

## **AÇÕES AFIRMATIVAS A FAVOR DAS MINORIAS E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA**

Jorge Luís Teixeira

Resumo: Há uma clara manifestação de reação contra a criminalidade na forma elaboração de leis mais severas, ao descompasso da inflação legislativa já existente, causando uma sensação de ineficácia e desprestígio dos Poderes Constituídos. As ações afirmativas de elaboração de leis penais a favor de grupos minoritários, constantemente alvo de ataques violentos e preconceitos, têm sido uma atitude moralmente aceita pelo legislador em desprestígio de todo o sistema jurídico, mormente o Direito Penal, que não obtém a satisfação da sociedade, descumprindo-se da a real função de prevenir e recuperar os bens jurídicos. Haveria um regresso (e não progresso) para esse sentimento de moralidade que tenta regular a sociedade e buscar a pacificação social?

Palavras-chave: Moralidade. Direito Penal. Princípio da Intervenção Mínima. Ações Afirmativas.

Direito é norma de conduta obrigatória. Mas não seria antes, a Moral o que dá contornos ao Direito, para este coagir e obrigar quem quer que seja? Exatamente uma moral em descompasso com o dever, que vai ao sabor da conjuntura social, pela tradição histórica de desigualdade e diferenciação de classes?

A resposta a tais perguntas percorrem a seletividade dos bens jurídicos, nos 'valores abrigados na Constituição, tais como a liberdade, a segurança, o bem-estar social, a igualdade e a justiça'(Greco, 2002, pág. 5). Mas é com base no nosso senso de moralidade que selecionamos aquilo que queremos proteger. E queremos proteger sem coagir, mas queremos obrigar se preciso for. A certeza de virar lei não é certeza de cumprimento, e, portanto, nenhuma certeza há de cumprimento de um dever moral. Se a moralidade é norma de conduta, mas não tem o poder de coerção como o Direito, e particularmente, o Direito Penal, então como entender esse fenômeno para que cumpramos um dever e ao mesmo tempo a Lei?

Há, é verdade, um sentimento de recato que está na base da moralidade para proteger nossos valores mais importantes. Este recato é indissociável do sentimento social de proteção no grupo e pelo grupo. Nos grupos nos sentimos mais fortes e seja qual o viés da moralidade, para a proteção de um exacerbado sentimento em favor

das minorias, o fato é que a Moral, por não ser coercitiva e obrigatória, se sobressai lentamente, fazendo com que nossos sentimentos morais caminhem em descompasso do progresso a que uma sociedade deve almejar.

Ela, a Moral, é assim, um termômetro do calor das relações sociais. Aspectos do cotidiano, ainda considerados imorais ainda persistem tal como no início dos tempos: o incesto, por exemplo. Já condutas imorais foram sendo vistas com espesso véu da moralidade, a ponto de mudar lentamente para uma realidade de aceitação velada, como a descriminalização do adultério (lei 11.106/2005). A abolição criminis dessa conduta tornou nosso sentimento de respeito ao casamento e ao cônjuge mais elaborado? Entendemos que não. O divórcio, agora pela Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010 dissolve o casamento sem necessidade de prazo, malgrado todo dissenso moral do debate com a Igreja, desde a época do Estatuto do Divórcio pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, publicada no DOU 27.12.1977, retific. em 11.04.1978.

Atentarmos para o nosso desenvolvimento moral atrelado a um entendimento de que tudo deve ser legalizado e criminalizado pode ser uma resposta para a indagação inicial. A Lei por si só, não muda um comportamento. Os índices de segurança não diminuem quando se publica uma lei mais severa. O movimento de inflação legislativa perdura, e é motivo para promessas políticas sempre que se discutem problemas surgidos a partir de um evento repetido na mídia, seja esta sensacionalista ou não. O perigo é exatamente este: tratarmos o Direito Penal como método de terror, (pós-fato), a partir de condutas isoladas ou particularizadas, sem atenção a garantias constitucionais e a direitos conquistados. Os sistemas penais não foram pensados para atuar em relação a todos os delitos cometidos, e muito menos para serem aplicados a todas as pessoas. Há uma seletividade.

O Direito Penal engendra diante dessa situação, um cíclico arrefecimento de verdadeira proteção aos bens jurídicos, o que podemos dizer que no futuro, podemos vivenciar um Direito Penal Autoritário para garantir a efetividade da punição pretendida pela violação à norma penal. “O clima político-ideológico, que havia influenciado poderosamente sobre o posicionamento do legislador constituinte, encontrou consistente reforço nos atos criminosos dirigidos contra segmentos privilegiados da sociedade brasileira.” (Alberto Silva Franco, Prefácio à 1ª edição do Manual de Direito Penal Brasileiro, V. 1, de Eugenio R. Zaffaroni e José Henrique Pierangeli).

