

1ª Edição
Período: nov/dez

DIREITO HODIERNO

REVISTA JURÍDICA

Ano
2019

www.direitohodierno.com.br

▪ □ ISSN 2675-4991

▪ □ Revista de artigos jurídicos.

Rua Padre Carapuceiro, Boa-
viagem, Edf. Janete Costa, Recife,
Brazil 51020-280

Conselho Editorial da Revista Direito
Hodierno:

Laura Cunha Elkis

Roberto Batista Montefusco Arraes

Juliana Tôrres de Vascelos Bezerra
Cavalcanti

Cláudio Couto Córdula

Anna Luiza Tôrres

SUMÁRIO

Da ação em legítima defesa. – Michellane Malheiros César de Siqueira.....	5
A delimitação do espaço como forma de poder e a dificuldade de inserção de refugiados da Guerra Síria em Portugal - Juliana Tôres de Vasconcelos Bezerra Cavalcanti.....	25
Da possibilidade e sigilo nos registros para mera conservação. Uma possível exceção ao princípio da publicidade registral - Artur Osmar Novaes Bezerra Cavalcanti.....	40
Mutação constitucional: uma análise a partir do ativismo judicial - Antônio Loureiro Maciel Neto e Caio César Soares de Sousa	57
O imposto de renda como instrumento de efetivação da justiça sob a perspectiva constitucional. - Gustavo Luís Lapa Silva.....	97
Os direitos indígenas no neoconstitucionalismo andino - Cayo César do Amaral Galvão.....	119
Os institutos do asilo e do refúgio: uma necessária reflexão - Roberto Batista Montefusco Arraes.....	129
Abordagens ao princípio da insignificância - Adriana de Oliveira Nóbrega....	149
A legítima defesa na sistemática da teoria tripartida de delito - Regilane Bezerra Barros Pereira.....	165
Os problemas da relação mídia-direito penal a partir da lei nº11.923/09: 11.923/09: Estudo de caso da tipificação do sequestro relâmpago - Fernando Rogério Pessoa Vila Nova Filho.....	185
Gênese histórica do erro e sua interpretação frente às teorias da culpabilidade - Pedro Avelino de Andrade.....	203

DA AÇÃO EM LEGÍTIMA DEFESA

Michellane Malheiros César de Siqueira

Mestre em História das Ideias Penais –

FADIC

Especialista em Novas Questões de
Direito Penal e Processual Penal - FADIC

Resumo

A ação da qual recai a legitimação da defesa excludente do crime não recai no estudo da situação ensejadora da legítima defesa, são conceituações diferentes, mas das quais o somatório será de suma importância para a própria existência e delimitação dos requisitos fundamentadores, e, assim, da própria legítima defesa em si.

Introdução

Analisando-se a agressão dotada de injustiça, assim, antijurídica, da qual a existência da atualidade ou iminência, é imprescindível para a existência da legítima defesa e afastando- sem relação de continência- a reação empregada pelo agredido.

Para tanto é necessária a união de dois princípios para a delimitação da ação, dos quais ensejarão o respaldo da ação dentro das finalidades abarcadas pelo instituto. São eles os princípios da proteção individual de bens jurídicos e o da afirmação do direito perante o injusto.

Partindo-se do pressuposto de que é necessária ao indivíduo a defesa dos bens próprios e de *outrem*, afastados os supraindividuais, deve-se, pois somar outro fator principiológico, afinal não restaria clara a diferenciação com o estado de necessidade, o qual, também, protege individualmente o bem. Então, o fundamento social que o Direito afirma-se, pois, perante o injusto, será extremamente importante.

Assim, principiologicamente delimitado o instituto, pode-se analisar os demais requisitos seus, quais sejam a necessidade da defesa perante a agressão dolosa humana antijurídica e os limites impostos quanto à reação nos meios necessários utilizados para tanto na existência ou não da causa de justificação.

Além de não se poder condicionar o conceito de ação de legítima defesa com o de situação de legítima defesa, por ser uma incoerência lógico-normativa¹ deve-se ser rejeitado, também, o posicionamento de só considerar a ação de legítima defesa necessária aquela que seja proporcional à agressão.

Há dois pontos divergentes quanto ao estudo da ação no tocante ao instituto e sua necessidade, sob os pontos argumentativos da objetividade ou da subjetividade. Este último não teria como ser abarcado diante de uma situação de legítima defesa, na medida de o ser parametrizado de acordo com uma média de conduta da qual se deve seguir, ao subjetivo de cada ser humano. Busca-se, pois, no agente de acordo com psíquico a necessidade, dentro do complexo físico e moral próprio².

Contudo, ao trazer uma previsibilidade ao indivíduo no seu agir, relativizando-se e de forma objetiva, resulta-se na forma mais coerente quanto a necessidade. A reação deverá ser tomada no caso em concreto objeto da análise no somatório dos fatores: agressor e agredido com a gravidade e intensidade do perigo.

Então além da análise da ação com os princípios dos quais fundamentaram em último a legítima defesa, há a divisão de objeto de estudo quanto à defesa necessária e o uso moderado dos meios para que no caso concreto tenha o resultado do somatório ser ação de legítima defesa ou não.

1 Princípios e estruturação da legítima defesa

¹ CARVALHO, Américo A. Taipa de. **A Legítima Defesa**, Coimbra, Coimbra editora, 1995. p. 314.

² VERGARA, Pedro. **Da Legítima Defesa Subjetiva**. 4º ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1990. p.160.

A ação para ensejar a legítima defesa é aquela de acordo não só com o princípio da proteção individual, mas também com o princípio da afirmação do direito perante o injusto, afinal só o individual restaria igual a legítima defesa do estado de necessidade. Contudo, antes da análise da dupla análise principiológica fundamentadora da ação ensejadora do instituto, há de considerar-se os princípios dos quais se retira a fundamentação legal: autotutela e proteção à ordem jurídica. Para Roxin seriam dois princípios dos quais a legítima defesa retiraria seu fundamento legal, os princípios da autotutela e da proteção da ordem jurídica ³, tais princípios, contudo, limitados pela proporcionalidade - A limitação da proporcionalidade não é a proporcionalidade entre os danos causados e impedidos que se faz presente no estado de necessidade, mas sim é o uso do princípio da proporcionalidade na análise da fundação legal dos princípios da autotutela e da proteção da ordem jurídica, afinal torna-se inaplicável na legítima defesa o outro uso da proporcionalidade.

Quanto ao princípio da autotutela é apenas permitido no Direito em casos excepcionais sua aplicação. Um dos maiores exemplos desta exceção é a legítima defesa, e, já que o Estado além de não poder estar presente em todas as agressões aos bem juridicamente tutelados, não deve o direito perecer frente a um injusto, no caso de uma agressão injusta.

A autotutela em matéria de Direito Penal é excluída, em regra, afinal ficaria adstrita a vingança privada ou a uma pseudo retribuição longe dos parâmetros legais. Contudo, o direito não deve perecer ante ao injusto- o princípio da proteção da ordem jurídica é justamente essa afirmação de que não precisa o Direito ceder ante o injusto⁴- em casos bem delimitados e com os modos delimitados torna possível a legítima defesa, advindo do direito natural. Fora positivado no Direito pátrio em alguns ramos e no Direito Penal nas causas excludentes de ilicitude. A legítima defesa é forma nítida de autotutela positivada sem que o Estado deixe de tutelar as situações, Assim:

“Esse instituto penal é uma situação fática reconhecida pelo Direito, onde, apesar do Estado ter o poder de punir – o *jus*

³ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 53.

⁴ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P. 54.

puniendi –, em certas ocasiões, cabe ao próprio particular a autotutela do bem jurídico próprio ou alheio posto em perigo. É imperioso ressaltar que o Estado não abre mão do monopólio da violência legítima em favor do particular, mas, apenas concede o direito, desde que preenchidos todos os requisitos da situação de legítima defesa, do indivíduo se defender licitamente.”⁵

Embora não guarde relação com a teoria do instinto de conservação, não se pode negar nas situações de perigo tal instinto, na análise do princípio da proteção individual que não pode o ser utilizado apenas. O princípio ora em análise é de acordo com a necessidade de defesa do indivíduo de defender seus próprios bens jurídicos ora atacados ora na iminência de ataque, ou, ainda de terceiros, já que tais bens necessitam de proteção.

A legítima defesa é por natureza de caráter individual e o princípio da proteção individual, do qual não se pode ser exclusivo na fundamentação do instituto- até mesmo para não haver confusão com o instituto do estado de necessidade-, irá ser uma premissa.

Serão protegidos os bens individuais e não aqueles tidos tais como supraindividuais, nem de quando há inexistência de agressão não colocadora de perigo do bem juridicamente tutelado na análise do caso concreto⁶. Serão excluídos os bens jurídicos da coletividade (comunidade)⁷.

Ao serem excluídos da possibilidade de legitimar a defesa os bens supraindividuais, leva-se ao questionamento da aplicação da excludente na defesa dos bens jurídicos de terceiros. O legislador optou por estender a legítima defesa para defender bens da própria pessoa e também de outra – aqui exclui desse terceiro aquele que estava sob a proteção obrigatória segundo a posição de garante-, mas sem delimitação jurídica entre o ameaçado e o que reage por ele.

Que o Estado não pode se fazer presente em todos os momentos em que haja necessidade de defesa já é sabido, contudo, autorizar qualquer que seja o cidadão a fazer às vezes já é mais complicado. Na legislação brasileira

⁵ SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. **Legítima Defesa: Uma Análise Tomando como Ponto de Partida a sua Fundamentação Individual e Social com Vista a sua Definição Dogmática**, 2008. 97 f. Dissertação (mestrado)- Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, Recife, 2008. p. 8.

⁶ LUZON PEÑA, Diego Manuel. **Aspectos Esenciales de la Legitima Defensa**. Buenos Aires: Bdef, 2002. p.32.

⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Madri: Civitas, 1997. p. 608.

houve limitações expressas quanto ao terceiro e seu vínculo com a pessoa a qual reage, bem como na história externa do instituto.

Ferracini diz ser qualquer hipótese a possível de defesa por um estranho, podendo ser uma obrigação quando do desempenho de funções públicas na defesa da segurança das pessoas ou ser um dever em que todos poderiam e deveriam impedir o delito ou sua prática independente de maiores ou qualquer vínculo⁸.

Já para a excludente de ilicitude civil, o consentimento do ofendido para excluir a ilicitude faz-se necessário. Incidiria na medida da vontade do agredido e não apenas puramente do defensor. Quando forem bens indisponíveis, a exemplo da vida, poder-se-ia afastar o posicionamento civilista.

Ao tratar-se de bens de terceiros, quando forem disponíveis é mais prudente tomar por conta o consentimento do ofendido, inexigível, pois, o será quando for indisponível. Assim, de acordo com o bem jurídico no caso em concreto posto ou imediatamente arriscado de ser lesionado, dentre do consentimento – concordância do titular- do agente capaz, é mais que possível a legítima defesa de terceiros.

