaram a abordar especificamente as semelhanças e conexões entre o julgamento estético e a escrita. No entanto, essas obras negligenciaram as importantes diferenças que distinguem o julgamento estético e o jurídico. Sem negar a existência de alguma continuidade entre o “julgar no domínio estético” e o “julgar no domínio jurídico”, Gearey (2001) aponta que existem importantes assimetrias que separam esses dois empreendimentos cognitivos.

Ao introduzir uma distinção mais afinada entre julgamento jurídico e estético, Porto (1996) considera que se pode obter três resultados positivos: uma melhor compreensão da natureza dos julgamentos jurídico e estético; impedimento da aplicação arbitrária de normas e regras legais; e uma análise da interação entre o jurídico e o estético que pode informar os sistemas jurídicos.

De forma correlata, Gearey (2001) considera que enquanto os juízes de direito com seus veredictos determinam o significado legal de uma ação levando em conta um corpo de leis existentes, os especialistas em estética não podem chegar a conclusões sobre o “significado” – ou sobre o valor – de uma obra de maneira semelhante. Por esta razão, o autor considera que os julgamentos legais dependem da aplicação de normas pré-existentes de ma-

neiras que diferem significativamente do que acontece quando se tenta determinar o valor estético ou artístico de um artefato. Isto porque ao julgar a estética, opera-se levando em conta a ausência de leis específicas.

A análise estética da estilística da escrita jurídica de Porto oferece um terreno fértil para trazer à luz suposições ocultas quanto à natureza da razão, assim como a análise da “arte conceitual” promete trazer à luz suposições ocultas quanto à natureza de um “conceito” (LIMA, 2016).

Além da presença das qualidades simplicidade, coerência e simetria dos textos jurídicos, há outras qualidades relacionadas a um conceito de razão inconscientemente herdado, mas extremamente simbólico. É possível perceber que Porto (1989) comprehende a necessidade da modulação estética do discurso quando da análise do trecho abaixo:

*Pelo contrário, cumprí as regras que me foram ditadas, os preconceitos que me foram impostos. Bem comportado, bom estudante, “comme il faut”. Cultivei, sem dúvidas, falsas virtudes, não por opção pessoal, mas inelutável imposição dos rígidos padrões morais de meu tempo. A confissão, além de processo catártico, é uma inconsciente “invenção” da nossa vida, da vida que poderia ter sido e não foi (PORTO, 1989, s/p).*

O uso altamente estilizado da analogia também é enfatizado. O que é interessante aqui ressaltar é que a profissão jurídica não tem como testar suas reivindicações de ser governada e justificada pela razão, a não ser apelando para seus próprios critérios formais. Como diz Gearey (2001), a lei é uma espécie de “teste de confiança” em que o sistema fabrica suas próprias condições de legitimidade e então tenta legislar como se essas condições fabricadas fossem verdades universais. Ademais, essas condições

têm um efeito legitimador, o que se percebe por meio de seu apelo à razão.

Também, em textos como *Senso crítico*, publicado em 03.07.1981 no Jornal O Norte e *Escrever. Por quê?*, publicado em 21.09.1986 no Jornal O Poti, percebe-se um sentido crítico do autor e um direcionamento do seu argumento para a compreensão de que a construção da argumentação jurídica seria muito melhorada se os profissionais do direito adotassem uma “dieta de leitura”. Explica-se. É que por vezes, o argumento de Porto repousa sobre a alegação de que o raciocínio jurídico adequado requer mais simpatia pela condição humana do que na fundamentação a partir da leitura de obras jurídicas, o que outros modelos de raciocínio jurídico não encorajam.

Ademais, Porto (1990) considera que para além da estética, deve haver um ensinamento do Direito que compreenda as bases da relação social. Assim, esse autor assume que o pensamento crítico é essencial para estudantes de Direito, advogados, professores e juízes. No entanto, não obstante essa consciência, Porto (1996) reconhece também que as faculdades de Direito nunca ensinaram sistematicamente o pensamento crítico a seus alunos.

Para estruturar seu pensamento, Porto (1967) faz um resgate da correlação entre normas jurídicas e Estado, reconhecendo que o Estado de Direito é parte integrante do sistema de governo em todos os países do mundo, e todas as pessoas, incluindo os servidores públicos, estão sujeitas a ele e devem segui-lo. Ao mesmo tempo, algumas de suas obras, a exemplo de *O Nordeste como região administrativa autônoma*, publicada em 22.02.1987, considera que a integração regional e local do Estado de Direito em diferentes países do mundo não é unificada.

