

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

INFLAÇÃO LEGISLATIVA E SEGURANÇA JURÍDICA:

uma análise principiológica.

Bruno Goulart Cunha

Juiz de Fora

2011

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

INFLAÇÃO LEGISLATIVA E SEGURANÇA JURÍDICA:

uma análise principiológica.

Projeto de monografia de conclusão de curso nas áreas de Direito Constitucional e Filosofia do Direito, apresentado pelo Acadêmico BRUNO GOULART CUNHA à Universidade Federal de Juiz de Fora para conclusão do curso, sob orientação do Professor Doutor BRUNO AMARO LACERDA.

Juiz de Fora

2011

INFLAÇÃO LEGISLATIVA E SEGURANÇA JURÍDICA:

uma análise principiológica

Bruno Goulart Cunha

**Monografia apresentada ao programa de Conclusão de Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora**

Data da defesa: 01/12/2011

Prof. Dr. Bruno Amaro Lacerda

Prof. Dr. Leonardo Alves Corrêa

Prof. Dr. Marco Vinício Chein Feres

Dedico este trabalho a meu pai Adriano, *in memoriam*, por me ensinar que “na vida tudo dá trabalho” e que é sempre preciso ter coragem e determinação para vencer. Dedico também à minha mãe Vanusa, por estar ao meu lado e me apoiar em todos os momentos.

À minha namorada Camila, aos meus avós, Hélio e Daria, Nely e Calixto, e aos meus amigos que dão graça a minha vida.

Ao Orientador Professor Bruno Amaro Lacerda, por ter aceitado o desafio, por ter acreditado nele, tornando possível a elaboração do presente trabalho.

“Sonhos são gratuitos.

Transformá-los em realidade tem um preço”.

(E. J. Gibis)

RESUMO

O presente trabalho investiga, através de uma análise jurídico-teórica, o processo denominado como Inflação Legislativa, suas consequências danosas para a vida dos cidadãos e dos operadores do direito em geral, apresentando como uma possível solução, a maior utilização dos princípios constitucionais, medida esta que não contribui para resolver o problema por completo, mas que pode contribuir para amenizar os seus efeitos prejudiciais, posto que, como será demonstrado mais frente, a utilização de princípios pode tornar desnecessária a criação de lei em sentido formal.

Palavras-chaves: constituição, estado, estado de direito, inflação legislativa, leis, princípios, segurança jurídica.

ABSTRACT

The present paper research, through of one analysis theoretical – juridical, the process called as Legislative inflation, their damaging consequences for the life of citizens and operators of right in general, presenting like one possible solution, the biggest use of constitutional principles, measure this which can be able to contribute for reduce their prejudicial effects, how will be demonstrating forward, the use of principles can turn unnecessary the creation of laws on formal sense.

Key words: constitution, state, rule of law, legislative inflation, laws, principles, juridical security

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO I: DIREITO, LEGISLAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA.	
1.1. Considerações Iniciais.....	09
1.2.Segurança Jurídica.....	10
1.3. Lei e Estado de Direito.....	13
1.4. Inflação Legislativa.....	16
CAPÍTULO II: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	
2.1. Considerações Iniciais.....	22
2.2. Princípios Jurídicos.....	23
CAPÍTULO III: ANÁLISE DE CASOS PRÁTICOS.....	30
CONCLUSÃO.....	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	.41

INTRODUÇÃO

O presente estudo destina-se a tratar de um tema que apesar de ter sua existência constatada por vários autores pertencentes aos mais diversos ramos da ciência jurídica, ainda não foi analisado detidamente pela doutrina pátria, que é o tema referente ao fenômeno da inflação legislativa, ou do excesso de leis, fenômeno este que, segundo a ótica que permeia este trabalho, acaba por contribuir para a promoção de certa insegurança jurídica no seio da sociedade.

O trabalho, todavia, não se restringirá às tarefas de descrição ou constatação da existência da inflação legislativa, procurando ir além, apresentando uma possível solução ou amenização do problema, através da utilização da categoria de normas jurídicas denominada comumente por *princípios*, presentes em nossa Carta Constitucional.

Por fim, com o fito de demonstrar com maior clareza o objeto do presente estudo e as soluções aqui propostas, serão apresentados e analisados alguns casos práticos em que a criação legislativa se afiguraria desnecessária, ou ainda, que viria a trazer ganhos duvidosos à sociedade.

Todo o exposto acima sob a ótica do trecho de J J. Gomes Canotilho que diz que “A Constituição pode e deve fixar não apenas uma estabilidade juridicamente conformada, mas também estabelecer princípios relevantes para uma sociedade aberta bem ordenada.” (Canotilho, 2003, p.1436), com ênfase nas palavras Direito, Princípios, Segurança Jurídica, Leis e Constituição, sem pretender por motivos óbvios, esgotar o tema ou apresentar solução definitiva ao problema, que poderia ser assim formulado: os princípios jurídicos, se devidamente compreendidos podem amenizar o fenômeno da inflação legislativa?

CAPÍTULO I

DIREITO, LEGISLAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA.

1.1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Indubitavelmente é da essência do ser humano associar-se e viver em comunidade. No bojo da interação dos seres humanos em sociedade surgem relações de “cooperação, competição e conflito” (Nader, 2007, pág. 25) que encontram no Direito a necessária proteção, em outros termos, a preservação da garantia dos homens de poderem atuar vivendo em conjunto.

Múltiplas são as concepções existentes sobre o Direito, diversos são os conceitos e patente é a dificuldade em sua precisa conceituação. Entretanto, pode-se dizer, sem entrar no mérito das outras funções por ele realizadas, que o Direito de certo modo se afigura como uma criação do ser humano voltada para a garantia da ordem, para viabilização da vida em sociedade.

Deste modo, se afigura bastante evidente a conexão entre os termos Direito e Segurança, existindo até quem acredite que sejam termos indissociáveis entre si, até quando se fala na palavra Justiça, que poderia ser concretizada através da segurança jurídica. Arthur Kaufmann, em texto que será abordado mais a frente, chega a falar da segurança jurídica como uma das expressões do ideal justiça, de modo que a justiça seria ou estaria relacionada à ideia de paz jurídica.

Não há como afirmar que o fenômeno objeto deste estudo, o da Inflação Legislativa, vai de encontro ao conteúdo material (do Princípio) da Segurança Jurídica sem antes conceituar segurança jurídica, o que será feito a seguir.

1.2 – SEGURANÇA JURÍDICA

A respeito do tema, Arthur Kaufmann discorre com brilhantismo. Para o jurista alemão, segurança jurídica possui dois significados: 1) “Segurança através do Direito” e 2) “Segurança do próprio Direito”.

Em síntese, a segurança irá expressar-se pela garantia do Direito em conformar a sociedade em si, zelando pela ordem, ou seja, pela sua atuação no ambiente que lhe é externo, no ambiente em que produz efeitos. Na outra vertente, a segurança deverá ser promovida no interior do próprio Direito, entendendo-se que o Direito posto ou o aparato Estatal não estão imunes às vicissitudes, ao erro e à promoção de injustiças em geral.

Para o autor alemão, o primeiro significado estaria relacionado à segurança frente a atos que tendem a inviabilizar a vida em sociedade como o roubo, o homicídio e o inadimplemento contratual, para citar exemplos que o próprio autor fornece. A esta primeira concepção, se afigura possível associar a ideia de segurança jurídica como plano institucional desenvolvida pelo Prof. Luís Roberto Barroso (Barroso, 2009, p.323), segundo a qual sob a ótica institucional a segurança estaria atrelada a existência de aparato estatal (instituições, órgãos de controle, entidades de repressão etc) apto a garantir e fazer cumprir o disposto em lei pelos cidadãos.