Aos estudiosos do Direito Penal, o princípio da Intervenção Mínima não é um simples postulado de beleza do sistema, de proteção dos bens jurídicos mais graves. Os outros ramos do Direito não se revelam desmerecedores de importância. Sim, eles têm importância, mas é que o Direito Penal deve interferir o menos possível na vida em sociedade. Segundo a lição de Cezar Roberto Bittencourt “o princípio da

intervenção mínima, também conhecido como ultima ratio, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a ultima ratio, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelaram-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. “ (Greco, 2002, pág. 51).

É certo que hoje há temas cuja verve legislativa ganha contornos mais nítidos. São as chamadas ações afirmativas, medidas que visam a combater e superar situações injustas de desvantagem social, política, econômica, jurídica ou cultural, em virtude de raça, etnia, sexo, gênero ou qualquer outro critério proibido de diferenciação.

A homoafetividade, (termo cunhado pela prestigiada desembargadora aposentada Maria Berenice Dias, in União Homoafetiva: o preconceito e a justiça. São Paulo, RT), vivencia um momento de intensa discussão na mídia, novelas, telejornais e na vida cotidiana em geral. Tudo se transmuda em violência contra esta classe. E não procuramos estabelecer juízos de valor sobre ser ou não correto ou justo as ações afirmativas para as minorias. Tampouco concordamos com a maneira preconceituosa de alguns tratarem com violência e preconceito. Antes de classificar ou estabelecer que são isto ou aquilo, que são negros, brancos, pardos, minorias ou majorias, são pessoas. Protegidas pela nossa Constituição, códigos, leis e Tratados Internacionais. Basta que haja respeito aos direitos individuais desses grupos pelas leis que temos.

Refletir sobre a aplicação do princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal atrelado a um autoritarismo velado por uma moralidade é o que se pretende. Existe um sentimento de que haveria uma prevenção geral, em favor da igualdade de tratamento, em que todos seriam protegidos pelas formas de violência que se manifesta contra toda a sociedade. Mas o fato é que isto está levando à cominação de penas cada vez mais severas, teoricamente mais intimidativas, como querem os partidários do "Movimento de Lei e Ordem", criando um Direito Penal do terror. Leis que são promulgadas e depois têm sua constitucionalidade discutida, bem como revogadas suas normas por pura incoerência do legislador. Lembremos a Lei de tóxicos, apenas para dar um exemplo.

Assim, há de perguntarmos: o Direito Penal está habilitado a penalizar condutas que revelam visões de mundo explicadas, pela mentalidade moral? Há de notar que são condutas historicamente tratadas isoladamente, ao prazer da conjuntura social e moral

dos grupos que se põem a resolvê-las. Grupos disso, daquilo, organizações criadas ao sabor dos trágicos momentos em que as minorias foram massacradas.

O uso de drogas, simplesmente pode ser combatido somente nos meios penais? Evidente que não. Em tempo de surgir uma maravilhosa Lei, já surgiu outra droga mais nociva. Temos a maconha, o crack, a craconha, por exemplo. O que quer dizer: há consumo, lá lucro, há um aparato da sociedade. Há mesmo, o que alguns podem chamar de co-culpabilidade entre as ações do Estado e as condutas criminosas dos cidadãos. De outra forma, como podemos entender que o mal causado pela droga não é aplacado por leis mais severas?

Não estamos querendo estabelecer um conceito de moral, nem justificar qual sentido moral devemos seguir. O que queremos demonstrar que a moralidade é um fato que atribui valor a condutas penalmente relevantes de acordo com certo sentido e interesse de uma sociedade, que caminha a passos largos de um progresso voltado para uma idéia de valor social. Tanto que não é algo posto por esta ou aquela sociedade preconceituosa.