De íntima relação e fundamento, também, com a máxima de não dever o Direito perecer ante o injusto, a legítima defesa autorizada dentro do disposto legal, possui o intuito de afirmação do Direito para a preservação do bem jurídico e, assim, de preservar a própria ordem jurídica posta. Sendo por meio das causas de justificação que as modificações sócias adentram na teoria do delito e cuja função político-criminal é a solução de conflitos⁹, busca-se em Roxin a dupla fundamentação principiológica da ação, critério individual e outro social para a legítima defesa.

Por a justificação dar-se na medida da existência de uma situação típica para repelir agressão dotada de antijuridicidade a um bem jurídico individual, o legislador permite que o particular proteja-se – fim de prevenção geral-, afinal

⁸ FERRACINI, Luiz Alberto. **Legítima Defesa**: teoria e jurisprudência; todos os seus requisitos, agressão injusta e iminente, bem jurídico próprio ou de outrem, emprego moderado dos meios necessários na repulsa, todo ato que ameaça ou ofende um determinado bem jurídico. São Paulo: Editora de Direito, 1996. p.26.

⁹ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 48 – 49.

não estão presentes os órgãos estatais e é necessária a afirmação da ordem legal ante agressões injustas¹⁰.

A intenção de prevenção geral é reconhecida na medida em que deve o Direito prevalecer e na afirmação do Direito ao se fundamentar a legítima defesa. Sendo que quando for excluído totalmente o prevalecimento do Direito, não será, pois, cabível a excludente, quando tratar-se de perigos sem desvalorização da ação humana, assim, não é cabível defesa da legítima defesa¹¹.

O critério individual por ser dotado de insuficiência acaba por trazer a legítima defesa outro princípio fundamentador, de caráter, pois, social e não individual¹². A afirmação do direito perante o injusto existe na medida em que o Direito vai ter interesse em defender os bens escolhidos para serem juridicamente tutelado diante de agressões atuais e antijurídicas¹³.

A defesa dos bens jurídicos é a defesa do próprio Direito, defender o bem é a defesa da norma posta¹⁴. Perpassa a esfera do individual e passa ao social da ordem jurídica da qual protege o indivíduo, o todo e a si mesma na medida dos bens dos quais foram interessadamente tutelados na medida de sua importância.

Para a constituição do crime há de se passar pelos seus elementos fundamentadores, o indício de ser antijurídica a conduta ao ser dotada de tipicidade vai desencadear no juízo de estar ou não em contrariedade ao ordenamento jurídico posto, para só depois saber-se se estava ou não abarcada por uma excludente. Caso a agressão venha a ser permitida pelo ordenamento é afastada a incidência do instituto, assim, para Cláudio Brandão:

“Se a agressão for autorizada pelo Direito, não cabe a incidência da legítima defesa. As agressões autorizadas pelo ordenamento jurídico não precisam estar necessariamente previstas no Direito Penal, outros ramos do Direito também podem conceder a autorização para uma agressão. O Código Civil, por exemplo, prevê o desforço imediato na turbação da posse: se a posse de

¹⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Madri: Civitas, 1997. p. 608.

¹¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Madri: Civitas, 1997. p. 609.

¹² SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de, **Considerações Sobre os Requisitos da Ação Para a Legítima Defesa**. Duc in Atun- Caderno de Direito, V.4, n.6, Recife; Cihjur, jul/dez. 2012. p. 238.

¹³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Madri: Civitas, 1997. p. 609.

¹⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Madri: Civitas, 1997. p. 609.

alguém estiver ameaçada, é permitido ao sujeito o uso módico da força para afastar esta turbacão.”¹⁵

A agressão toma posicionamento de antijurídica por ser ilegítima e assim, importante ao Direito e dentro da essência de *ultima ratio* do Direito Penal, seu objeto de estudo. Dentro da teoria causalista, é tomado, apenas o desvalor do resultado¹⁶, pois a agressão é antijurídica ao ser contrária ao ordenamento jurídico.

Em contraponto à teoria causalista, a teoria finalista da ação pondera ser no desvalor da conduta a concretização da ofensa aos bens juridicamente protegidos, sendo a antijuridicidade o juízo de desaprovacão imposto ao autor na relacão da ação injusta para com o mesmo¹⁷.

O exame do requisito do crime antijuridicidade é primeiramente do desvalor do resultado e não exclusivamente, para no segundo momento e passado tal, o desvalor da conduta, adotado, pois, o finalismo da ação, embora o sistema pátrio (insuficientemente) seja “apenas” dotado da visão causalista de acordo com o posicionamento mantido pelo Código de 1984. Para tanto, vê-se na injustiça da agressão, a equivalência na agressão antijurídica¹⁸.

Haveria a necessidade de o agressor ser culpável, de acordo com o juízo de reprovacão pessoal, passando a análise do terceiro momento crime a anteceder o segundo de antijuridicidade, para existir o momento da causa de justificacão¹⁹. Tal postura adotada além de ser inadmitida por antecipar a análise da culpabilidade ao de antijuridicidade – afinal primeiro analisasse se é típico, para em segundo momento ser ou não antijurídico e, tão somente e apenas se, típico e antijurídico, ser culpável-, ensejaria a legítima defesa preventiva, da qual é totalmente contrária ao ordenamento.

De acordo com os limites ético-sociais da legítima defesa acaba por tornar-se uma confusão entre antijuridicidade e culpabilidade²⁰ afinal seria uma

¹⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.p. 121- 122.

¹⁶ LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Campinas: Russell, 2003. p. 78.

¹⁷ WELZEL, Hans. **Direito penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. p. 114-116.

¹⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.119.

¹⁹ RONGO, Guillermo. **El Concepto de Agression Ilegítima en la Legítima Defensa**. Buenos Aires: Fabian J. di Plácido, 2003. p. 75-77.

²⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madri: Civitas, 1997. p. 617.

defesa ante um agredido sem culpabilidade, ora, diminuiria a necessidade da afirmação do direito perante o injusto.

Para se chegar ao conceito de legítima defesa tal qual excludente de ilicitude do crime, necessita-se uma análise dentro dos seus requisitos quanto a valoração da agressão. Principalmente no que tange a sua antijuridicidade na medida da relação da ação/resultado.

O Direito afirma-se perante o injusto e não deve ceder quando da agressão dolosa e ilegítima, a legítima defesa vai atuar mediante a função específica de proteger os bens jurídicos quando o Estado não o poder fazer a todos os momentos, a adequação da finalidade do instituto.

Para se delimitar as condutas das quais são passíveis de legítima defesa, há uma necessidade do estudo da agressão, uma vez que é o primeiro momento do instituto. Além de que a agressão é o elemento diferenciador da excludente estado de necessidade.

A agressão, então, é a humana, fruto da conduta do homem. Conduta, por sua vez, além de ser a pedra de toque que embasa dos três elementos formuladores do crime será tida tal qual sinônimo de ação, envolvendo tanto comissão quanto omissão, dentro da análise de ser adequada a norma, reprovável e num juízo de reprovação sobre o seu autor²¹.

Assim, desinteressante é, pois, as condutas não humanas para a legítima defesa. As ações da natureza e dos animais por si sós não estariam abarcadas então. Serão objetos ao estado de necessidade na medida em que diante de um conflito de interesses de bens juridicamente tutelados houver uma situação de risco de lesão no perigo atual (observa-se que não está expressamente disposto a respeito de ser, também, iminente), não voluntariamente causado pelo agente, para salvaguardar direito próprio ou alheio e dotado de uma razoabilidade nas circunstâncias.

Da simples leitura do artigo 24 do Código Penal: “Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 1º - Não pode alegar estado

²¹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 23.

de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”, vê-se os requisitos objetivos ao estado de necessidade. Primeiramente o perigo tem que ser atual -com o silêncio normativo retira-se a questão da iminência-, tendo de ser “real”, gerado por um ser humano, ou por um animal – desde que não seja o meio- ou fato da natureza (uma maior diferenciação da legítima defesa em tal ponto). Além de não provocar voluntariamente a situação para que se salve seu direito próprio em estado de necessidade próprio ou alheio no estado de necessidade de terceiros e quando houver, pois, inexistência de dever legal de que se enfrente o perigo ante a inevitabilidade do comportamento lesivo, impondo-se, ainda, a ponderação entre os bens protegidos e ora sacrificados. Assim, pode-se diferenciar os institutos da legítima defesa e do estado de necessidade de acordo a proteção dos bens envolvidos, ao destinatário – a legítima defesa tem destinatário certo ante a não destinação específica do estado de necessidade- e quanto aos interesses em conflitos, pois os interesses na legítima defesa são ilegítimos conquanto no estado de necessidade serem legítimos.

As ações dos animais só serão consideradas agressão para legitimar a defesa caso sejam o meio que o agressor se utilizou para ensejar a situação antijurídica. Será, pois, o instrumento escolhido para atingir o bem jurídico atualmente atingido a partir de uma conduta humana.

Além das ações dos animais e da natureza, não serão, também, as condutas ausentes do elemento vontade manifestas no mundo exterior, consideradas penalmente relevantes ao instituto, justamente por não serem manifestadamente. Então, nestes casos, não cumprem com as finalidades da legítima defesa, as quais seriam a função preventiva geral ²².

Resta, agora, delimitar quais as condutas que seriam agressões de fato. Seriam, pois, as ações de cunho humano causadoras de perigo aos bens juridicamente tutelados²³ - Para conceituar bem jurídico é defendido o

²² SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. **O conceito de Agressão Injusta e Atual a Ensejar Legítima Defesa: uma análise a partir da ratio de proteção dos bens jurídicos e da prevenção geral**. Copendi; conselho nacional de pesquisa e pós graduação em direito, Recife, <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/ciencias_criminais_leonardo_henriqu_siqueira.pdf>. p. 6.

²³ ROXIN, Claus. Es la protección de los bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In **La Teoría Del Bien Jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Roland Hefendehl (ed.). Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 447.

posicionamento do qual se é crítico com a legislação, diferente do conceito metódico- do qual seria de acordo com o fim da norma-, dentro do sistema global para os fins ou funcionamento do próprio sistema, aquele que dado as circunstâncias ou finalidades úteis ao indivíduo e ao seu livre desenvolvimento. - e, assim, restariam fora as tentativas inidôneas - quando se resta impossível o crime, já que o resultado também o é, pelo meio escolhido ser absolutamente ineficaz ou o objeto material ser impróprio - do conceito de agressão para a legítima defesa²⁴.

Há a necessidade de que haja voluntariedade e resta-se o questionamento de quais seriam ações, apenas positivas ou aquelas decorrentes de omissão também e quando das condutas omissas se apenas improprias ou da própria também.

Quando há a preferência por apenas serem as omissões impróprias, e sendo essas omissões aquelas dotadas de violência e das que imponham perigo ao patrimônio jurídico do agredido²⁵, seria o agressor dotado da posição de garantidor diante de um dever jurídico de agir. Diferente de tal situação, na omissão própria não seria agressão, apenas porque não fora a situação criada pelo que se omitiu diante do perigo ao bem, restando, aqui, alegar um possível estado de necessidade. Além de que, para corroborar com a afirmação, tem-se nas omissões próprias proteção aos bens supraindividuais e não os individuais em si²⁶.