Com relação ao segundo significado mencionado por Kaufmann, de maior relevância para o presente estudo, segurança jurídica seria a segurança “do próprio direito”, através, sobretudo, da garantia de sua “cognoscibilidade, aplicabilidade e efetividade”. Nessa toada, segundo o supramencionado autor, para o direito ser seguro se faz necessário haver:

- 1) *Positividade*, que se traduz na ideia de que não basta ao direito “ser posto”, como diz o jurista, ele há de ser na máxima medida do possível, calcado em pressupostos legislativos claros, exatos, que consigam eliminar a arbitrariedade. Traduzindo em exemplo temos que cláusulas gerais, termos que dão margem a

interpretações variadas, normas imprecisas acabam por criar uma insegurança a respeito do que seria ou é o direito.

- 2) *Exequibilidade Prática*, que consiste na afirmação de que o conhecimento dos fatos relevantes para o Direito deve ser na medida do possível, livre de erro. Este critério apresenta um aspecto curioso, pois na medida em que é capaz de promover a segurança, também o é de promover injustiças tendo em vista que se baseia no reforço do aspecto formal das hipóteses normativas, que como dito acima, pode vir a, tendo em conta as particularidades dos casos concretos, se chocar com o conteúdo material do termo justiça.

- 3) *Estabilidade do Direito*, pois este não “deve poder ser alterado com ligeireza”. Ora, o que muda ao “sabor dos ventos” com toda certeza é incapaz de trazer segurança. Por certo que o Direito não há de ser imutável, antes pelo contrário, ele há sempre de se adaptar para não perder seu poder de conformação social, entretanto constantes alterações legislativas traduzem-se em falta de uniformidade na aplicação do direito, em frustração de expectativas jurídicas legítimas dos cidadãos, e em total promoção de injustiças.

A esta segunda concepção, pode ser associada a ideia de segurança jurídica como plano objetivo, desenvolvida por Barroso, segundo a qual, sob a ótica objetiva, a segurança estaria atrelada à estabilidade do Direito (permanência e continuidade das normas jurídicas), à anterioridade das normas com relação às situações que disciplinam, e à irretroatividade das leis em geral, característica esta bastante vinculada à própria ideia de anterioridade.

Também contida na ideia de “segurança do próprio direito”, está a concepção do plano subjetivo da segurança jurídica, também desenvolvida por Barroso, que seria referente à proteção da confiança do administrado pela

Administração Pública, a quem incumbiria agir com coerência, lealdade e respeito às legítimas expectativas dos cidadãos.

Como síntese do esforço até aqui empreendido para tentar conceituar segurança jurídica, tem-se que esta significa primeiramente segurança através do direito, que se dá pela própria existência de aparato estatal voltado para garantia de segurança contra atos que inviabilizem a convivência social pela criação de conflitos ou tensões, ideia associada à concepção de segurança segundo a ótica institucional descrita por Barroso.

E, em um segundo significado, até de maior relevância para o presente trabalho, segurança jurídica significa segurança do próprio direito enquanto garantia de cognoscibilidade, aplicabilidade e efetividade do mesmo, somente implementada através da presença das características de positividade, exequibilidade prática e estabilidade. A este significado associa-se as concepções de segurança jurídica sob a ótica objetiva, subdividida em estabilidade, irretroatividade e anterioridade, e sob a ótica subjetiva, que consiste na proteção à confiança do administrado, todas as duas concepções descritas pelo Prof. Barroso.

Com a finalidade de enriquecer o presente trabalho, em brevíssima síntese, cabe também uma referência aos ensinamentos de Antonio-Enrique Pérez Luño sobre o tema. Para este autor, a segurança jurídica se concretiza através do cumprimento de dois tipos de exigências, uma de cunho objetiva e outra de cunho subjetiva.

As exigências objetivas se traduzem na “corrección estructural” a qual ele define como a adequada formulação das normas do ordenamento jurídico, que é tarefa por excelência do Poder Legislativo, a quem como consequência caberia cumprir tal exigência.

Exemplificando, seriam exigências objetivas a serem observadas pelo Legislativo: 1) *Lex Promulgata*, exigência de promulgação, porque somente através dela as leis chegam ao conhecimento dos cidadãos; 2) *Lex*

Manifesta , as normas devem ser na máxima medida, compreensíveis e despojadas de termos que possam lhe prejudicar o sentido (ambíguos, genéricos etc); 3) *Lex Plena* , nenhuma situação de ofensa ao ordenamento carecerá de resposta normativa, resposta esta, para condutas previamente tipificadas; 4) *Lex Stricta*, por excelência, a produção leis incumbe ao Poder Legislativo, órgão que deve respeitar inclusive a hierarquia legislativa no momento de criação de normas ; 5) *Lex Previa*, as leis afetam a realidade de vida em sociedade e promovem a segurança quando os cidadãos são capazes de calcular seus custos de seus efeitos jurídicos; 6) *Lex Perpetua* , em tese as leis tendem a terem vigência por prazo indeterminado, pois assim são capazes de trazer maior segurança para a sociedade.

A segunda exigência objetiva seria a de “corrección funcional”, decorrência óbvia da primeira “corrección”, posto que caso as normas sejam adequadamente elaboradas, nasce naturalmente um imperativo de cumprimento do Direito pelos cidadãos e pelos órgãos estatais.

A exigência subjetiva seria a de “certeza del Derecho” , que parece muito próxima da ideia de Kaufmann de “segurança do próprio Direito”. Diz o autor espanhol que a certeza do Direito estaria amplamente ligada à possibilidade de conhecimento do Direito pelos seus destinatários, ou seja, pelos cidadãos, de modo que o autor dá destaque à efetiva publicidade dos meios de comunicação, capazes, segundo sua ótica, de promover no seio da sociedade as disposições normativas existentes.

1.3 – LEI E ESTADO DE DIREITO

Dando prosseguimento a análise, após tentar atrelar o termo Direito à questão da Segurança Jurídica, com a definição e delimitação da última, cabe agora expor e adentrar com maior propriedade na questão que norteia nosso estudo, da Inflação Legislativa.

Antes, no entanto, um breve parêntese deve ser aberto para situar o termo Lei em uma posição central do estudo. A proposta do trabalho, como dito

na Introdução, consiste em analisar a temática da existência de legislação em demasia.

A afirmação de que existe um excesso na elaboração de leis, capaz de gerar insegurança jurídica e como consequência, graves danos sociais, coloca em “crise” um dos pilares do Estado de Direito, qual seja a própria crença na Lei, crença esta destacada pelo jusfilósofo italiano Gianluigi Palombella ao discorrer a respeito do processo de fundação do Estado de Direito moderno:

“Na realidade, o processo de fundação do Estado de Direito tem essa natureza de despersonalização do poder, em virtude da qual a imputação da soberania em sentido jurídico, tende a afastar-se da soberania em sentido político: nisso se traduz na aspiração a ser governado pelas leis e não pelos homens” (Palombella, 2005, p.142).

O Direito e o Estado em si “manifestam-se” por leis, em sentido lato, através da promulgação de Constituição (Federal e Estadual), edição de emendas constitucionais, leis delegadas, leis ordinárias, leis complementares, medidas provisórias, decretos etc, fato que por si só concede certo destaque ao termo na vida do estado moderno, mas que ainda não explicita toda a dimensão do papel exercido.