Outro exemplo que requer alusão é o que depreende-se do exame da crônica *Maquiavel e o Nordeste*, publicada no Jornal O

Norte em 13.06.1996, em que verifica-se que o autor comprehende o Estado de Direito como uma base importante para: receber paz internacional, segurança e estabilidade política; desenvolver o crescimento econômico e social; e preservar os direitos e liberdades das pessoas.

De fato, a análise sistemática da obra de Porto aponta para o fato desse reconhecer que o caminho certo para as pessoas obterem serviços públicos, eliminarem a corrupção e organizarem o contrato social firmado entre os cidadãos e o Estado. O cumprimento da lei, por sua vez, garante proteção política, desenvolvimento, direitos humanos, igualdade de gênero e a proteção ao Estado de Direito nos países.

No entanto, Porto (1996) reconhece que existem fatores que pressionam e limitam o Estado de Direito. Há populismo, uso excessivo de decisões discricionárias, corrupção, analfabetismo, governantes incompetentes, imunidade parlamentar, falta de patriotismo e o próprio abuso da estética elitista da linguagem jurídica, que faz com que o texto da norma jurídica não seja acessível a todos.

Enfim, trata-se de uma produção doutrinária de particular relevância posto que desta que juízes e advogados têm um grande papel na formação e estabelecimento do Estado de Direito. Esses profissionais do Direito têm uma responsabilidade profissional única, que é a de promover a confiança do público no sistema judicial, o que pode ser feito, dentre outros meios, valendo-se se comportamentos e orientações éticas, recursos judiciais disponíveis e acessíveis, centros de atendimento jurídico aberto a toda população resguardando o direito de acesso à justiça, dentre outros.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este artigo apresentou uma breve descrição sobre a vida de Mário Moacyr Porto e avaliou criticamente a estética jurídica empregada e defendida por esse jurista e doutrinador paraibano.

Pela análise de sua produção doutrinária, percebeu-se que Porto entende ser o Direito um produto baseado na literatura. Ademais, evidencia-se que esse jurista entende que a estética do Direito levanta questões sobre ideais simbólicos do que é justo, baseado em princípios ou na interpretação racional.

Um exame da trajetória da vida de Porto possibilita a compreensão de que seu principal objetivo foi ajudar estudantes de Direito, advogados, professores que lecionam disciplinas da área jurídica e magistrados a se tornarem pensadores críticos. Reconhece, ainda, que a habilidade do pensamento crítico é um componente necessário ao desenvolvimento de uma sociedade legal e democrática.

Do exposto concluiu-se que Mário Moacyr Porto soube, com maestria, explorar a dimensão estético-expressiva da argumentação jurídica, ora aproximando-a de sua retórica judicial e de sua produção doutrinária, ora com o propósito de recriar, com a linguagem, verdades e também as ilusões que acompanham os seres racionais que ainda não se enveredaram pelos caminhos do autossaber que sobrepuja sobre a emotividade. Desta feita, Porto não se revelou apenas em esteta do Direito, mas também um brilhante hermeneuta.

## REFERÊNCIAS

- ARANTES, Bruno Camilloto; SCHETTINI, Beatriz. O ensino jurídico na terra de gigantes. In: NOGUEIRA, Bernardo G. B.; SILVA, Ramon Mapa (org.). **Direito e literatura:** por que devemos escrever narrativas? Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAMELO, Assis. Saudação a Mário Moacyr Porto. **Revista da OAB-PB**, João Pessoa, n. 2, p. 27-33, 1998.
- GEAREY, Adam. **Direito e estética.** Oxford: Hart Publishing, 2001.
- GOMES, Maria José Teixeira Lopes. **A presença de Mário Moacyr Porto.** João Pessoa: Ideia, 2011.
- LEITÃO, Deusdedit. **História do Tribunal de Justiça da Paraíba.** João Pessoa: A União Cia Editora, 1985.
- LIMA, Juliana Augusta Dionísio de. **História de vida professoral de Mário Moacyr Porto:** a cultura jurídica em favor dos direitos humanos (1950 – 1969). 2016. 131 f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.
- PORTO, Mário Moacyr. “O mundo de hoje estala pelas costuras”. Mário Moacyr Porto: um mestre em Natal. **Jornal O Poti**, Rio Grande do Norte, 20.08.1967.
- \_\_\_\_\_. Senso crítico. **Jornal “O Norte”**, Rio Grande do Norte, 03.07.1981.
- \_\_\_\_\_. Escrever. Por quê?, **Jornal “O Poti”**, Rio Grande do Norte, 21.09.1986.

\_\_\_\_\_. “A odisséia da empresa de mineração brasileira para sobreviver”. **Fisco – Revista mensal de informações econômicas, administrativas e financeiras**, João Pessoa, a. 16, n. 128, p. 8-14, jul. 1985.

\_\_\_\_\_. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Jornal “O Poti”**, 28.09.1986.