Não é unanime o posicionamento de quais seriam as agressões – aspecto subjetivo da agressão- ensejadoras da defesa lícita. Havendo, pois, três posicionamentos. Num primeiro seriam todas, independente se dolosas, culposas ou até mesmo as despidas de culpa. Depois as que desconsiderariam a sem culpa e minoritariamente as defensoras de serem apenas as dolosas.

É fato a omissão de posicionamento da maior parte da doutrina pátria, assim, seriam agressões tanto dolosas quanto culposas e ainda as involuntárias, tomando-se de exemplo os atos reflexos, que colocassem os bens jurídicos de

²⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1952. p. 165.

²⁵ BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Trad. Paulo José da Costa Júnior. São Paulo: RT, 1966. p. 374.

²⁶ LUZON PEÑA, Diego Manuel. **Aspectos Esenciales de la Legitima Defensa**. Buenos Aires: Bdef, 2002. p. 143.

outrem em perigo²⁷. Ao não se delimitar dolosas ou culposas ou, em tese, ser nem uma nem outra, acaba por se ter uma responsabilidade objetiva, o que não é possível devido ao princípio da responsabilidade subjetiva, a responsabilidade penal é condicionada a existência da voluntariedade, dolo ou culpa, ao menos.

Na análise da situação da legítima defesa tem-se que na proporcionalidade está no estado de necessidade, quando não vontade em causar lesão não é cabível a legítima defesa e sim a outra excludente de ilicitude.

A doutrina dominante, adotada pelos alemães, portugueses e parte da espanhola, é partidária de ser toda e qualquer agressão que lesione ou cause perigo ao bem jurídico²⁸. Na dupla finalidade do instituto, com a análise de Roxin da afirmação do direito perante o injusto, ainda que por motivos meramente preventivos, deve, pois, o direito afirmar-se nas agressões culposas²⁹.

Filiando-se do posicionamento de Taipa de Carvalho, as limitações ético-sociais da legítima defesa de Roxin para limitação das agressões culposas acaba por impedir modificações do instituto³⁰, preferindo-se, assim, apenas as condutas dotadas de agressão dolosa.

A legítima defesa tem uma função preventiva de condutas que se adequem a lesionar os bens juridicamente tutelados e por isso deve o instituto repousar nas agressões ilícitas e dotadas de dolo – ainda que eventual-, ora o instituto não pode ser meio coercitivo a fim de que se evite a atuação de forma negligenciada³¹.

Em conformidade com tal posicionamento, Luzon Peña diz ser a consideração decisiva para a agressão ser aquela dotada de voluntariedade de lesionar o bem porque a proteção do bem jurídico individual prevalece a ordem

²⁷ SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. **Legítima Defesa: Uma Análise Tomando como Ponto de Partida a sua Fundamentação Individual e Social com Vista a sua Definição Dogmática**, 2008. 97 f. Dissertação (mestrado)- Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, Recife, 2008.p. 53.

²⁸ CARVALHO, Américo A. Taipa de. **A legítima defesa**, Coimbra, Coimbra editora, 1995.p.245.

²⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Madri: Civitas, 1997. p. 613.

³⁰ CARVALHO, Américo A. Taipa de. **A legítima defesa**, Coimbra, Coimbra editora, 1995.p. 251.

³¹ CARVALHO, Américo A. Taipa de. **A legítima defesa**, Coimbra, Coimbra editora, 1995.p. 259.

jurídica do agressor, tudo de acordo com a função de prevenção geral e que o direito deve prevalecer frente ao injusto³².

Além de que se poderia restar desproporcional os danos causados pela ação e os danos para evitar, na gravidade dos efeitos tem-se um segundo argumento, já que poderia haver uma superioridade aos protegidos na medida em que o agente tem consciência dos danos resultantes de sua conduta que é dolosa³³.

Por fim, Taipa de Carvalho pondera a respeito da dúvida sobre o caráter doloso ou negligente da conduta a ser repelida. Quando restar duvidosa a culpa do agente numa agressão iminente (aqui se vê mais uma problemática do termo iminência) é para o possível futuro agredido conter-se nos limites do estado de necessidade de acordo com os limites da proporcionalidade de tal excludente³⁴.

Para o conceito puro e simples de legítima defesa temos que levar em conta que a agressão é aquela que atual ou iminente. A análise do momento é o primeiro paço para o instituto, afinal “defesa” de agressões passadas é vingança privada e terminantemente intolerável ao sistema:

“” 65 – Agressão – finda. “ a legítima defesa não se compadece com a agressão finda, e não poderá invoca-la quem deixou para reagir quando cessara a agressão”. – (Ementa – 1º C. c. do T. de Just. De Minas, na apel. C. n. 6.011 – Revista Forense, 14-4-491).””³⁵.

O perigo seria suficiente para atualidade, o momento que criaria a situação, não em si apenas a agressão de fato³⁶. Para as doutrinas tradicionais e mais remotas poderia ser suficiente apenas o perigo ao bem jurídico, mas o defeito paira quanto à delimitação do conceito de perigo do qual se serviria a legítima defesa a fim de excluir-se o crime.

³² LUZON PEÑA, Diego Manuel. **Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa**. Buenos Aires: Bdef, 2002. p. 181.

³³ CARVALHO, Américo A. Taipa de. **A legítima defesa**, Coimbra, Coimbra editora, 1995.p. 260.

³⁴ CARVALHO, Américo A. Taipa de. **A legítima defesa**, Coimbra, Coimbra editora, 1995.p. 262.

³⁵ BUSSADA, Wilson. **Legítima Defesa**: interpretada pelos tribunais. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos s/a, 1957. p. 39.

³⁶ LINHARES, Marcelo Jardim. **Legítima Defesa**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 209.

Utilizar-se da delimitação de perigo em correspondência com a tentativa, no caso em seu momento de início, é um risco ao próprio bem, afinal poderá já ser em demasiado tarde ao agredido, desembocando em uma ineficácia da defesa. Levando, então, a uma agressão ainda maior da qual poderia ser evitada ao utilizar-se de outro critério³⁷.

De todo modo, o início não pode ser utilizado para a delimitação de atualidade, melhor é quanto à fase final dos atos preparatórios e de imediato prévia à fase da tentativa³⁸ em torno da análise do *inter crimines* perseguido pelo agressor.

Adota-se para a delimitação, assim, da atualidade, o parâmetro da tentativa, não no início propriamente dito, mas baseado na análise dos atos preparatórios para que não se torne ineficaz a defesa e conseqüentemente o perigo seja consumado com o resultado de lesão ao bem juridicamente tutelado.

2 Defesa necessária

Passada a análise de ser a conduta a agressão antijurídica dotada de dolo e, de fato, injusta assim, abre-se outra delimitação a ser requisito do instituto. Havendo a agressão de tal modo, necessitará, pois, da reação da qual será a defesa. A defesa necessária é a reação da agressão.

É de certo a impossibilidade do Estado atuar a todos os momentos de violação de bens, seria suficiente o direito de defender-se por causa da falta de proteção, somando-se ao fato do instinto de autoconservação do direito natural quando é ameaçado pela lesão ainda que juridicamente o fosse monopolizado pelo poder público Assim:

“esse ejercicio de fuerza o violencia particular considere que el agredido substituye la supremacia monopolizada del poder público. Em definitiva, el poder público tiene la supremacia monopolizada siempre cuando posea medios coactivos para imponer el orden jurídico frente al acto injusto del agresor. La legitima defensa, por tanto, tiene um carácter subsidiário: la

³⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. p. 618-619.

³⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. p. 619.

defensa sería un derecho del Estado, que solamente se concede al individuo cuando éste no puede actuar.”³⁹.

O argumento é que o bem pereça pela falta de proteção e isto justifica, de fato, o direito de que se defenda. O que para Feuerbach seria um requisito a mais ao instituto além dos já exigidos⁴⁰.

Só será dotada de licitude aquela reação da qual se tenha total necessidade no repelir da agressão injusta de acordo com as possibilidades de meios disponíveis e prováveis de utilizar-se na defesa na atualidade ou iminência.

Regido pelo princípio da menor lesividade, tem-se a ponderação dos meios na defesa do bem e sacrifício em potencial do bem do agressor, qual o seja. A obrigação de ser diante das circunstâncias e possibilidades o de menor potencial danosidade ao agressor.

O meio deve ser, além de o menos lesivo, dotado de idoneidade. Os meios dos quais possam lesionar ou por em perigo bens de terceiros, indiferentes à situação individual de legítima defesa, estão fora da esfera do agressor⁴¹ e objetos de um possível estado de necessidade, o que valeria, também, quanto ao objeto utilizado ser de terceiros para a defesa.

Há a insustentabilidade do requisito obrigatoriedade de fuga para a reação afinal seria impossível ao homem a escolha de ser “covarde” ou de uma fuga desonrosa⁴², ao menos no ordenamento pátrio, é corroborada nos crimes contra a honra, da qual se situa em grau de inferioridade a outros bens jurídicos fundamentais, uma vida valeria mais que a honra de um dado indivíduo no caso concreto, por exemplo.

Assim, contribuiria para frear o avanço ético necessário⁴³. Lembrando-se ser o *commodus discessus* ou obrigatoriedade da fuga herança do Direito

³⁹ ZILIO. Jacson. **Legítima Defesa. Las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y arantísticos del Derecho Penal**. Buenos Aires: edições Didot, 2012. p. 76.

⁴⁰ FEUERBACH, Paul johann Anselm Ritter Von. **Tratado de Derecho Penal Común Vigente em Alemania**, trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer de la 14º ed. Alemana. 1ºed. Castellana, Buenos AiresHammurabi, 2007, p. 61-62.

⁴¹ LAVILLA, Francisco Baldo. **Estado de Necesidad y Legítima Defensa**. Barcelona : Bosch, 1994. p.306.

⁴² LINHARES, Marcelo Jardim. **Legítima Defesa**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 232.

⁴³ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **A Legítima Defesa da Honra e o “Commodus Discessus”: um enfoque axiológico**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 39, nº 156, p.33-40, out./dez.2002.

Canônico, sua criação, e que perdera após seu posicionamento de obrigatório requisito na legítima defesa.

Além do exposto em contrariedade a obrigatoriedade da fuga, há a teoria da prevalência do direito perante o injusto de Roxin, na qual se o fosse aplicada tal obrigatoriedade, restaria enorme vantagem aos criminosos frente aos cidadãos dos quais não poderiam utilizar-se das finalidades abarcadas pela legítima defesa, afastando a fuga de ser requisito⁴⁴.

Para Taipa de Carvalho, a análise da proteção individual e da afirmação do direito – o que o referido autor vem a chamar de teoria dualista dominante na atualidade – caracteriza a recusa da proporcionalidade dos bens e corrobora a afirmação da legítima defesa ter uma função preventiva geral⁴⁵. Quando a proporcionalidade abre-se, pois, espaço à análise do requisito a respeito do uso moderado dos meios necessários.