A passagem transcrita da obra de Palombella dá conta de que os homens acreditam com maior fervor na justiça de um governo “por leis” do que na justiça de um governo “por homens”, tendo em vista que o primeiro governo, acredita-se, será pautado no cumprimento e na observância de disposições racionais, neutras e imparciais na medida do possível, enquanto o segundo governo, ainda que não se afigure obrigatoriamente injusto, estaria sempre passível de mudanças arbitrárias ou, ainda, indevidamente justificáveis, fruto das manifestações volitivas do governante do momento.

Barroso constata que a crença na Legislação teria surgido em Atenas que teria vivido o “primeiro grande precedente de limitação do poder político – governo de leis, e não de homens” (Barroso, 2009, p.06).

Na esteira do exposto, tem-se que falar em leis é falar em dos pilares fundantes do moderno Estado de Direito, pois elastornaram possível a ocorrência do processo de despersonalização do poder político, imprescindível para surgimento e manutenção do sistema em que vivemos hoje.

A sociedade caminhava em um modelo marcado pela iniquidade, em que o poder tinha uma face representativa, um rosto, por vezes denominado divino, em que a figura do governante chegava se confundir coma figura do próprio Estado, para citar a célebre frase "L'Étatc'est moi", do Rei-Sol Luis XIV de Bourbon, subvertendo a ordem que para nós é hoje bastante clara de que os governantes servem a seus Estados, e não o contrário.

Logo, a despersonalização do poder era necessidade premente de uma nova classe econômica que ansiava por poder, mas também era fenômeno necessário para concretizar um sistema de governo mais justo (o que como dito acima, já havia sido constatado na Grécia Antiga, nas cidades de Atenas, Esparta) e menos sujeito a intempéries, oscilações.

A sociedade como um todo ansiava por regras, pelo uso da razão frente aos rompantes desarrazoados dos governantes, pela argumentação, sempre exigível face a tomada de decisões difíceis, pois propicia o debate, sendo, nas palavras de Amartya Sen, “uma fonte robusta de esperança e confiança em um mundo obscurecido por atos sombrios – passados e presentes” (Sen, 2009,p.76).

Nesse contexto é fundado o Estado de Direito, que se erige sobre o processo de despersonalização do poder, processo este concretizado pelo mesmo modo de que se vale o Estado para exercer suas atividades, através da edição, criação, revisão de Leis.

As pessoas passam a depositar suas crenças nas Leis, pois elas “são capazes” de concretizar os anseios da maioria respeitando as minorias, tendo em vista que é justo um Estado que as obedece, quando estas são justas, e estas se presume justas, via de regra. Quando a Lei se afigura injusta é porque o Estado nesse tocante é injusto, mantendo-se a regra de que lei é injusta porque o Estado o foi em primeiro lugar.

Expressão da mencionada crença na legalidade sem dúvida é o Princípio da Legalidade, de matriz administrativa, segundo o qual o atuar do agente público deve sempre se pautar em disposições permissivas legislativas, de modo que, grosso modo, o agir deve ser sempre autorizado por Lei (Carvalho Filho, 2008, p.17). Não cabe aqui adentrar em discussões referentes ao supramencionado princípio (referentes principalmente a sua novel compreensão como princípio da Juridicidade), cabe tão somente enfatizar que (1) a descrença na prudência do agente público e a (2) crença no conteúdo dos dispositivos normativos são tão grandes que a doutrina e jurisprudência conceberam um Princípio para consubstanciar o entendimento de que o agente público deve tão somente atuar (i) quando autorizado, (ii) no momento e (iii) na forma prefixadas por Lei, ainda que isso cause em face das particularidades do caso concreto, um resultado injusto.

Um derradeiro exemplo a respeito da importância da figura da Lei para a vida em sociedade, consta no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei”.

1.4 – INFLAÇÃO LEGISLATIVA

Nos tópicos antecedentes tentou-se conceituar o termo segurança jurídica, e tentou-se também situar no presente trabalho a importância das Leis e do Estado de Direito, de modo que cabe agora tratar da questão da inflação legislativa.

O termo por si só revela seu conteúdo: *Inflação*, termo muito utilizado na área das Ciências Econômicas, aqui é empregado no sentido de excesso, de situação agravado pela existência de um “objeto” em demasia, no caso, situação agravada pela existência de Leis ou de Legislação em demasia.

PérezLuño trata do problema com termo similar ao que foi aqui adotado, falando em “inflación normativa”. Com a devida vênia, parece soar melhor e ser também mais fiel aos propósitos do presente trabalho o termo inflação legislativa, tendo em vista que remete com maior intensidade aos termos lei e legislação, ou ainda, processo legislativo.

Hoje se revela bastante difícil a tarefa de precisar quantas leis estão em vigor no Brasil. João Gaspar Rodrigues, em afirmação desprovida de informações estatísticas, afirma que hoje no país vigem mais de um milhão de leis (Gaspar Rodrigues,2002, p.1).

De modo similar, em estudo recente elaborado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, intitulado “Quantidade de Normas Editadas no Brasil: 22 anos da Constituição Federal Brasileira” (Disponível em: http://ibpt.com.br/home/publicacao.view.php?publicacao_id=13873&pagina=0.), chegou-se a números expressivos, brevemente expostos a seguir:

- 1) Nestes 22 anos de promulgação da Constituição Federal de 1988 foram editadas 4.155.915 normas gerais.
- 2) São aproximadamente 774 normas por dia útil.
- 3) No âmbito federal, foram editadas “154.173 normas desde a promulgação da Constituição Federal, passando por 6 emendas constitucionais de revisão, 66 emendas constitucionais, 2 leis delegadas, 79 leis complementares, 4.598 leis ordinárias, 1.123 medidas provisórias originárias, 5.491 reedições de medidas provisórias, 10.339 decretos federais e 132.468 normas complementares (portarias, instruções normativas, ordens de

serviço, atos declaratórios, pareceres normativos, etc.)”(IBPT, 2010, p.2).

Face ao exposto, acredita-se não haver resistência com relação à aceitação da afirmação de que vivemos em um contexto de excessiva produção legislativa, que obviamente produz efeitos indesejados, explicitados a seguir.

Se vivêssemos em um universo hipotético no qual as normas criadas dialogassem entre si, sendo harmônicas e não conflitantes, o único problema da excessiva regulamentação adviria do desconhecimento de todas as normas (não se trata aqui da justeza das normas). Entretanto esta hipótese não se configura e o primeiro efeito indesejável referente ao excesso surgem das disposições normativas conflitantes, o que pode existir, obviamente em sistemas sintéticos, mas que é potencializado em um panorama de existência de grandes número de Leis, como o nosso.

O raciocínio aqui empregado é simples, quanto mais leis, maior a possibilidade de existir conflitos entre elas.

O segundo efeito indesejável advindo do excesso ou da inflação legislativa é o mais claro, já antecipado acima, referente à impossibilidade de conhecimento de todo o regramento jurídico. É humanamente impossível até para o mais atualizado dos cidadãos ou do operador do Direito, conhecer a toda a legislação existente e a toda que é editada diuturnamente (o supramencionado estudo do IBPT dá conta de que diariamente são criadas 774 normas gerais).

Esse fato traz dois tipos de prejuízos: um para os cidadãos em geral e outro para os operadores do Direito.