Desde os gregos, o comportamento antes aceito, foi repudiado e enojado, passando pela perseguição pública até como uma das perversões elencadas pela Associação Americana de Psiquiatria, que tirou o homossexualismo, do rol das doenças mentais em 1974. Pecado, opção sexual ou determinismo inconsciente, quaisquer termos geram polêmica e a questão tem merecido o abrigo da Lei. Países já admitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo. No Brasil, o casamento homossexual ainda não é permitido, mas o ordenamento jurídico já impede a discriminação. A Justiça também tem acompanhado a evolução do tema, prestigiando o direito dessas minorias, apesar de inexpressiva previsão legal, (jurisprudência pode ser encontrada no site ([www.direitohomoafetivo.com.br](http://www.direitohomoafetivo.com.br))). Decisões judiciais de diversos tribunais brasileiros já vêm lhes concedendo direitos, como, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que se tornou pioneiro a favorecer as relações homossexuais.

Desta forma, dar guarida a um comportamento que para uns, é manifestação de afeto e não tem o condão de determinar o caráter de um indivíduo prejudicial à sociedade, corresponde a estabelecer uma Igualdade para idênticas obrigações, e o fato é que há tratamento desigual, e não há os mesmos direitos. Por coincidência ou exatamente pela intensidade do tema, a violência contra as pessoas que se assumem publicamente homoafetivas têm sofrido violências gratuitas e ataques de grupos discordantes desse modo de ser. Penalizar uma conduta violenta, abusiva, que agride o outro por ter essa condição pode muito bem ser agravada, disposta no nosso Digesto Penal, no art. 61.

Ao contrário, criar leis penais para reprimir esse tipo de violência pela vitimização dos grupos minoritários pode tornar o Direito Penal desprestigiado e ainda mais ineficiente. Sabemos das falhas da prisão, do encarceramento e das formas de ressocialização do preso. Há quem diga que o Direito Penal só chega quando o bem jurídico já foi violado, sendo portanto, ineficaz.

Há projetos no Parlamento Brasileiro para criminalizar a conduta de quem usa de violência ou discrimina o homoafetivo como característica pessoal. E dizemos característica para fugir de qualquer determinismo ou condição, já que não estamos tratando do tema com afincamento científico de teorias explicativas. Tenta-se apenas vislumbrar uma situação em que o Direito Penal passa a ser o a epifania, a cura para todas as mazelas sociais, fruto de uma visão moral arcaica e infeliz. Uma visão arraigada a um modo de tratar o outro como diferente e se incomodar pelo incômodo da existência do outro e não por querer que seja diferente de nós. Não queremos ser iguais nem diferentes. Queremos ser reconhecidos e exatamente mais iguais que os outros. E dizemos “queremos”, porque o ser humano quer igualar as diferenças físicas, biológicas, sociais e geográficas. Quer igualar a todos para moldar e modelar as diferenças, para cumprir um papel que

não é do nosso tempo, de indenizar o que desde a colonização, o Brasil traz como diversidade. No fundo, todos nós queremos nos importar com o diferente, para que não seja diferente, mas que seja igual, porque temos medo das diferenças. O ser humano é humanamente invejoso.

De qualquer modo, nossa Constituição Federal tem como objetivo ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação. (art. 3,º, IV) (grifamos). Por isso também podemos nos lançar dos direitos e garantias fundamentais, dentre eles, os de nº I, XXXV, XLI, LXIX, LXX, LXXI, LXXVII, § 2º, art. 5º, para os quais podemos dizer que a nossa vexata quaestio está na ausência de uma efetividade dessas normas.

Efetividade social, evidentemente, que não está apta a solucionar e garantir que violências irão recrudescer. Violências sempre irão existir. O Direito das Minorias tem sugerido intenso debate sobre todos os temas em que se buscam ações afirmativas. Contudo, há que se entender que não seriam resolvidos temas candentes de nossa brasilidade pelo simples fato de encontrar na lei ou na Constituição. Temas como esse, aliados a outros como sistema de cotas, se entrelaçam em visões variadas tal como a nossa diversidade cultural. E torna-se evidente também, que a discussão gera calorosos debates, assim como tem sido com a Lei conhecida como Maria da Penha. A lei é aplicada a contragosto do legislador, que pretende aplacar os fatos, (as dramáticas realidades na expressão de Frágoso) e os juízes são mal compreendidos,

porque as tem de aplicar. Parlamento e Judiciário digladiam-se com interpretações conflitantes. E novamente

mudam-se as leis.

A Moral é feita com base em costumes, em modos de ser de um grupo, uma região, um povo. O étimo da palavra Moral é a raiz latina mos, more, que significa costume. E há países que tratam o tema, admitindo-o com desenvoltura. Há países em que se pode dizer que há um funcionamento do sistema jurídico, e do caráter preventivo e protetivo do sistema penal de prevenção. Mas a moral parece interdisciplinar, e o que serve a um país, pode não ser muito adequado a outro.