3 Uso moderado dos meios necessários

Os meios necessários utilizados com o intuito de repelir a então agressão injusta serão, pois, aqueles ao alcance do que defende. Para Galdino Siqueira não se exigiria outros meios de salvação que não aqueles seguros, fácieis e evidentes⁴⁶ não é rebuscamento ao se escolher o que irá utilizar, apenas há de ser necessário e dotado de razoável equilíbrio entre a defesa e o ataque.

A reação na ação de legítima defesa deverá ser dotada de meios necessários de acordo com a moderação. Há o questionamento a respeito do uso moderação ou proporcionalidade quando aos meios empregados na defesa do bem jurídico em relação ao bem do agressor.

⁴⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Madri: Civitas, 1997. p. 633.

⁴⁵ CARVALHO, Américo A. Taipa de. **A legítima defesa**, Coimbra, Coimbra editora, 1995. p. 412 – 414.

⁴⁶ SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro** (segundo o Código mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890 e leis que modificaram ou complementaram, eluciados pela doutrina e jurisprudência). Vol.1. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial. 2003. p.437.

O princípio da proporcionalidade está presente na fundamentação legal das causas de justificação, porém, na análise do requisito quanto aos meios empregados afasta-se a proporcionalidade, pois o inserir na legítima defesa além de ser totalmente errado iria causar uma confusão com o estado de necessidade, adequando-se de forma melhor a moderação.

Basileu Garcia vê o uso do pressuposto proporcionalidade da agressão e repulsa desdobra-se em inevitabilidade por o sujeito não poder deixar de agir e em moderação por os meios de que se utilize serem necessários e indispensáveis⁴⁷. Anibal Bruno traz que a medida da repulsa é dada na proporcionalidade entre ataque e defesa⁴⁸.

Roxin exclui a legítima defesa estar vinculada a proporcionalidade, uma vez que o exercício da defesa necessária resguarda o bem jurídico individual protegendo o Direito- o qual não deve perecer ante ao injusto- e irá servir para a estabilizar a ordem jurídica⁴⁹.

O principal defeito da aceitação do termo proporcionalidade é quanto ao estado de necessidade por ser exigência, de fato, a proporcionalidade entre os bens posto em defesa e destruído, na medida de ser mais importante. Não resta dúvida que a vida seja proporcionalmente de maior relevância frente a sacrifício de um patrimônio, por exemplo, contudo, o sacrifício deve ser analisado nas circunstâncias perante o direito o qual se pretende resguardar.

A natureza da agressão é o aspecto subjetivo, análise do dolo e culpa, e rejeitar a necessidade de que a agressão é exclusivamente dolosa, resulta na afirmação de ser a agressão culposa uma situação de legítima defesa. Nas agressões não dolosas deve-se ter em consideração a proporcionalidade, pois serão objeto do estado de necessidade⁵⁰.

Taipa de Carvalho recusa a proporcionalidade, também, por distinguir a verdadeira situação de legítima defesa das situações de necessidade de defesa (quando dos bens de terceiros estes forem menos importantes em relação aos

⁴⁷ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 2º ed. vol. 1, tomo 1. São Paulo: Max Limonad, 1954. P. 307.

⁴⁸ BRUNO, Anibal. **Direito Penal**; Introdução- Normal penal, Fato punível. 3º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978. p. 366.

⁴⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Madri: Civitas, 1997. p. 632.

⁵⁰ SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. **Legítima Defesa**: Uma Análise Tomando como Ponto de Partida a sua Fundamentação Individual e Social com Vista a sua Definição Dogmática, 2008. 97 f. Dissertação (mestrado)- Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, Recife, 2008. p. 70.

que salvaguardam), na medida em que a primeira por desprezar a circunstância da culpa dolosa do agressor, carece de legitimidade ético-jurídica para a proporcionalidade⁵¹

Mediante a fundamentação social do instituto, a prevalência do direito perante o injusto, a ação de legítima defesa nada a ver tem com dano causado e o que deixou de ser lesionado com a defesa, pois em uma última análise protegeria o Direito, e, em consequência traria confiança na estabilidade no ordenamento jurídico desestimulando futuras agressões a bens jurídicos por mostrar riscos na ação ilícita⁵².

Para que haja uma situação de legítima defesa é impossível uma interpretação rígida e aplicação de forma objetiva para o requisito moderação, o que pode ser feito nos demais requisitos, é, pois, uma análise mais subjetiva que objetiva de tal característica ao se repelir ataques e evitar o perigo⁵³.

Os meios necessários refletem na cautela da medida da repulsa, um critério valorativo do qual o Código Penal expressamente valeu-se na forma da moderação, uma relação guardada entre o ataque e a reação, numa comparação ao princípio da reação igual e contrária a ação⁵⁴.

Existindo a necessidade da defesa, independente de conteúdo objetivo ou subjetivo, raramente não haverá moderação no momento da agressão injusta no uso de absolutamente necessário, necessário implica em moderado já que a necessidade não comportaria meios termos⁵⁵.

Essa moderação remete ao *moderamen inculpatae tutelae* e deve-se ser medida na situação de acordo com a intensidade da agressão, tomando-se de exemplo de um homem ser atacado por um lutador de boxe, estranho seria se a defesa legítima não fosse com um revólver⁵⁶.

O interessante no campo da moderação acaba por ser o imoderado, o qual levaria o amparado pela excludente de ilicitude a uma ilicitude do fato,

⁵¹ CARVALHO, Américo A. Taipa de. **A legítima defesa**, Coimbra, Coimbra editora, 1995. p.433.

⁵² ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Madri: Civitas, 1997. p. 633.

⁵³ ALVES, Roque de Brito. **A Moderação na Legítima Defesa**. Recife: União gráfica, 1957. p. 52- 53.

⁵⁴ LINHARES, Marcelo Jardim. **Legítima Defesa**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 222 – 223.

⁵⁵ ALVES, Roque de Brito. **A Moderação na Legítima Defesa**. Recife: União gráfica, 1957. p. 56.

⁵⁶ NORONHA. Edgar, Magalhães. **Direito Penal**. Introdução e parte geral. 1º volume. 5ª edição. São Paulo: Edição Saraiva. 1968. p. 192.

dotado de responsabilidade penal pelo excesso de defesa por dolo ou culpa: “Excesso punível; parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso.”⁵⁷, afinal deveria ter atuado de maneira mais branda. Exagero da reação, a qual é mais pesada que a própria agressão injusta.

Em outra forma de excesso, contudo, não é cobrado o requisito da moderação, é o caso do exculpante, mas aqui é abrangido na análise não da ilicitude do crime, mas sim da culpabilidade. A excessiva defesa não será, pois, reprovável por não haver ser exigível conduta repressiva diversa, permitindo ao agredido ir além do meio necessário moderado para fazer cessar a agressão injusta. Tal excesso é advindo da prática da excludente de ilicitude e relacionado intimamente a moderação.

4 Considerações finais

Há uma necessidade de que se compreenda a questão da agressão ensejadora de uma reação para haver a legítima defesa. Entender a antijuridicidade de acordo com a ilegitimidade da mesma numa relação de causa e efeito, do desvalor da ação com o resultado. A construção da ação legitimadora de defesa a fim de excluir o crime é um somatório dentro de uma análise principiológica de dois princípios. Para se ter uma ação importante ao instituto precisa estudar-se o princípio da proteção individual - caráter individual da legítima defesa própria ou de terceiros, excluindo-se os bens supraindividuais- e o princípio da afirmação do direito perante o injusto.

Afinal só assim que se poderá delimitar o instituto para com os demais requisitos a sua configuração, quais sejam a defesa e o uso dos meios. Defesa necessária diante da conduta (agressão dolosa) injusta mediante o uso moderado dos meios necessários na reação.

Tem-se a legítima defesa tal qual é absoluta, além de ser um direito é também um dever, por que ela existe para o mundo. Não se pode reconhecer,

⁵⁷ PIERANGELI. José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**; Evolução histórica. 1º ed. São Paulo: Editora Jalovi LTDA. 1980. p. 302.

na espécie propriamente dita, e, muito menos, um dever, sendo absurdo dizer que o agressor tenha a obrigação de se deixar matar ou espancar sendo que a defesa privada é uma faculdade não imposta por lei. É direito na medida da defesa, ninguém teria a obrigação de suportar lesões aos seus bens jurídicos, muito menos quando se tratar daqueles os quais sejam de maior relevância – tais quais vida e integridade física.

O crime é formado por três elementos e a legítima defesa atua como causa excludente de antijuridicidade ou ilicitude, a fim de que se justifique a conduta que de antemão seria contrária ao Direito. A legítima defesa é a mais nítida causa de justificação e dotada de indiscutibilidade quanto a tal afirmação, então, é sim excludente de ilicitude dentro da análise de formação da teoria do crime.

Referências

ALVES, Roque de Brito. **A Moderação na Legítima Defesa**. Recife: União gráfica, 1957.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal**; Introdução- Normal penal, Fato punível. 3º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. **A legítima defesa**, Coimbra, Coimbra editora, 1995.

FERRACINI, Luiz Alberto. **Legítima Defesa**: teoria e jurisprudência; todos os seus requisitos, agressão injusta e iminente, bem jurídico próprio ou de outrem, emprego moderado dos meios necessários na repulsa, todo ato que ameaça ou ofende um determinado bem jurídico. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. **Tratado de Derecho Penal Común Vigente em Alemania**, trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer de la 14ª ed. Alemana. 1ª ed. Castellana, Buenos Aires Hammurabi, 2007.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **A Legítima Defesa da Honra e o “Commodus Discessus”**: um enfoque axiológico. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 39, nº 156, p.33-40, out./dez.2002.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 2º ed. vol. 1, tomo 1. São Paulo: Max Limonad, 1954.

LAVILLA, Francisco Baldo. **Estado de Necesidad y Legítima Defensa**. Barcelona : Bosch, 1994.

LINHARES, Marcelo Jardim. **Legítima Defesa**. São Paulo: Saraiva, 1975.

NORONHA, Edgar, Magalhães. **Direito Penal**. Introdução e parte geral. 1º volume. 5ª edição. São Paulo: Edição Saraiva. 1968.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**; Evolução histórica. 1º ed. São Paulo: Editora Jalovi LTDA. 1980.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Madri: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VERGARA, Pedro. **Da Legítima Defesa Subjetiva**. 4º ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1990.

ZILIO, Jacson. **Legítima Defesa. Las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y arantísticos del Derecho Penal**. Buenos Aires: ediciones Didot, 2012.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro** (segundo o Código mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890 e leis que modificaram ou complementaram, eluciados pela doutrina e jurisprudência). Vol.1. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial. 2003.

SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de, **Considerações Sobre os Requisitos da Ação Para a Legítima Defesa**. Duc in Atun- Caderno de Direito, V.4, n.6, Recife; Cihjur, jul/dez. 2012.

SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. **Legítima Defesa**: Uma Análise Tomando como Ponto de Partida a sua Fundamentação Individual e Social com Vista a sua Definição Dogmática, 2008. 97 f. Dissertação (mestrado)- Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, Recife, 2008.