O prejuízo para os cidadãos é bastante claro tendo em vista que eles não podem se escusar do cumprimento de determinada lei alegando o seu desconhecimento (artigo 3º da LNDB). Entretanto é bastante provável que o

cidadão desconheça certo preceito e deixe de cumpri-lo, tendo em vista que são inúmeras as regras vigentes.

A excessiva criação de normas, com grande velocidade, também traz prejuízos aos profissionais do Direito que a cada dia mais tem de se especializarem em determinados ramos da ciência, o que por si só não se afigura ruim, mas pode contribuir para a formação de profissionais com raciocínio limitado por não conhecerem a ciência como um todo. Cita-se como exemplo, novamente um trecho do estudo que, assevera que tão somente em matéria tributária, foram editadas 249.124 normas, ou seja, até para um expert da área, normas em quantidade excessiva foram criadas nestes 22 anos de existência da Carta Constitucional.

Com clareza, Pérez Luño diz que frente a Inflação Legislativa “no sólo los ciudadanos, sino incluso el mismo legislador y los juristas – funcionarios administrativos, jueces o abogados – tienen graves dificultades para conocer y aplicar el Derecho” (Pérez Luño, 1996, p. 489)

À primeira vista, a Segurança Jurídica seria amplamente concretizada se houvesse uma lei ou dispositivo normativo a disciplinar cada situação de conflito, entretanto isto soa indubitavelmente como uma utopia. Não há como o legislador prever todas as situações de conflito. A evolução tecnológica, as alterações climáticas, a própria evolução do ser humano em si, imprimem na sociedade constantes alterações que a rigor não devem ser assimiladas de pronto pelo Direito.

Também André Ramos Tavares identifica esta impossibilidade quando diz que “O grande desafio do Direito Contemporâneo não é o de oferecer previsão normativa específica para as mais variadas demandas e situações de possível conflito que possam surgir nas relações sociais. É antes o desafio de oferecer uma dentre as diversas previsões/soluções encontráveis no sistema, particularmente nas respectivas constituições” (Tavares, 2009, p. 13).

Parece que para o legislador nacional a ideia de normatização das mais diversas situações na maior medida do possível não se afigura utópica, antes pelo contrário, parece ser concebida como sendo necessária, como sendo devida, tendo em vista que o atuar do cidadão é visualizado com certa desconfiança. No mesmo sentido a revista *Veja* (edição 2236, 28/09/2011, p.91, Ed. Abril), em matéria dedicada a tema próximo do presente trabalho, faz dura e ácida crítica ao papel desempenhado pelo legislador pátrio, asseverando que na raiz do excesso de Leis “– e da abundância de leis cretinas – está a deformação do papel do legislador brasileiro, que se enxerga, erradamente, como uma babá que precisa atuar para impedir que o cidadão-bebê se meta em encrenca. Essa infantilização deriva, por sua vez, da negação do livre-arbítrio e da capacidade de decisão dos indivíduos” (Veja 2011, p.91).

Acredita-se que a crítica ao legislador pátrio diz respeito ao fato deste ter promovido a criação excessiva de dispositivos normativos casuísticos, de modo que desde a Constituição de 1988 até hoje tem se criado leis para disciplinar situações efêmeras, momentâneas, óbvias, que vem para atender tão somente a reclamações sociais ou a pressões populares mais que carecem de conteúdo efetivo ou ainda que, a pretexto de melhor disciplinar uma determinada situação acabam por trazer novidades iníquas.

Ademais, no país, tenta-se criar Leis, e às vezes até se consegue, de conteúdo duvidoso, algumas irracionais, outras ilógicas, que não tiveram seus custos e efeitos detidamente avaliados, que determinam a prática de atos nada razoáveis ou condizentes com os costumes da população, cuja finalidade às vezes é obscura etc., que nenhum ganho trazem para a vida em sociedade.

Cita-se como exemplo o projeto de Lei 472/09 de autoria do Senador Marcelo Crivella (PRB-RJ) que traz uma proposta de alteração do percentual de gorjetas de 10 para 20% sobre o total da conta, pagos ao estabelecimento comercial, referente aos serviços prestados pelos garçons no período das 23h às 06 da manhã. Ressalta-se que o pagamento do percentual de 10% não se afigura obrigatório e a alteração promovida pelo projeto de lei também não pretende estabelecer a obrigatoriedade, o que nos conduz a duas conclusões:

1) os ganhos a serem obtidos pela sociedade em virtude da aprovação do referido projeto são bastante duvidosos, no mínimo questionáveis; 2) o projeto não prevê a obrigatoriedade do pagamento do percentual de 20% (não se está a defender a obrigatoriedade do pagamento, salienta-se), figurando como mera sugestão, o que suscita o questionamento de que qual o ganho efetivo para a sociedade da aprovação de projeto de Lei que traz em seu bojo mera sugestão de conduta ?

O excesso de legislação, ao contrário do que parece constar no imaginário coletivo, não promove direitos, mas os suprime, dificulta a compreensão por parte dos cidadãos do sistema jurídico, além de obrigar os profissionais do Direito a uma especialização cada vez maior.

Todavia, este trabalho não se limitará aos processos de identificação e caracterização de certo problema, indo um pouco além, apresentando uma possível solução que sirva para atenuar seus efeitos danosos, que será exposta a seguir e diz respeito à utilização dos princípios constitucionais na resolução de conflitos.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS

2.1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Acima foram abordadas questões referentes à inflação legislativa, e foi dito que existe uma possível solução para o problema que, ainda que não o resolva em definitivo, posto que a questão se afigura bastante complexa, pode contribuir para amenizar seus efeitos jurídicos danosos.

Pois bem, a solução, afirma-se, pode residir em uma maior utilização dos princípios jurídicos, principalmente dos princípios constitucionais, presentes na Carta de 1988.

Com propriedade Canotilho diz que:

“A Constituição pode e deve fixar não apenas uma estabilidade juridicamente conformada, mas também estabelecer princípios relevantes para uma sociedade aberta bem ordenada.” (Canotilho, 2003, p.1436).

Não cabe somente às Constituições exercer a função reguladora, apenas de delimitação de competências, por exemplo, definindo a esfera de atuação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, cabe a ela definir normas que pelo seu caráter geral e abstrato sejam responsáveis por zelar pela manutenção do próprio sistema jurídico frente às alterações sociais.

Segundo Barroso(2009, p. 197) pode-se dizer que a Constituição brasileira tem aplicabilidade direta e imediata às situações que regulamenta, com destaque para as normas que consagram direitos fundamentais, além de funcionar como parâmetro “de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema”, contendo valores, fins e princípios capazes de orientar o intérprete e o aplicador do direito no trato com normas jurídicas infraconstitucionais.

O Brasil já não é mais o país que fora no passado, país este que dava importância tão somente a “lei ordinária, o regulamento, a portaria, o aviso ministerial” (Barroso), há que se ter em mente que possuímos uma Carta Constitucional definida como cidadã, repleta de normas passíveis de serem utilizados no dia-a-dia da praxe forense.

Tratar-se-á melhor da questão mais a frente, entretanto, há que se mencionar que o presente trabalho não pretende superestimar a importância dos princípios frente às regras, tendo em vista que, ambas as espécies normativas, cada qual a sua maneira se afiguram vitais para a manutenção da vida em sociedade, como bem salientado por Ávila na sua obra Teoria dos Princípios Jurídicos (2008).

As regras desempenham papel fundamental no sistema jurídico, seja descrevendo comportamentos como obrigatórios, proibidos ou permitidos (regras comportamentais na definição de Ávila), seja atribuindo efeitos jurídicos a determinados atos, fatos ou situações (regras constitutivas na definição de Ávila).