\_\_\_\_\_. O Nordeste como região administrativa autônoma. **Jornal Tribunal do Norte**, Rio Grande do Norte, 22.02.1987.

\_\_\_\_\_. Nordeste antes e depois da constituição. **Jornal Tribuna do Norte**, Rio Grande do Norte, 31.12.1989.

\_\_\_\_\_. Minhas alheias memórias. **Jornal Tribuna do Norte**, Rio Grande do Norte, 14.01.1990.

\_\_\_\_\_. **O efêmero e o eterno no direito**. 3. ed. Natal: s/e, 1994.

\_\_\_\_\_. As universidades regionais e o desenvolvimento do Nordeste. **Jornal “O Norte”**, Rio Grande do Norte, 20.04.1996.

\_\_\_\_\_. Maquiavel e o Nordeste. **Jornal “O Norte”**, 13.06.1996.

\_\_\_\_\_. Estética do Direito. **Revista do Curso de Direito da UFRN**. Natal: UFRN, v. 1, n. 1, jan./jun. 1996.

RABAY, Gustavo. Direito e Estética: arte e retórica em Mário Moacyr Porto. **Revista da Unipê**, João Pessoa, v. XIII, p. 56-65, João Pessoa, 2005.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SCHÜTZE, F. Pesquisa biográfica e entrevista narrativa. *In: WELLER, W; PFAFF, N. Metodologia da pesquisa*

**qualitativa em educação** – teoria e prática. Petrópolis: Ed. Vozes, 2010

VASCONCELLOS, Mércia Miranda; ALVES, Pedro Gonzaga. Hermenêutica jurídica: um olhar libertário sobre a interpretação do direito. **XXI Congresso Nacional do CONPEDI**. Tema: O Novo Constitucionalism Latino Americano: desafios da sustentabilidade. 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=dc2b690516158a87>. Acesso em: 05 mar. 2021.

YOUNG, Iris Marion. Impartiality and the Civic Public. In: BENHABIB, S.; CORNELL, D. **Feminism as critique**: on the politics of gender. Minneapolis: University, 1987, p. 59.



Este livro foi composto em  
Adobe Garamond Pro  
e impresso em cartão  
Duo Design 250g./m<sup>2</sup>. (capa)  
e Chambril Avena 80g./m<sup>2</sup>. (miolo)  
pela Offset Gráfica, Natal/RN,  
em julho de 2023.

[www.offsetgrafica.com.br](http://www.offsetgrafica.com.br)

## **MEMBROS DA ALEJURN**

### **Cadeira nº**

- 01** - Marcelo Navarro Ribeiro Dantas  
**02** - Cibele Benevides Guedes da Fonseca  
**03** - Isabel Helena Meira e Silva Cavalcanti Marinho  
**04** - Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro  
**05** - Armando Roberto Holanda Leite  
**06** - Paulo Lopo Saraiva  
**07** - José Adalberto Targino Araújo  
**08** - Luiz Alberto Gurgel de Faria  
**09** - Francisco de Assis Câmara  
**10** - Jurandyr Navarro da Costa  
**11** - Diógenes da Cunha Lima  
**12** - Zélia Madruga  
**13** - Adilson Gurgel de Castro  
**14** - Carlos Roberto de Miranda Gomes  
**15** - Erick Pereira  
**16** - Edilson Pereira Nobre Júnior  
**17** - Ivan Lira de Carvalho  
**18** - Marco Bruno Miranda Clementino  
**19** - João Batista Rodrigues Rebouças  
**20** - Valério Djalma Marinho  
**21** - Anísio Marinho Neto  
**22** - Odílio Botelho Medeiros  
**23** - Ivan Maciel de Andrade  
**24** - Francisco Barros Dias  
**25** - José Daniel Diniz  
**26** - Artur Cortez Bonifácio  
**27** - Maria Lúcia Cavalcanti Jales Soares  
**28** - Marcelo Alves Dias de Souza  
**29** - Walter Nunes da Silva Júnior  
**30** - Francisco de Sales Matos  
**31** - Josoniel Fonsêca da Silva  
**32** - Joainilson de Paula Rêgo  
**33** - Roberto Brandão Furtado  
**34** - Luiz Antônio da Silva  
**35** - Antenor Pereira Madruga Filho  
**36** - Estefânia Ferreira de Souza de Viveiros  
**37** - Ricardo Tinoco de Goes  
**38** - Francisco de Souza Nunes  
**39** - Lúcio Teixeira dos Santos  
**40** - Arthúnio da Silva Maux



RECTA RATIO

# ALEJURN

Academia de Letras Jurídicas  
do Rio Grande do Norte

ISBN-13: 978-85-6508-430-0



9 788555 084300

**Offset**  
Editora