DELIMITAÇÃO DO ESPAÇO COMO FORMA DE PODER E A DIFICULDADE DE INSERÇÃO DE REFUGIADOS DA GUERRA SÍRIA EM PORTUGAL

JULIANA TÔRRES DE VASCONCELOS BEZERRA CAVALCANTI

Advogada

Secretária da Comissão de Direito Financeiro e Econômico OAB/PE
Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Federal de
Pernambuco- UFPE;

Especialista em Direito Civil/Contratos pela Universidade Federal de
Pernambuco-UFPE;

Mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã – FADIC

RESUMO: O presente trabalho pretende abordar o tema da delimitação do espaço como forma de exercício de poder, determinação de direitos e deveres daqueles que se inserem no espaço delimitado e exclusão dos que não estão inseridos, no caso, o problema dos refugiados ao tentarem se inserir nesses espaços.

PALAVRAS- CHAVE: delimitação do espaço, poder, determinação de direitos, deveres.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. DELIMITAÇÃO DE ESPAÇO E PODER; 3. O PROBLEMA DA PERMANÊNCIA DOS REFUGIADOS NOS NOVOS PAÍSES; 4. DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS REFUGIADOS 5. CONCLUSÃO 6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Conquistar novos espaços sempre foi uma forma de o homem buscar mais recursos e garantir a sobrevivência, mudar de espaço onde se habita ou trabalha faz parte da história da humanidade.

O êxodo sempre existiu na vida humana, dentro de um mesmo Estado nacional ou destinado a outros países. No Brasil temos o clássico exemplo dos brasileiros da região nordeste, mais pobre e castigada pela falta de estrutura das cidades e do campo, com problemas ligados à seca e a falta de desenvolvimento, migrarem para a região sudeste do país.

Na Europa, com países fronteiriços não separados pelo mar, esse deslocamento acontece de modo mais intenso, sendo comum pessoas morarem em um país e se deslocarem a um outro durante períodos do ano ou dias da semana para trabalhar.

Dessa forma o homem começou a trabalhar a delimitação do espaço como forma de exercício de poder, determinando quem pode ocupar os determinados espaços e de que forma.

Para tanto faz-se necessário todo um estudo envolto aos conceitos básicos e pertinentes ao tema, afinal para que se entenda uma relação de poderio e dos direitos e deveres de um determinado grupo é de suma importância o contexto geográfico, social e jurídico.

Delimitar o espaço geográfico quanto as limitações dos traços impostos por um dado país ou grupo que disputa um território acaba por explicar, também, porque há o êxodo de um grupo de um lugar para outro, mostrando o porque de uns refugiados em busca de uma nova pátria.

Havendo, assim, a problemática de alguns países em receber os refugiados, afinal uns aceitam e outros negam. Por tudo isso, nasceram os diversos documentos de proteção com o intuito de diminuir ou amenizar, ao menos, a referida situação caótica surgida na medida da delimitação do espaço e imposição de poder.

2. DELIMITAÇÃO DE ESPAÇO E PODER

O homem ao se apoderar de um espaço insere nele suas regras, tenta moldá-lo para a melhor convivência com seus valores e crenças, espaço e poder estão ligados.

Desde que o homem começou a organizar-se em sociedade que há imposição de poder hierarquicamente falando. Com a visão contratualista veio que uns tendem a ceder um pouco das suas liberdades para um bem maior que seria o todo.

O como do poder pode ser retirado da aula de 14 de janeiro de 1976 do curso do Collège de France de Michel Foucault que é exatamente a forma de

exercício do poder, assim: “o indivíduo é o efeito do poder e, simultaneamente, ou pelo próprio fato de ser um efeito, é seu centro de transmissão. O poder passa através do indivíduo que ele constituiu”.⁵⁸

Análise do poder de forma empírica através do decorrer histórico na medida da relação de domínio que demonstra a subordinação entre sujeito. Assim, já que são totalmente heterogêneas as formas de poder e dominação, tem-se que é fundamental:

não tomar o poder como um fenômeno de dominação maciço e homogêneo de um indivíduo sobre os outros, de um grupo sobre os outros, de uma classe sobre as outras, mas ter bem presente que o poder – desde que não seja considerado de muito longe – não é algo que se possa dividir entre aqueles que o possuem e o detêm exclusivamente e aqueles que não o possuem e lhe são submetidos. O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui e ali, nunca está em mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas, os indivíduos não só circulam, mas estão sempre em posição de exercer este poder, e de sofrer sua ação; nunca são alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão. Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles.⁵⁹

A autora Hanna Arendt nos chama a atenção para a relação existente entre perda de poder e suas facetas, a violência é uma delas:

Hannah Arendt (1985): O poder e a violência se opõem: onde um domina de forma absoluta, o outro está ausente. □ O poder é inerente a existência de qualquer comunidade política; demanda legitimidade. □ Já o domínio através da violência pura vem à tona quando o poder está em vias de ser perdido.

12. □ Hannah Arendt (1985) – A guerra ou a violência em geral, é inclusive várias vezes um sintoma de perda de poder. Toda diminuição de poder é um convite à violência. Isto não é consenso □

A violência e a desordem acabam se desenvolvendo nos espaços onde existe a perda de poder, a perda de espaço também é um reflexo. O

⁵⁸ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 8ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.p. 183-184.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 8ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.p. 183

conquistador, aquele que domina tende a querer moldar o espaço para as suas conveniências.

O pintor argentino Guillermo Uitica⁶⁰ em seu ensaio sobre o espaço faz uma representação de mapas e chama atenção para esse detalhe, delimitar, mapear é em verdade uma forma de exercício de poder, pois a partir do momento em que determino o pertencimento de tal espaço excluo pessoas dando-lhes direitos e deveres e excluo tantas outras.

O objeto da sua pintura: era o espaço, representado por meio de mapas, módulos, plantas baixas de teatros ou de apartamentos, mapas urbanos, mapas rodoviários.

O significado dos mapas: representavam poder, conquista, controle e orientação.

Seus mapas, ao contrário, abrem espaços imaginários, instauram uma espécie de desvio da ideia aceita do mapa. Em vez de simplesmente oferecerem orientação, tendem a colocar o espectador num limbo espacial e temporal.⁶¹

É fruto da hierarquia social com imposição subordinativamente de medo. Já o medo é um sentimento de incerteza advindo das maiores inseguranças internas e ao se falar em manipulação de pessoas é este o meio mais fácil para tanto.

Ao utilizar um discurso de medo, que é o que ocorre no caso dos refugiados, ainda que em sua forma secundária, é relacioná-lo a rituais da economia de poder de Foucault que mesmo substituindo o princípio da atrocidade é o suporte para tal⁶².

3. O PROBLEMA DA PERMANÊNCIA DOS REFUGIADOS NOS NOVOS PAÍSES

⁶⁰ HUYSEN, Andreas. **Culturas do passado–presente**: modernismos, artes visuais, políticas da memória. Rio de Janeiro: Contraponto: Museu de Arte do Rio, 2014.

⁶¹ HUYSEN, Andreas. **Culturas do passado–presente**: modernismos, artes visuais, políticas da memória. Rio de Janeiro: Contraponto: Museu de Arte do Rio, 2014. pp.54.

⁶² FOUCAULT, Michel. **Os anormais**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 76.

A Europa passa por um período de descobertas e dificuldades em relação ao êxodo forçado de milhares que fogem da guerra síria, alguns países europeus abriram as suas portas acreditando estar fazendo o seu papel, no entanto não estavam preparados para enfrentar os problemas que tal deslocamento produz, pois temos uma massa de pessoas desempregadas e sem vínculos com o novo lugar, a exemplo podemos citar Portugal que criou centros para receber refugiados, mas acabaram enfrentando o descontentamento dos próprios refugiados recebidos, que sentiram-se apartados da sociedade portuguesa e segregados em guetos.

O sentimento dos que são recebidos nem sempre é o de satisfação, pois muitos dos países que recebem não se sentem seguros para inserir os refugiados no seio da sociedade, formando escolas, bairros em apartado, gerando um sentimento de segregação e aumentando a violência e o preconceito nesses locais.

Em Portugal foram criados vários centros para receber refugiados da guerra síria, frequentes são as manifestações daqueles que acusam o governo português de segregação e discriminação. Nos jornais locais depoimentos e reclamações dos líderes dessas comunidades são divulgados frequentemente.

Não tem acontecido a real inserção desses novos moradores, os refugiados não encontram apoio e direitos nos países para onde migram, muitos acabam retornando para a zona de guerra por falta de assistência mínima de saúde ou para inserção no mercado de trabalho por exemplo.

A participação do Estado nessa tentativa de inserção também é criticada e falha.

Por último, o Estado ao não investir na qualificação e na acumulação de capital humano por parte dos refugiados reinstalados e ao não criar as condições necessárias que lhes permitam concorrer ao mercado de trabalho em condições similares às dos portugueses e imigrantes, acaba por contribuir significativamente para que continuem na dependência do Estado, sugerindo-se até que esta poderá ser uma forma de condicionar a participação desta população em determinadores sectores de actividade. Dito de outra forma, o Estado não promove a autonomia e participação dos refugiados reinstalados na sociedade de acolhimento, não lhes permitindo competir no

mercado de trabalho nas mesmas condições que a restante população.⁶³

4. DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS REFUGIADOS

As novas demandas sociais e imposição de poder que constroem a nova problemática do grupo vulnerável que é constituído pelos refugiados demonstra a necessidade de novos documentos para a sua proteção.

O Prof. George Browne já nos alerta para tal tema:

Sendo o direito, no entender de um número significativo de sociólogos e juristas, um produto da cultura hão, portanto, de se admitir entre diferentes sociedades e grupos sociais características idiossincráticas e mesmo certos antagonismos culturais que, por seu turno, se refletem na diversidade das suas concepções ético-jurídicas, descaracterizando, conseqüentemente, a existência de um conceito de direitos humanos, cujo significado e aplicação possam ser uníssona e invariavelmente admitidos; logo, partindo desse raciocínio seria forçoso reconhecer que tais pretensões universalistas restariam então fulminada por força das naturais diferenças entre povos ou nações.⁶⁴

Contudo, o tema já é de tratado desde a declaração universal dos direitos humanos:

Artigo 14º: 1. Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países. 2. Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por actividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

Devida à regra de extraconvencionalidade do referido documento, restava, muitas vezes, infrutífera a proteção, afinal é jus cogens, um costume internacional.

⁶³ MATOS, Tito Navarro da Cunha Campos e. A Inserção dos Refugiados Reinstalados no Mercado de Trabalho – **Uma etapa num processo de integração?** - Contributos para uma análise das dinâmicas de integração dos reinstalados em Portugal e na União Europeia . Mestrado em População, Sociedade e Território. UNIVERSIDADE DE LISBOA INSTITUTO DE GEOGRAFIA E ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO. Lisboa. 2011.

⁶⁴ BROWNE, George. **Direitos humanos**: notas de uma concepção interdisciplinar. Editora Atlas S.A. São Paulo. 2014. Pp.497.