Para definir melhor a proposta do presente trabalho, consubstanciada principalmente na sugestão de mudança de mentalidade dos operadores do direito e da sociedade em geral com vistas a maior adoção dos princípios constitucionais na resolução de conflitos, faz-se necessário fazer certas explanações a respeito do que entendemos por princípio.

2.2 – PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Falar de princípios não é tarefa fácil, tendo em vista que diversos são os sentidos que são dados ao termo. Esta espécie normativa tem figurado como um dos maiores objetos de pesquisa dentro do universo jurídico, o que gera diversas consequências tais como: a riqueza de trabalhos sobre o tema, dos mais diversos, tais como livros, artigos etc.; a pluralidade de

entendimentos, de modo que alguns se equivocam no tratamento, outros superestimam o termo, outros o subestimam.

Segundo Juan Ruiz Manero (2006, p.149), o principal responsável por reavivar as discussões a respeito da categoria de normas denominadas “Princípios Jurídicos” foi Ronald Dworkin através do artigo “El modelo de las reglas” publicado em 1967, escrito principalmente com a finalidade de demonstrar que a Teoria do Direito de H. L. A. Hart não tratava satisfatoriamente da existência no Direito de uma categoria distinta das regras, chamada de princípios, categoria esta cuja existência teria natureza vital na compreensão de aspectos essenciais da argumentação jurídica, especialmente, dos denominados casos difíceis (*hard cases*).

Em apertada síntese, se afigura possível dizer que Dworkin, no supramencionado estudo, que teve por finalidade promover um ataque geral ao Positivismo, manifestou-se no sentido de que as regras seriam aplicadas de modo tudo ou nada (*allornothing*), no sentido de que “se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida” (Ávila, 2008, p.44) e no sentido de que os princípios, teriam uma dimensão que as regras não teriam, de peso ou importância, demonstrável na hipótese de colisão, caso em que um princípio irá se sobrepor a outro, sem que se questione a validade de ambos.

A partir das conclusões de Dworkin, o jusfilósofo alemão Robert Alexy construiu uma teoria com grande aceitação perante a doutrina e os tribunais pátrios, que, também resumidamente, diz que os princípios jurídicos “consistem apenas em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas” (*apud* Ávila, 2008, p.37). Em caso de conflito, a solução seria encontrada por meio da técnica de ponderação, em que seriam criadas regras de prevalência que condicionariam a aplicação dos princípios ao modo tudo ou nada.

Como dito acima, deveres de otimização segundo possibilidades normativas porque a aplicação dos princípios leva em conta as regras e os princípios contrapostos, e segundo possibilidades fáticas porque “o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos” (Ávila, 2008, p.38).

A conceituação que parece ser a mais precisa é a fornecida pelo por Humberto Ávila (na obra *Teoria dos Princípios*), para quem os princípios seriam:

“normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção” (Ávila, 2008, p.78).

Quando se fala que são modalidade de normas imediatamente finalísticas está-se a dizer que os princípios estabelecem um fim a ser atingido, de modo que, segundo o autor “a instituição do fim é o ponto de partida para a procura por meios” (Ávila, 2008, p.79).

Nessa toada, nos princípios não se visualiza (tal qual se passa com as regras) um nítido elemento descritivo de condutas. Eles se prestam a fornecer argumentos que contribuirão em parte para a tomada de certas decisões, de modo que diferentemente das regras que por si só são capazes de decidir certos conflitos, os princípios são marcados pela característica da complementariedade e da parcialidade.

Em prosseguimento, pode-se dizer que eles instituem o dever de adoção de condutas necessárias à promoção de um estado de coisas desejado pelos cidadãos e pela sociedade em si, valendo também o contrário, como salienta Ávila, de modo que instituem também a efetivação do estado de coisas pela “adoção de comportamento a eles necessários” (Ávila, 2008, p. 80).

Diz ainda o autor que poder haver imprecisão quanto ao conteúdo da conduta a ser adotada, ou seja, pode não se saber ao certo qual comportamento deve ser adotado pelos cidadãos, porém ao menos se sabe que deve-se fazer, dentro do limite do permitido pela lei e não proibido por ela, “o que for necessário” para promover o fim.

Alerta ainda o jurista para um fato de extrema relevância: apesar da aparente proximidade, os princípios não se confundem com os valores. Segundo Ávila os “princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover”, entretanto estes se afastam na medida em que “os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigação de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas” enquanto os valores “situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento” (Ávila, 2008, p.80).

Ainda sobre os princípios, segundo Ávila, duas considerações de relevo devem ser feitas: a primeira com relação ao caráter prospectivo dos princípios; a segunda a respeito da sua eficácia.

Com relação ao caráter prospectivo há que se dizer que os princípios se prestam a tutelar situações futuras não previstas pelo legislador, prestando-se a determinar um estado de coisas a ser construído. O dito linhas atrás pode ficar mais claro quando analisamos o caráter retrospectivo das regras.

A criação de determinada regra, uma lei, por exemplo, é precedida a dois momentos (que lhes confere o caráter de retrospectividade): no primeiro momento surge o conflito ao qual o ordenamento não confere uma solução adequada, pelos mais diversos motivos que aqui não exemplificaremos; no segundo momento o legislador constata a celeuma e sai de sua posição de inércia, promovendo a criação de determinado dispositivo normativo que irá

definir uma hipótese de incidência e uma posição a ser adotada por qualquer das partes, pelo Estado etc.

A regradescreve uma situação ou hipótese de fato já conhecida pelo legislador. Nessa toada, caso o legislador faça sua opção pela normatização da maior parte das situações de conflito de que ele tenha ciência, o panorama será o mesmo do descrito no Cap. 1 do presente trabalho, tendo em vista que uma imensa quantidade de normas deverá ser criada.

De certa forma, o caráter prospectivo dos princípios exige o legislador da tarefa de criação incessante de legislação, pois a mencionada categoria normativa presta-se a lançar um olhar para o futuro permitindo ao sistema a estabilidade necessária frente as mudanças jurídicas futuras. Claro que os princípios não resolvem os problemas de maneira absoluta, mas podem ter importância maior quando somarmos a seu caráter prospectivo as conclusões a que o autor chegou a respeito da análise da eficácia dos princípios.

Cabe também dizer que os princípios de certa forma eximem o legislador da criação “excessiva” de leis em virtude do papel que exercem na compreensão do sentido das regras. Por exemplo, por vezes se afigura desnecessário laborar pela elaboração de certa norma, porque basta compatibilizar o conteúdo de uma norma existente com o conteúdo de certos princípios que lhes são sobrejacentes, como se passa no caso descrito por Ávila em se deve interpretar a regra da imunidade recíproca com base no princípio federativo.

O supramencionado jurista subdivide a questão da eficácia em dois planos: eficácia interna, ramificada em eficácia interna direta e eficácia interna indireta; e eficácia externa, ramificada em eficácia externa objetiva e eficácia externa subjetiva. Tratar-se-á a seguir de questões referentes á eficácia com a finalidade de demonstrar com maior clareza o papel exercido pelos princípios.