O Direito trata de relações humanas, e o Direito Penal tem estreita ligação com a filosofia, através da ontologia, (estudo dos entes), e principalmente do estudo do ser do homem, nas palavras de Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, pág. 86). Isto envolve o estudo de uma variante, que é o Homem e o sentido da sociedade que buscamos. Qual humanidade e qual sociedade.

Ao tratar de resolver conflito a partir de um fato sem considerar o valor e a norma, estamos apenas a tratar de uma parte e não do todo; e não tratamos de compreender, mas apenas de explicar. A questão passa sim, por um critério de boas leis e de bons legisladores, mas antes de tudo, trata-se de não aplicação de novas leis, mas das leis que já temos. Cabe concluir que a compreensão do problema ora trazido á baila, dos que assim querem penalizar a conduta de discriminação contra grupos minoritários envolve a adequada compreensão do princípio constitucional da igualdade ante as desvantagens sofridas por indivíduos e grupos discriminados. E as desvantagens do sistema carcerário, mais ainda na atualidade em que o encontramos.

O princípio da igualdade vai além da instituição de uniformidade de tratamento. Contra essa é possível obtermos maior efetividade e garantias pelas políticas públicas, que repelem a perpetuação de privilégios raciais e sociais no acesso aos benefícios. Do contrário, é a ausência destas políticas afirmativas que se mantém uma situação de exclusão injusta e elitista de vastas camadas da população. A discriminação, passada e presente, é realidade que não pode ser desprezada da realidade nacional. “A igualdade, portanto, está tanto em não discriminar com em discriminar para obter maior igualdade”. (Wesley Sidou Pimentel, Prática Jurídica, nº 107, págs. 50/54)

Enquanto não atendermos a uma pretensão ética, superar valores que estão mergulhados no diáfano pano de moralidade também provida de culpabilidade, não vamos conseguir superar questionamentos próprios, particulares, da sociedade que estamos vivendo e construindo. A dialética da aplicação do Direito neste terceiro

milênio é um desafio para uma nova moralidade que se ressentiu do fracasso dos Poderes Constituídos, da busca por uma superação dos desmandos do Poder e do Imperialismo, na corrida por construir um Estado Social e Democrático de Direito, garantindo efetivamente os aclamados direitos, em todas as gerações elencadas por Bobbio.

Um Direito Penal, na sua atuação de Intervenção Mínima também é essencial nessa busca, e não pode ceder às manifestações de penalização de condutas que tentam manipular falsas informações de que a criminalidade se aplaca com novas leis e duras penas. Mais do que isso, tornam frágeis a segurança jurídica, e os princípios mais comezinhos de proteção ao indivíduo contra o Direito Penal do Terror, como a dignidade da pessoa humana, a humanização e a individualização das penas. Não é por certo, que estaremos garantindo os direitos das minorias, apenas penalizando as condutas, mas afirmando valores de respeito e de igualdade, por si mesmos. Já se disse que o Direito seria desnecessário se os homens cumprissem o evangelho. Talvez, por isso mesmo em que há tantas interpretações culturais sobre o que há de moral no viver, que se criaram códigos.

#### Referências Bibliográficas:

COMPARATO, Fábio Konder. Ética, Direito, moral e religião no mundo moderno. 2ª Ed. 1ª impressão. Rio de Janeiro: Companhia das Letras. 2006.

CUNHA, Rogério Sanches. Código Penal para concursos. Bahia. Editora Juspodivm: 2009.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão, 10ª. Edição, Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. 2ª Edição. Revista, Ampliada e Atualizada. Rio de Janeiro: Impetus. 2002.

MENDES, Gilmar Mendes. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial. 6ª Edição. Revista, ampliada e atualizada. 2ª tiragem. São Paulo: RT. 2009.

KANT, Emmanuel. Doutrina do Direito. 2ª Ed. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Editora Ícone. 1993.

KANT, Emmanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos. São Paulo: Editora Martin Claret. 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: V. 1. Parte Geral. São Paulo: RT. 2011.

Artigos:

PIMENTEL, Wesley Sidou. Ponto de Vista sobre a aplicação do Instituto da Culpa no Direito Penal Brasileiro. Prática Jurídica. Consulex, Brasília, DF. Ano IX. Nº 106, p. 50-54, fev. 2011.

Jorge Luís Teixeira é advogado. Licenciado em Filosofia e bacharelado em História pela Universidade Federal de São João Del Rei, MG.