Trazendo a proteção para uma realidade mais próxima, no âmbito da realidade americana, temos a convenção interamericana de direitos humanos, na parte de circulação e residência, ao dispor, em parte do seu artigo 22, que:

7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais.

8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

Para a referida Convenção refugiado será a pessoa que por temor de ser perseguida (aqui se pode ver a relação de poder refletindo no medo que gera documentos de proteção de forma bem nítida) está fora do seu país e de sua nacionalidade e que justamente pelo temor não pode ser protegido, já que não tem nacionalidade.

A perseguição pode ser motivada por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou por opiniões políticas. Ser refugiado, agora, é um novo grupo social, pessoas deslocadas e que precisam ser realocadas efetivamente.

No Brasil, é na lei nº 9.474 de 1997 que é tratado o mecanismo do refúgio ao determinar o procedimento para a determinação, cessação e perda da condição de refugiado, além dos direitos e deveres dos que solicitam refúgio ao Brasil e as soluções de forma duradoura.

A lei brasileira tem a vantagem de conceituar quem é o refugiado:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Outro avanço é ao estabelecer extensão à qualidade de refugiado com o intuito de proteger de forma mais eficaz:

Art. 2º Os efeitos da condição dos refugiados serão extensivos ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional.

O comitê nacional para os refugiados, que tem como sigla conare, é o órgão responsável por todos os pedidos de refúgio ao Brasil. Tal órgão é vinculado ao ministério da justiça e é composto pelo ministério de relações exteriores, ministério do trabalho, ministério da saúde, ministério da educação, além do departamento de polícia federal, organizações da sociedade civil dedicadas à assistência, integração local e proteção aos refugiados no brasil e o ministério público.

Para o Dec. Nº 50.215 de 28 de Janeiro que Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951, são os seguintes os direitos dos refugiados:

Direito de receber dos Estados Partes tratamento ao menos tão favorável quanto o que é proporcionado aos nacionais no que concerne à liberdade de praticar a sua religião e no que concerne à liberdade de instrução religiosa dos seus filhos;

Direito de associação, quanto a associações sem fins políticos e lucrativos e sindicatos profissionais;

Direito de propugnar em juízo, assegurando-se o livre e fácil acesso aos Tribunais, com o mesmo tratamento recebido por um nacional, incluindo-se aí a assistência judiciária e a isenção de cautio judicatum solvi;

Direito de receber tratamento dispensado ao estrangeiro no exercício de empregos remunerados;

Direito a receber tratamento concedido ao nacional em caso de racionamento de produtos de que há escassez;

Direito de receber tratamento concedido ao nacional em matéria de assistência e de socorros públicos;

Direito a receber tratamento concedido ao nacional em matéria de assistência e de socorro públicos;

Direito a receber tratamento concedido ao nacional em matéria de oferecimento de ensino primário. Quanto aos graus de ensino superiores ao primário, os Estados devem dar aos refugiados tratamento tão favorável quanto possível, e em todo caso não

menos favorável do que aquele que é dado aos estrangeiros em geral, nas mesmas circunstâncias;

Direito de receber tratamento dado aos nacionais quanto à legislação do trabalho (remuneração, jornada, idade mínima, aprendizado e formação profissional, trabalho de mulheres e dos adolescentes e gozo das vantagens proporcionadas pelas convenções coletivas);

Direito de receber o mesmo tratamento dado aos nacionais quanto à previdência social (acidentes de trabalho, moléstias profissionais, maternidade, doença, invalidez, velhice, morte, desemprego, encargos de família, demais riscos);

Direito de receber do Estado assistência administrativa para o exercício de direitos que normalmente exigem assistência estrangeira;

Direito de receber do Estado contratante documento de identidade, quando não possua documento de viagem válido, e documentos de viagem para viajar para fora do território;

Direito à liberdade de movimento para a escolha de residência e para a circulação no território livremente, com as reservas aplicáveis aos estrangeiros;

Direito de não ser submetido a emolumentos alfandegários, taxas e impostos além do que cobrados dos seus nacionais em situações análogas;

Direito de não ser submetido a sanções, caso o refugiado se apresente sem demora às autoridades e exponha razões aceitáveis para sua entrada ou presença irregulares; direito de que apenas restrições necessárias podem ser impostas ao seu deslocamento;

Direito de não ser expulso, salvo por motivos de segurança nacional ou ordem pública, mediante decisão judicial proferida em atendimento ao devido processo legal.

Não devolução - Os solicitantes de refúgio não podem ser devolvidos ou expulsos para um país onde a sua vida ou integridade física estejam em risco. A proteção contra a devolução impõe, inclusive, o dever das autoridades brasileiras de garantirem que qualquer estrangeiro terá acesso ao mecanismo de refúgio, sobretudo nos controles migratórios nas fronteiras, portos e aeroportos.

Não penalização pela entrada irregular - Enquanto o pedido de refúgio estiver sendo analisado, os solicitantes de refúgio têm o direito de não serem investigados ou multados pelo ingresso irregular no território brasileiro.

A situação jurídica do refugiado será dada pelo estatuto pessoal do refugiado que será regido pela lei do seu domicílio ou da sua residência quando da falta de domicílio. O estado contratante deve respeitar os direitos adquiridos anteriormente pelo estatuto pessoal.

Para a solicitação de refúgio no Brasil, por sua vez, há um procedimento a ser seguido e atenda algumas condições. Tendo como condições subjetivas as seguintes: desde que o solicitante esteja presente no território nacional e seja considerado vítima de perseguição (temor). Além de outras objetivas, assim:

Art. 17. O estrangeiro deverá apresentar-se à autoridade competente e externar vontade de solicitar o reconhecimento da condição de refugiado.

Art. 18. A autoridade competente notificará o solicitante para prestar declarações, ato que marcará a data de abertura dos procedimentos.

Parágrafo único. A autoridade competente informará o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR sobre a existência do processo de solicitação de refúgio e facultará a esse organismo a possibilidade de oferecer sugestões que facilitem seu andamento.

Art. 19. Além das declarações, prestadas se necessário com ajuda de intérprete, deverá o estrangeiro preencher a solicitação de reconhecimento como refugiado, a qual deverá conter identificação completa, qualificação profissional, grau de escolaridade do solicitante e membros do seu grupo familiar, bem como relato das circunstâncias e fatos que fundamentem

o pedido de refúgio, indicando os elementos de prova pertinentes.

Art. 20. O registro de declaração e a supervisão do preenchimento da solicitação do refúgio devem ser efetuados por funcionários qualificados e em condições que garantam o sigilo das informações.

A vantagem da lei brasileira é a impossibilidade de extradição e a suspensão do processo: Art. 33. O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

Art. 34. A solicitação de refúgio suspenderá, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente, em fase administrativa ou judicial, baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

Art. 35. Para efeito do cumprimento do disposto nos arts. 33 e 34 desta Lei, a solicitação de reconhecimento como refugiado será comunicada ao órgão onde tramitar o processo de extradição.

5. CONCLUSÃO

Nesse intermeio podemos destacar a dificuldade de universalização dos conceitos e da noção do que é devido por cada pessoa em sociedade, do que é direito humano, qual o papel do estado e o que pode cada indivíduo deixar ou não de fazer, as diferenças culturais entre povos diferentes é uma grande barreira a ser interposta.

A problemática decorre de início, por motivos quanto a delimitação do espaço geográfico e das relações de poder impostas entre sujeitos. Quem é refugiado teve de sair de seu local de origem por inúmeros motivos, mas o comum sempre será estar em novo lugar, novos traçados na geografia global.

O que acarreta noutro ponto que é a forma de recebida nos novos locais. Muitas vezes os novos países não querem receber tantos ou até nenhum refugiado até mesmo para garantia estrutural e econômica da sua população, não teriam suporte para remanejar tantas pessoas. Além do fato de simplesmente negar sem motivo ou outra análise maior.

Assim, surgem inúmeros documentos internacionais de direitos humanos para tentar de alguma forma proteger e diminuir as desigualdades. A proteção do refugiado é dada pelo estatuto pessoal do refugiado conforme as leis internas de cada país com patamares mínimos pautados pelas leis internacionais. Em tal contexto, o Brasil possui, ao menos na lei, uma enorme vantagem.

Em recente viagem à Portugal, em meados de 2016, pude assistir, diversas vezes, a depoimentos de refugiados que sentiam-se, apesar de morando em meio à sociedade portuguesa, não inseridos na sociedade e muitos diziam sentirem-se indesejados, o embate sobre direitos e deveres, de ambas as partes, também era comum, ou seja, inserir é uma questão muito mais complexa do que apenas receber, quem recebe precisa atentar e estar preparado para as demandas da nova população, entretanto o exercício do poder por parte dos detentores da terra, dos moradores primeiros dificulta essa inserção, delimitando-se o espaço e suas oportunidades.

6. REFERÊNCIAS

HUYSSSEN, Andreas. **Culturas do passado–presente: modernismos, artes visuais, políticas da memória**. Rio de Janeiro: Contraponto: Museu de Arte do Rio, 2014.

BROWNE, George. **Direitos humanos: notas de uma concepção interdisciplinar**. Editora Atlas S.A. São Paulo. 2014.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 8ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MATOS, Tito Navarro da Cunha Campos e. **A Inserção dos Refugiados Reinstalados no Mercado de Trabalho – Uma etapa num processo de integração? - Contributos para uma análise das dinâmicas de integração dos reinstalados em Portugal e na União Europeia**. Mestrado em População, Sociedade e Território. UNIVERSIDADE DE LISBOA INSTITUTO DE GEOGRAFIA E ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO. Lisboa. 2011.

JESUS, Ana. **Intervenção social com crianças refugiadas Estratégias profissionais do Serviço Social com crianças refugiadas em Portugal**.

Dissertação Apresentada ao ISMT para Obtenção do Grau de Mestre em Serviço Social. Coimbra. Instituto Superior Miguel Torga.2015.

DA POSSIBILIDADE DE SIGILO NOS REGISTROS PARA MERA CONSERVAÇÃO. UMA POSSÍVEL EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE REGISTRAL.

Artur Osmar Novaes Bezerra Cavalcanti

Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais,

Graduado em Direito pela UNICAP-PE,

Especialista em Direito Tributário pelo IBET,

Especialista em Direito Notarial e Registral pela Anhanguera/Uniderp,

Mestre em Direito pela UFPE.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo debater acerca do conteúdo do princípio da publicidade registral e compatibilizar o conteúdo desse princípio com o registro realizado nas serventias de títulos e documentos para mera conservação, que se encontra disciplinado no artigo 127, VII da Lei 6.015 de 1973 (Lei de Registros Públicos), de modo a verificar, de forma minuciosa, se há possibilidade e compatibilidade, tendo em vista as características específicas do registro de mera conservação, de solicitação de sigilo do conteúdo desse registro e se essa solicitação encontra algum óbice com conteúdo do princípio da publicidade registral e com as características do sistema de Registros Públicos utilizado no Brasil.

Palavras-chave: publicidade, publicidade registral, registros de títulos e documentos, registros para mera conservação, sigilo, Lei 6.015/1973.