Com relação à eficácia interna tem-se que a primeira conclusão que pode ser extraída é a de que os princípios são normas utilizadas na tarefa de compreensão do sentido das regras. Com dito linhas atrás a eficácia interna depreende-se em: eficácia interna direta, que diz respeito à função integrativa exercida pelos princípios, “na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras” (Ávila, 2008, p.97); e em eficácia interna indireta, que se traduz na capacidade dos princípios exercerem função definitiva, “na medida em que delimitam, com maior especificação, o comando mais amplo estabelecido pelo subprincípio axiologicamente superior” (Ávila, 2008, p.98), e na capacidade dos princípios exercerem a função interpretativa, “na medida em que servem para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos, restringindo ou ampliando seus sentidos” (Ávila, 2008, p. 98).

A eficácia externa dos princípios consiste na afirmação de que as normas jurídicas atuam também na compreensão não só das próprias normas, mas também na compreensão de fatos e provas, de modo, que sempre que se aplica uma norma deve-se analisar quais fatos serão pertinentes, processo chamado de exame de pertinência, e quais pontos de vistas serão válidos para interpretar os fatos, processo chamado de exame de valoração.

A eficácia externa irá subdividir-se em eficácia externa objetiva e eficácia externa subjetiva.

A primeira será composta pela eficácia seletiva, que se traduz na afirmação de que a “interpretação dos fatos deverá, por conseguinte, ser feita de modo a selecionar todos os fatos que puderem alterar a previsibilidade, a mensurabilidade, a continuidade e a estabilidade” (Ávila, 2008, p. 100). Será composta também pela eficácia argumentativa de modo que após selecionar os fatos pertinentes se faz necessário valorá-los, buscando a proteção dos bens jurídicos, em processo denominado função eficaz valorativa. Existe ao lado da função eficaz valorativa a eficácia argumentativa dos princípios de modo que, caso o Estado restrinja a aplicação de algum princípio que este deve

manifestamente promover, deverá justificar, argumentar, na mesma proporção da intensidade da restrição.

Para concluir a análise com relação a questão da eficácia dos princípios resta falar a respeito da eficácia subjetiva, que traduz-se na função de defesa ou de resistência, verdadeiro direito subjetivo dos cidadãos de proibição do Estado em intervir em questões de direitos de liberdade. Existe também a função protetora, segundo a qual não cabe apenas ao Estado respeitar os direitos fundamentais, cabe também promovê-los.

CAPÍTULO III

ANÁLISE DE CASOS PRÁTICOS.

Em breve retrospectiva, pode-se dizer que foram abordados atrás os termos Segurança Jurídica, Lei e Princípios. Neste capítulo serão apresentados alguns exemplos de aplicação das ideias até aqui desenvolvidas.

O primeiro exemplo diz respeito a questões ligadas ao reconhecimento das famílias homoafetivas e de direitos advindos de relações homossexuais, questões essas que cada vez mais os juízes e tribunais pátrios se veem compelidos a julgar. Com relação a este tema inexistente regulamentação específica, ou seja, não existe Lei que trate diretamente dos direitos decorrentes da questão homossexual, ou que regule a união homossexual.

O que existe são regras referentes ao reconhecimento de união, casamento e de família de casais heterossexuais. Nessa esteira muitos defendem que se deve promover a criação de Lei para regulamentar a questão, dirimir dúvidas e colocar os homossexuais na posse de seus direitos.

Afirma-se aqui que *a priori* isso não se faz necessário (ao menos por hora por não termos avançado no debate), explicando a seguir os motivos.

A Carta Constitucional está permeada de princípios capazes de indicar a direção a ser tomada na decisão de questões referentes aos direitos dos homossexuais. Conquanto a Carta não tenha previsto expressamente a união homossexual como ensejadora de criação de núcleo familiar, esta o é, e uma leitura sistemática revela que a outra conclusão não se pode chegar, basta levar em conta os Princípios Constitucionais enunciados a seguir:

- 1) Dignidade da Pessoa Humana: que segundo Canotilho “é princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas hominis* (Pico della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio

projecto espiritual” (Canotilho, 2003, p. 225), consubstanciado na CF, art. 1º, III.

- 2) Igualdade substancial ou Isonomia: segundo o qual deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, além da afirmação de que todos são iguais perante a lei, consubstanciado na CF/88, nos artigos 3º e 5º.
- 3) Da não discriminação inclusive por opção sexual, consubstanciado no artigo 5º da CF/88.
- 4) Do pluralismo familiar, consubstanciado no artigo 226 da CF/88, que consagra diversos modelos familiares.

Nessa esteira, resta claro que apesar de não abordar o tema expressamente, nossa Constituição possui ferramentas, os Princípios Jurídicos acima elencados, capazes de dirimir as controvérsias, seja indicando um estado de coisas a ser promovido, o tratamento igualitário a ser dispensado às relações heterossexuais e às relações homossexuais, seja conformando a legislação existente à relação “nova”, e ainda, indicando abertamente o comportamento a ser adotado, tendo em vista que, “apesar de os princípios não possuírem um caráter frontalmente descritivo de comportamento, não se pode negar que sua interpretação pode, mesmo em nível abstrato, indicar as espécies de comportamentos a serem adotados, especialmente se for feita uma reconstrução dos casos mais importantes” (Ávila, 2008, p. 43).

Segundo Ávila, os princípios podem sim determinar a adoção de certos comportamentos, como fazem as regras, frente a certas situações de conflito, como no caso em tela em que não se deve agir com preconceito, não se deve agir com intolerância, deve-se na maior medida tratar com igualdade as diferentes formas de união afetiva, pois isso é obrar para o desenvolvimento das máximas potencialidades do ser humano.

De certo modo, não se pode admitir que a união homoafetiva passe a existir para o universo jurídico tão somente com o advento de Lei que a regule. Não vai ser a Lei que vai criar esta modalidade de relacionamento humano, ela decorre de fenômenos naturais e com a mesma naturalidade tem de ser incorporada pela prática forense.

E neste sentido tem pendido as decisões dos tribunais pátrios tendo em vista que existem decisões de reconhecimento de direitos referentes a : benefícios previdenciários, partilha de bens, direito sucessório, direito real de habitação, e também de inelegibilidade eleitoral por conta de união homossexual. Em decisões recentes o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente manifestando-se a favor do reconhecimento de certos direitos decorrentes de relações homoafetivas.

Dando prosseguimento à exposição de exemplos, um outro caso que se afigura interessante abordar, de criação de lei a meu sentir desnecessária, é o referente ao advento da Lei 11.924/2009, que foi concebida com a finalidade de possibilitar ao “enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º do artigo 57 da Lei de Registros Públicos, “requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família”.

O direito que a Lei visa garantir é legítimo e seria temerário não se poder permitir ao enteado se registrar com o nome de família de quem de fato foi responsável por sua criação, madrasta ou padrasto, e com quem criou vínculo afetivo. Muito se fala hoje de que o critério biológico não pode e não deve ser determinante na determinação do vínculo familiar.

A crítica reside no fato de ter de se criar uma Lei para que tal direito possa ser exercido, tendo em vista que com clareza solar os princípios constitucionais, sobretudo o da Dignidade da Pessoa Humana, acenam para a possibilidade do ser humano vir a incorporar a seu nome, o sobrenome de quem foi de fato responsável por sua criação.

De certa forma, mesmo que criando direitos legítimos, a criação excessiva pode prejudicar o cidadão pelos motivos expostos no Cap. 1, e reflete um certo grau de imaturidade das instituições brasileiras, que somente estariam aptas a atuar em parâmetros estritos de legalidade, ou melhor, em extrema observância dos comandos legislativos, em respeito a literalidade dos textos normativos.

Um outro exemplo em que se aplicaria as ideias até aqui desenvolvidas diz respeito ao surgimento e crescimento da prática dos chamados “crimes digitais”, que para muitos ensejaria a criação de Lei específica.

O avanço tecnológico trouxe à vida em sociedade incontáveis benefícios nos mais diversos aspectos da vida das pessoas, com ganhos que vão da área da saúde até a área da educação e da comunicação por exemplo. Entretanto do mesmo modo que as inovações revelaram um campo fértil para o surgimento de ferramentas benéficas ao ser humano, este também vem se relevando um campo atrativo para a prática de “velhas” condutas ilícitas, sobretudo pela expectativa de que a conduta fique sob o pálio do anonimato.

Em suma, afirma-se que a internet consiste em mais uma ferramenta de que dispõe o ser humano para poder desenvolver suas potencialidades, mas que como outras ferramentas, pode refletir todas as mazelas que assolam natureza do ser imperfeito e a vida em sociedade.

Atento ao supramencionado desenvolvimento tecnológico tramitam no seio do Poder Legislativo Federal diversas propostas de criação de Leis que pretendem melhor regulamentar a matéria com vistas a coibir a prática de “delitos digitais”. No momento tramitam em conjunto os projetos de Lei da Câmara número 89 de 2003, de autoria do deputado Luiz Piauhyllino e projetos de lei do Senado números 137 e 76, ambos de 2000, de autoria respectivamente dos Senadores Leomar Quintanilha e Renan Calheiros.

Em síntese, todos tratam da questão referente a crimes na área da informática, e o fazem sob as louváveis justificativas de que houve (1) exponencial crescimento na prática desses delitos e de que (2) a prática dos atos tem tido como consequência na maioria dos casos a impunidade dos infratores, e sob a justificativa controversa de que (3) os fatos constatados em (1) e (2) são criados e podem ser corrigidos pela criação de Lei que melhor regulamente a questão dos crimes digitais.

A discussão iniciada pelo poder Legislativo, tanto no Senado quanto na Câmara reflete que as Casas estão exercendo com rigor suas atribuições e competências, travando discussões relevantes para a sociedade brasileira, entretanto, algumas críticas à pretensão legislativa devem ser feitas, e elas serão feitas a seguir.

Como dito acima a iniciativa dos projetos é legítima e quanto a ela não há reparos a serem feitos, de modo que o que estou a questionar aqui seria se realmente se faz necessária a criação de Lei que regulamente a prática de delitos na área da Internet.

Argumenta-se que os crimes praticados através da internet são modalidade delitiva completamente nova, que acabam primando pela impunidade em virtude do fato do ordenamento não estar apto a puni-los, e que pelo fato de não haver legislação específica para o tema, tem-se visto surgir na sociedade certo sentimento de insegurança jurídica.

A criação de Lei sobre o tema, no modo em que se tem proposto, não resolve os problemas que vem sendo criados pela prática delitiva na área digital. Faz-se necessário ao menos travar um debate mais amplo sobre o tema, tendo em visto que ele é complexo e multidisciplinar, bastante técnico.

Primeiro ponto a se mencionar diz respeito aos atos criminosos que vem sendo praticados. Estes se afiguram como modalidade delitiva realmente nova, não disciplinada pelo nosso Código Penal e pelas demais leis existentes?

Já no clássico de língua portuguesa “O Crime do Padre Amaro” de 1875, Eça de Queirós, conta-nos a história do jovem Luiz Eduardo que escreve um ácido artigo ofensivo a honra e a moral dos religiosos, ou melhor, dos padres de Leiria, se valendo do anonimato, assinando tão somente como “o liberal”. O que quero demonstrar com o exemplo acima é que a pretensão de certas pessoas de cometerem crimes valendo-se do anonimato não é nada nova, antes pelo contrário, pode ser encontrada em diversos outros exemplos, anteriores inclusive, ao ano de 1875, pois não se pode imputar a Eça de Queirós a invenção de tal delito.

Nessa esteira, os crimes digitais não se afiguram modalidade delitiva totalmente nova que necessite de regulamentação premente, tendo em vista que são velhas práticas como de enganar, difamar, caluniar, tentar obter vantagem indevida, causar dano, ou obter ganho econômico através da ingenuidade de outrem.

Bastaria ao menos por enquanto, até que se instaure um amplo e multidisciplinar debate sobre o tema, aplicar-se nos casos concretos o Princípio da Legalidade (no caso, de Direito Penal), calcado no brocardo latino de que “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Este princípio consagra que ninguém será punido, ou nenhuma conduta será considerada crime sem que exista uma Lei que disponha nesse sentido, de modo que, na eventualidade de um crime ser cometido pela internet, basta aplicar os dispositivos constantes principalmente no Código Penal, que consagra a totalidade das ações criminosas cometidas pela internet, sem prejuízo de não haver menção ao meio digital no código.

Afirma-se que os crimes cometidos pela Internet têm ficado impunes não pela falta de lei específica sobre delitos e sim pela falta de aparato técnico e humano do Estado capaz de identificar os infratores, tendo em vista que estes por vezes têm equipamentos de ponta e exímio conhecimento da internet, o que lhes garante o anonimato e a impunidade.

Corroborando o que vem sendo afirmado, temos que um dos projetos de Lei supramencionados contem dispositivo que regulamenta a prática do crime de disseminação ou reprodução de material pornográfico infantil. Tal dispositivo se afigura desnecessário (bem como toda a Lei), tendo em vista que a Pornografia Infantil já se encontra disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 240 e 241, inclusive com maior rigor do que o que consta no projeto.

Logo, a criação de lei sobre crimes na internet no presente momento, sem que se tenha instaurado um diálogo efetivo no seio da sociedade, se afigura desnecessária porque as (1) condutas delitivas não são totalmente novas, (2) de modo que pode-se aplicar o princípio constitucional da Legalidade ou Reserva Legal, aplicando às condutas as disposições previstas no Código Penal ou em Lei específica como no caso da pornografia infantil que encontra previsão no ECA, (3) devendo o Estado adotar medidas que realmente se traduzam em redução da prática delitiva, atreladas ao maior aparelhamento tecnológico e capacitação de pessoal, que permitirão a identificação de infratores, localização do local do crime etc.

Reitera-se que o que será eficaz na redução da insegurança social instaurada pelos crimes na internet será a confiança do cidadão de que o Estado possui equipamentos tecnológicos avançados e pessoal capacitado para conseguir identificar: os autores dos crimes; os equipamentos utilizados na prática delitiva; os meios e os modos de eliminar o conteúdo criminoso da rede mundial de computadores etc.

Para finalizar este capítulo, há que se abordar um derradeiro exemplo de desnecessidade de criação legislativa pela recomendável utilização de princípios jurídicos, que será apresentado nas linhas que seguem.

O Conselho Nacional de Justiça no gozo de suas atribuições, editou à data de 18/10/2005, a Resolução de número 7, que consagra a vedação à prática de atos de nepotismo no âmbito de todo o Poder Judiciário, denominando de nulos todos os atos que assim forem praticados.

Nessa esteira, frente a tão salutar disposição, vários órgãos administrativos vinculados até a poderes diversos do Poder Judiciário, passaram a dar aplicabilidade imediata à disposição do CNJ, obstaculizando ou tornando nula a contratação de servidores irregulares (irregulares em virtude da existência de vínculo biológico ou de parentesco entre contratante e contratado), o que trouxe um incomensurável ganho à população brasileira como um todo.