Sumário: introdução ; 1. O papel dos princípios na atualidade; 2. O princípio da publicidade registral; 3. Dos registros realizados para mera conservação; 4. Da compatibilização do princípio da publicidade registral com a possibilidade de sigilo nos registros realizados para mera conservação; considerações finais; referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O tema que se pretende aqui tratar diz respeito aos registros de mera conservação previstos no artigo 127, VII, da Lei de Registros Públicos e a aplicação do princípio da publicidade registral aos títulos que ingressam no Registro de Títulos e Documentos por essa modalidade.

Deve ser ressaltado, desde logo, que, apesar de expressamente prevista na Lei de Registros Públicos a possibilidade de transcrição facultativa nos Registros de Títulos e Documentos de quaisquer documentos apenas para conservação (ingresso esse que a doutrina costuma denominar de *registro para mera conservação*), pouco material existe sobre o assunto. Observa-se que poucos doutrinadores têm se debruçado sobre as características e especificidades dessa modalidade de ingresso nos registros públicos. A grande maioria dos escritos sobre os registros públicos (ou até mesmo dos específicos que tratam dos registros de títulos e documentos) costuma apenas mencionar a existência dessa possibilidade sem adentrar sobre as propriedades especiais que essa possibilidade possui. Muito provavelmente isso ocorre em razão do pouco uso que tal modalidade tem em nosso país.

Em razão do que aqui se pretende, paralelamente ao exame do registro realizado para mera conservação, há necessidade de uma digressão sobre o papel dos princípios e, em seguida, especificamente do Princípio da Publicidade Registral. Esse ponto se mostra fundamental, ante a necessidade de se encontrar a razão de ser do Princípio da Publicidade Registral, tentar delimitar o conteúdo desse princípio e os limites de sua aplicação.

Apenas após a realização dessa construção se torna possível estabelecer o alcance do citado princípio em relação aos registros realizados para mera conservação e assim verificar se aqueles títulos ou documentos registrados apenas para que sejam conservados estariam abarcados pela necessária publicidade registral. Com essa análise pretende-se investigar se essa publicidade pode ser ou não limitada nesse caso específico e se é possível a solicitação de sigilo quando do registro desses títulos, compatibilizando tal sigilo com a própria razão de ser do princípio da publicidade registral.

Dessa forma, conclui-se o estudo realizando-se uma necessária compatibilização entre o Princípio da Publicidade Registral e os registros efetuados para mera conservação, os quais, como já mencionado, possuem características e especificidades próprias. Dessa maneira, apura-se a possibilidade de se requerer o sigilo quando da realização desses registros e da emissão de certidões sobre eles e, com isso, a necessidade de normatização por parte das Corregedorias de Justiça sobre essa possibilidade específica de sigilo.

1. O PAPEL DOS PRINCÍPIOS NA ATUALIDADE

Para que se possa falar um pouco sobre o princípio da publicidade registral, é necessário realizar uma pequena divagação sobre a evolução que a figura dos princípios sofreu nos últimos tempos, principalmente na segunda metade do século XX. Tal evolução foi resumida por Paulo Bonavides da seguinte forma:

A teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios de especulação, metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com o baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicista (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade. A perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.⁶⁵

Com base na lição supra, pode-se extrair que, na atualidade, os princípios ocupam uma posição de bastante relevo na estrutura normativa, tendo uma existência concreta nos ordenamentos jurídicos e não havendo mais questionamentos quanto a sua normatividade. A doutrina atual não mais diverge quanto à certeza de que os princípios e regras são espécies de

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p.265

normas, contudo os primeiros detêm uma posição de superioridade, servindo de parâmetro para todas as demais normas jurídicas.

Paulo Lobo esclarece⁶⁶, no mesmo sentido, que, durante o período em que predominou o individualismo jurídico os princípios eram relegados, restando apenas como fontes secundárias ou supletivas, apresenta como exemplo disso a norma contida no artigo 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, que determina a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito apenas nas hipóteses de omissão da “Lei”, texto esse publicado em 09 de setembro de 1942.

Ressalta, contudo, como o faz a doutrina mais atual, a mudança ocorrida e a posição alcançada pelos princípios, alavancados ao topo da pirâmide normativa. Segue afirmando que “no mundo contemporâneo, os princípios, em razão de sua ductilidade e adaptabilidade, são os instrumentos jurídicos apropriados para as mutações sociais, contribuindo para o avanço da sociedade (...)”⁶⁷

Afirma que a distinção entre os princípios e as regras pode ser visualizada pelo modo de incidência e aplicação, pois as regras possuem um antecedente mais fechado e determinado, ao passo que os princípios têm um suporte fático mais amplo e indeterminado.

Dessa forma, ao passo que nas regras existe a subsunção do fato à norma, nos princípios surge a necessidade de “mediação concretizadora” a ser realizada pelo intérprete.

Humberto Ávila⁶⁸ aponta três critérios por meio dos quais pode ser feita a distinção entre regras e princípios e os diferencia ressaltando que, sobre os princípios, não existe uma consequência pré-determinada, como ocorre com as regras, mas sim uma indicação de um fundamento que deve ser adotado pelo operador no caso concreto.

⁶⁶ LOBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral. 2ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p.74-75

⁶⁷ LOBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral. 2ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p.74-75

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 5ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p.35-40

Sobre o modo final de aplicação, sustenta que os princípios não podem ser aplicados pelo “tudo ou nada”, devendo haver uma graduação de acordo com o caso concreto, ou seja, ao contrário das regras em que há simplesmente incidência ou não incidência, a depender do preenchimento ou não do suporte fático, os princípios podem ser aplicados de forma paulatina, menos ou mais, de acordo com o antecedente normativo em questão.

E, por fim, no que chama de relacionamento normativo, esclarece que, existindo conflito entre regras, necessariamente haverá a exclusão de uma, já entre princípios eventual colisão deve ser solucionada por meio da ponderação, uma valoração em que, para cada um dos princípios conflitantes, será atribuído um peso e, só no caso concreto, poderá ser determinado a prevalência de um sobre o outro.

Complementando o que foi dito acima, afirmou Paulo Lobo⁶⁹:

Quando um princípio entra em colisão com outro, para que um seja prevalecente, resolvendo-se a aparente antinomia, o caso concreto é que indicará a solução, mediante a utilização pelo interprete do instrumento hermenêutico de ponderação dos valores em causa, ou do peso que o caso concreto provocar em cada princípio, segundo o critério de otimização dos princípios em tela. Um deles tem de ceder para o outro, mas sem perder a validade.

2. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE REGISTRAL

Etimologicamente, a própria palavra publicidade tem origem em *público*. Segundo o dicionário Michaelis, dentre os vários significados de publicidade, pode-se destacar o sentido de estado ou qualidade do que é público e, também, a divulgação de fatos ou informações a respeito de pessoas, ideias, serviços, produtos ou instituições, utilizando-se os veículos normais de comunicação.⁷⁰

⁶⁹ LOBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral. 2ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p.75-76

⁷⁰ Dicionário Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2015.

Apesar de a definição acima não ter conteúdo jurídico, de logo se verifica que o princípio da publicidade registral muito tem a ver com as acepções acima destacadas.

Marcelo Salaroli de Oliveira traz a lição de Salvatore Pugliatti para quem publicidade de maneira geral é “o conjunto de mecanismos predispostos pelo ordenamento jurídico, a fim de tornar possível a todos aqueles que desejarem, com muita facilidade e suficiente certeza, o conhecimento de atos e fatos jurídicos.”⁷¹

Luiz Guilherme Loureiro⁷² afirma que publicidade é uma atividade que assegura um conhecimento potencial sobre determinada questão e, em uma concepção mais restrita, é uma atividade capaz de produzir cognoscibilidade sobre determinados fatos. Seguindo o raciocínio, esclarece que a publicidade jurídica ocorre quando é dado conhecimento dos efeitos jurídicos gerados em razão de fatos jurídicos.

Além disso, é a publicidade, em sentido não registral, mas jurídico, é na atualidade princípio norteador de todas as atividades estatais, conforme expressamente previsto no artigo 37 da Constituição Federal, ressalvado naturalmente as hipóteses legalmente definidas e justificadas de sigilo, como, por exemplo, os casos em que envolvam a segurança nacional.

A publicidade em sentido jurídico, para o citado autor, é uma “divulgação direta ou indireta de um fato que pode prejudicar terceiros, realizada de forma adequada para que referidos terceiros possam conhecer o evento, que provém de um órgão público.”⁷³ Completa o mesmo autor:

A verdadeira publicidade, no seu sentido técnico e jurídico, dá-se por meio de órgãos estatais especializados e regulados por lei, destinados a dar cognoscibilidade a todos os membros da comunidade acerca de fatos, atos e negócios jurídicos, cujos efeitos legais repercutem na esfera jurídica de terceiros. Esses

⁷¹ OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. Publicidade Registral Imobiliária. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 9

⁷² LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos. 6ed. São Paulo: Ed. Método, 2014. p. 22

⁷³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos. 6ed. São Paulo: Ed. Método, 2014. p. 22

órgãos são denominados “Registros”, que podem ser de várias espécies e produzir efeitos diversos⁷⁴

J. de Seabra Lopes, ao tratar do Princípio da Publicidade em relação ao registro predial português, afirma que o referido princípio “significa que qualquer pessoa tem o direito de pedir informações sobre a titularidade dos direitos inscritos no registo e sobre o conteúdo dos registos.”⁷⁵

Já no direito pátrio, Marcelo Salaroli de Oliveira traz um conceito de publicidade registral imobiliária, que, de forma analógica, pode ser aproveitado para o presente estudo. Segundo ele:

A publicidade registral imobiliária consiste em assentos tecnicamente organizados, destinados a promover o conhecimento, por qualquer interessado, da situação jurídica dos bens imóveis, cujo efeito, no mínimo, é a presunção inatacável de conhecimento⁷⁶

Deve-se ressaltar, também, que é a publicidade é uma característica própria dos registros públicos, em todas as modalidades, como se extrai do disposto nos artigos 1º e 4º da Lei 8.935 de 1994 (Lei dos Notários e Registradores) e do artigo 1º da Lei 6.015 de 1973 (Lei de Registros Públicos). Segundo Afrânio de Carvalho, o Código Civil de 1916, ao disciplinar o Registro de imóveis, já teria adotado diversos princípios próprios a um bom sistema registral, dentre os quais o da publicidade no artigo 856.⁷⁷

Com base nos ensinamentos acima, pode-se sintetizar, para os fins do presente estudo algumas características do princípio da publicidade registral. A razão de ser de tal princípio é trazer segurança jurídica por deixar disponível a todos de forma potencial, os efeitos jurídicos em razão dos títulos e demais documentos que são levados aos registros e neles são inscritos. Dessa forma e em razão desse princípio, fica garantida a todos a possibilidade de ter acesso

⁷⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos. 6ed. São Paulo: Ed. Método, 2014. p. 23

⁷⁵ LOPES, J. de Seabra. Direito dos Registos e do Notariado. Coimbra: Almedina, 2011. p. 346-347

⁷⁶ OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. Publicidade Registral Imobiliária. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 15

⁷⁷ CARVALHO, Afrânio. Registro de Imóveis. Rio de Janeiro: Editora Forense, disponível em: < <https://arisp.files.wordpress.com/2008/03/afranio-de-carvalho-registro-de-imoveis-completo.pdf>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

ao conteúdo dos registros, acesso esse que, regra geral, ocorre de forma indireta, por meio de certidões.