Diversos foram os casos de contratações tornadas nulas, de modo que os casos de inconformismo por vezes foram parar na mesa de juízes e desembargadores que se viram provocados a julgar. Frente a inegável repercussão geral da matéria, o Supremo Tribunal Federal se viu compelido a se manifestar e o fez com a correição que lhe é peculiar, concretizando robusto entendimento que pôs fim às decisões conflitantes que surgiam no território nacional.

O Supremo decidiu no Recurso Extraordinário número 579951/RN (em total consonância com as ideias do presente trabalho) pela inexigibilidade de criação de lei formal a coibir e disciplinar a prática (argumento que vinha motivando boa parte das decisões que afastavam a aplicação da regra da vedação) em virtude do fato de que a vedação ao nepotismo decorre diretamente dos princípios consagrados no artigo 37 da Constituição Federal, com destaque para os princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência.

A constatação do STF de certa forma confirma as ideias que vem sendo desenvolvidas nesta sede, pois nossa suprema corte afirmou em linhas gerais que pode ser dispensada a criação de lei formal pela utilização de princípios expressos na Constituição de 1988.

Com bastante clareza a Ministra Carmen Lúcia diz em seu voto que “o artigo 37, quanto aos seus princípios, tem aplicação imediata e não depende de legislação infraconstitucional”. Nessa toada, a vedação ao nepotismo é uma

decorrência óbvia e lógica da leitura do artigo 37 da CF, que consagra como princípios constitucionais, os princípios da moralidade, da impessoalidade, da eficiência, da legalidade e da publicidade.

A contratação de parentes para a ocupação de cargo público sem prévia realização de concurso público ou, ainda, a contratação desprovida de robusta fundamentação que a caracterize como inevitável (em virtude da falta de profissionais aptos a concorrerem pela vaga, por exemplo), com toda a certeza é conduta a ser evitada nos mais diversos ramos do Poder Público, por ser atentatória contra a exigência de agir moral por parte do servidor, por deixar flagrante a ocorrência da pessoalidade, por tratar os iguais com desigualdade etc.

Logo para concluir o presente capítulo, reitera-se o entendimento exposto ao longo do trabalho, calcado até em recente decisão do Supremo apresentada acima, de que os princípios constitucionais como um todo, são instrumentos de que dispomos para “tentar” conter o processo de inflação legislativa ou de hipertrofia legislativa produzida por um Estado “convertido em máquina de hacer leyes” (Luño, 1996, p. 488).

CONCLUSÃO

Antonio-Enrique Pérez Luño, em seu texto intitulado “SeguridadJurídica”, assim como no presente trabalho, detectou problemas referentes ao que denominou de “inflacion normativa” e apontou que possíveis soluções para os problemas decorrentes do excesso de legislação e do excesso na criação de leis poderiam ser encontradas no que ele denominou de “Informática Jurídica”, que contribuiria para a ampla divulgação dos dispositivos normativos bem como para a coerência e lógica do sistema, através de processo de sistematização e de organização através de programas de computadores (“bancos de datos jurídicos”).

A proposta do presente trabalho, ainda que partindo de premissa semelhante, de que hoje somos todos forçados a viver em um universo jurídico demasiadamente amplo de legislação e em constante expansão, tendeu para sentido diametralmente oposta no que se refere à análise de uma possível solução para o problema. Em síntese, porque a solução aqui proposta foi encontrada no seio de nossa Constituição, e não em um ramo com potencial crescimento futuro, tal qual o da Informática Jurídica.

Na Constituição de 1988 encontra-se prevista uma categoria normativa, chamada de princípios jurídicos, que se afigura capaz de disciplinar diversos tipos de situações, adequando as regras aos ditames constitucionais, trazendo novas interpretações, auxiliando no labor argumentativo, definindo estados de coisas a serem promovidos bem como as condutas que se fazem necessários para tanto, influenciando na compreensão de fatos etc.

Acredita-se não restar diminuído o papel de relevo desempenhado pelas regras, principalmente por qualificarem certos comportamentos como obrigatórios, permitidos ou proibidos, e também por atribuírem efeitos jurídicos a determinados atos, fatos ou situações. Entretanto, como dito, sua criação em excesso pode contribuir sobremaneira para a ocorrência do processo de inflação legislativa, processo este que pode disseminar um sentimento de

insegurança jurídica no seio da sociedade, prejudicando as relações sociais nos mais diversos aspectos.

Cumprir dizer que frente à utopia legislativa de que seria possível tentar disciplinar a todas as situações pertinentes ao universo jurídico para garantir a segurança jurídica, pensamento que parece predominar no imaginário do legislador e da própria sociedade, surge a proposta do presente trabalho que é a de sugerir à sociedade e aos operadores do direito uma mudança de mentalidade no sentido de que possuímos uma Constituição cidadã, que traz normas principiológicas, que se afiguram como verdadeiras ferramentas das quais nossas instituições podem se valer para resolver com justiça e imparcialidade as situações de conflito, sem que se tenha a necessidade de criar sempre novas leis.

Para finalizar, concordo com a conclusão de Pérez Luño segundo a qual o avanço tecnológico pode contribuir para a compreensão e sistematização do Direito, mas, se faz necessário ir um pouco além, acreditando na maturidade de nossas instituições e no grau cada vez maior de instrução dos cidadãos, na capacidade para se trabalhar melhor com os princípios. Ao invés de sempre ter de se atuar segundo a literalidade de dispositivos normativos objetivos, que nos informam do que é permitido, ou proibido ou obrigatório, poderíamos atuar com maior liberdade acaso tentássemos pautar o nosso agir, no que prescrevem os princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8ª Ed. São Paulo : Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo:Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**.7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 579.951-4/RN, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, 20 de agosto de 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**.7ª Ed.Lisboa: Almedina, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**.2ª Ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**.20ª Ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO.**Quantidade de normas editadas no Brasil: 22 anos da Constituição Federal do Brasil**.Disponível em:
http://ibpt.com.br/home/publicacao.view.php?publicacao_id=13873&pagina=0. Acesso em 15 de Novembro de 2011.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Filosofia do Direito**. Lisboa, Fundação CalousteGulbenkian. 2004.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. SeguridadJuridica. In Orgs. VALDÉS, Ernesto Garzon, LAPORTA, J. Francisco. **El Derecho y laJusticia**. Madrid: Trotta, 1996.

MANERO, Juan Ruiz. PrincipiosJuridicos. In Orgs. VALDÉS, Ernesto Garzon, LAPORTA, J. Francisco. **El Derecho y laJusticia**. Madrid: Trotta, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires,BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**.2ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2008.

NADER. Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 29ª Ed. Rio de Janeiro :Forense, 2007.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2005.

QUEIRÓS, Eça de. **O crime do Padre Amaro**. Rio de Janeiro: Escala, s/d.

REVISTA VEJA (2011). “**Não dá mais! As leis absurdas que infernizam o dia a dia dos brasileiros, emperram o funcionamento das empresas e são um monumento à estupidez dos políticos e burocratas**”. Ed.2236- ano 44- n°39.São Paulo : Abril, 2011.

RODRIGUES, João Gaspar. **A inutilidade das leis (em demasia)**. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/3477/a-inutilidade-das-leis-em-demasia>>. Acesso em 15 de novembro de 2011.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

TAVARES, André Ramos. A constituição aberta: elementos de uma hermenêutica constitucional. In AGRA, Org.Walber de Moura. **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**.São Paulo: Saraiva, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional**.São Paulo: Método, 2006.