Essa sistemática permite e garante uma segurança nas relações jurídicas, tendo em vista que há a presunção relativa de veracidade do conteúdo dos atos e fatos jurídicos inscritos e, também, de conhecimento por parte de todos do teor desses atos e fatos.

Tratando especificamente da publicidade nas serventias de Títulos e Documentos, João Pedro Lamana Paiva e Pércio Brasil Alvares ensinam:

A publicidade relativa ao ato de registro em títulos e documentos é das mais amplas e ecléticas dentre as espécies registrais, notabilizando-se por conferir publicidade a uma imensa variedade de títulos, papéis e documentos, passíveis de ingresso nesse órgão registral específico, proporcionando-lhes, a partir do efeito publicitário, a agregação de eficácia probatória (art. 127, I, da LRP), eficácia conservativa (art. 127, VIII, da LRP), eficácia cronológica, a partir do momento em que fixa a data (art. 130, parágrafo único, da LRP), e eficácia na oponibilidade contra terceiros (arts. 127 e 129 da LRP).⁷⁸

No entanto, em que pese o Registro de Títulos e Documentos permitir a proteção dos interesses privados, em razão do registro de todos os atos previstos no artigo 127 da Lei de Registros Públicos e a produção de todos os efeitos acima citados por João Pedro Lamana Paiva e Pércio Brasil Alvarés, lembra Luiz Guilherme Loureiro que alguns documentos que têm ingresso nessas serventias interessam apenas às partes, razão pela qual, inclusive, o registro é facultativo, e nessa última categoria, tem especial destaque o registro realizado para mera conservação previsto no inciso VII do art. 127 da Lei 6.015/73.

3. DOS REGISTROS REALIZADOS PARA MERA CONSERVAÇÃO

O artigo 127⁷⁹ da Lei de Registros Públicos enumera quais títulos e documentos podem ser transcritos nas serventias de Registro de Títulos e

⁷⁸ PAIVA, João Pedro Lamana; ALVARES, Pércio Brasil. **Registro de Títulos e Documentos**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.28-29.

⁷⁹ Art. 127. No Registro de Títulos e Documentos será feita a transcrição:

Documentos. Esclareça-se quanto a esse ponto que, apesar de o *caput* usar a palavra *transcrição*, a qual, segundo Afrânio de Carvalho significa a “reprodução integral do título, sem apreciação do seu conteúdo, cópia do seu teor verbo *ad verbum* feita com automatismo pelo registrador”⁸⁰, da forma utilizada pela Lei 6.015 no artigo 127, tem, para Valdomiro Montes Júnior, o sentido de reprodução, de forma integral ou resumido, nos livros da serventia do documento levado a registro.⁸¹

Verifica-se, com base nesse dispositivo que terão ingresso no chamado Registro de Títulos e Documentos além dos documentos e títulos previstos nos incisos I ao VI e da competência residual prevista no parágrafo único, quaisquer documentos, de forma facultativa, para conservação, conforme expressamente determina o inciso VII.

Justamente o que nos interessa é a determinação de ingresso no Registro de Títulos e Documentos prevista no inciso VII, o qual, desde logo se constata que é facultativo e que a doutrina pátria costuma chamar de registro para “mera” conservação. Valdomiro Montes Júnior demonstra que a utilidade do registro realizado nas serventias de títulos e documentos pode variar a

I - dos instrumentos particulares, para a prova das obrigações convencionais de qualquer valor;

II - do penhor comum sobre coisas móveis;

III - da caução de títulos de crédito pessoal e da dívida pública federal, estadual ou municipal, ou de Bolsa ao portador;

IV - do contrato de penhor de animais, não compreendido nas disposições do artigo 10 da Lei n. 492, de 30 de agosto de 1934;

V - do contrato de parceria agrícola ou pecuária;

VI - do mandado judicial de renovação do contrato de arrendamento para sua vigência, quer entre as partes contratantes, quer em face de terceiros (artigo 19, § 2º do Decreto n. 24.150, de 20 de abril de 1934);

VII - facultativo, de quaisquer documentos, para sua conservação.

Parágrafo único. Caberá ao Registro de Títulos e Documentos a realização de quaisquer registros não atribuídos expressamente a outro ofício.

⁸⁰ CARVALHO, Afrânio. Registro de Imóveis. Rio de Janeiro: Editora Forense, disponível em: < <https://arisp.files.wordpress.com/2008/03/afranio-de-carvalho-registro-de-imoveis-completo.pdf>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

⁸¹ ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de; CLÁPIS, Alexandre Iaizo; CLAMBER, Everaldo Augusto (Coord.). Lei de Registros Públicos Comentada. Rio de Janeiro. Forense. 2014. p.404

depende da natureza do ato, bem como em função da “modalidade de registro escolhida”⁸².

Destaque-se que sobre esse dispositivo a doutrina pátria é muito pobre, limitando-se quase sempre a apenas mencionar a existência, sem, contudo, estabelecer as características e diferenças próprias existentes.

Walter Ceneviva, nos seus comentários à Lei de Registros Públicos, se limita, sobre esse dispositivo, a dizer:

Em contraposição ao registro obrigatório (art. 130), há o facultativo, para simples preservação de conteúdo (inciso VII). É feito no livro “B”, por traslado na íntegra do que nele se contém, (art. 142). No art. 148, aludindo a documentos de língua estrangeira a lei refere conservação e perpetuidade. Considerando que a perpetuidade é da própria natureza do registro, estende-se ao documento nacional brasileiro, embora não haja referência a essa condição no inciso VII do artigo em exame.⁸³

Já Miguel Maria de Serpa Lopes⁸⁴ na obra Tratado dos Registros Públicos, ensina que o efeito do Registro realizado para mera conservação é o “mais limitado possível”, pois tem como único objetivo a conservação de um determinado título ou documento, que foi levado a registro. Segundo o autor, o Registro atua como um elemento eficiente para, em caso de perda ou extravio do documento original, possa ser realizada a sua reconstituição. Afirma, também, que tal registro “não exime o apresentante de fazer a exibição do original nem exclui a prova de autenticidade deste, quando contestada ou no caso do original ter desaparecido”.

⁸² ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de; CLÁPIS, Alexandre Iázo; CLAMBER, Everaldo Augusto (Coord.). Lei de Registros Públicos Comentada. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p.404

⁸³ CENEVIVA, Walter. Lei de Registros Públicos Comentadas. 20ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.361-362.

⁸⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. Tratado dos Registros Públicos. 6ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p.90

Valdomiro Montes Filho sustenta que os registros realizados para mera conservação fazem prova da existência, data e conteúdo, já que a certidão possui força probatória equivalente a do original.⁸⁵

Como se observa, a doutrina pouco acrescenta ao texto literal do dispositivo, contudo algumas características podem ser extraídas desses ensinamentos. A primeira delas é a facultatividade do registro para mera conservação, isso decorre de não haver influência em relações jurídicas de terceiros. A segunda característica é o fato de que o registro é realizado apenas para conservação, visando à perenidade do documento ou título levado a registro, por essa razão, por visar apenas à conservação, é que a doutrina pátria costuma chamar de registro para “mera” conservação. Serpa Lopes afirma que esse registro é o “mais limitado possível”, como já afirmado.

4. DA COMPATIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE REGISTRAL COM A POSSIBILIDADE DE SIGILO NOS REGISTROS REALIZADOS PARA MERA CONSERVAÇÃO

Com base nas premissas fixadas desde o início do presente trabalho, é possível realizar a compatibilização necessária entre o princípio da publicidade registral e os registros realizados para mera conservação.

Para tanto, deve-se reafirmar que os princípios, na atualidade, além do papel norteador que possuem, devem ser aplicados de forma ponderada. Essa forma de aplicação não ocorre apenas quando da colisão entre princípios, mas sempre que houver o preenchimento de um suporte fático e surgir a necessidade de aplicação de determinado princípio, o intérprete, no caso concreto, irá graduar a “intensidade” do princípio. Isso significa que o aplicador irá ponderar não só a aplicação do princípio, como também delinear os limites dele no caso concreto, de modo que uma determinada situação que, numa interpretação inicial, estaria abarcada pelo princípio, pode, diante do suporte fático e da interpretação dada, ser graduado até o ponto de deixar de ser aplicado, gerando, na prática, numa alteração nos limites de aplicação.

⁸⁵ ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de; CLÁPIS, Alexandre Iáizo; CLAMBER, Everaldo Augusto (Coord.). Lei de Registros Públicos Comentada. Rio de Janeiro. Forense. 2014. p.405

Um segundo ponto necessário, para que seja realizada a compatibilização que aqui se pretende, tem a ver com a razão de ser do princípio da publicidade registral, que tem como principal fundamento trazer segurança jurídica e pacificação social por dar conhecimento a terceiros, através do órgão público competente, de fatos e relações jurídicas que possam de alguma forma influenciar na esfera jurídica alheia.

Dessa forma, considerando as limitações já apontadas, inerentes aos registros realizados nas serventias de títulos e documentos para mera conservação, os quais, destaque-se, são facultativos e não interessam, regra geral, a terceiros, pode-se desde logo concluir que a publicidade de tais documentos não deveria ser obrigatória.

Isso em razão da justificativa do princípio da publicidade registral, que em nenhum momento determina a publicização de documentos que dizem respeito apenas as partes interessadas, bem como em razão da necessidade de ponderação desse princípio no momento da aplicação.

Desse modo, os registros para mera conservação estariam desde logo afastados dos limites do princípio citado, bem como, se por um acaso, fosse realizada a ponderação na aplicação, diante da situação concreta de registro para mera conservação, não se poderia chegar a uma conclusão que não a desnecessidade da publicidade.

Luiz Guilherme Loureiro, partindo de premissa diversa, acaba por concluir da mesma forma, ao afirmar:

Ora, se o registro é facultativo, é porque não há interesse público na obtenção da informação contida no documento, uma vez que, de tal inscrição não surgirá nenhum efeito substantivo que possa repercutir na esfera jurídica de terceiro. Não há necessidade, portanto, de publicidade formal (acesso de qualquer pessoa às informações registradas), porque inexistente publicidade material. A divulgação do documento registrado em nada contribuirá para a prevenção de litígios ou para assegurar a paz social, uma vez que seu conteúdo não interessa a terceiros ou ao tráfico jurídico e econômico (segurança jurídica).⁸⁶

Após tal entendimento, completa o mesmo autor afirmando que, além de não trazer nenhum benefício para as partes, a publicidade nessas situações

⁸⁶ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos. 6ed. São Paulo: Ed. Método, 2014. p. 263

poderia ser até mesmo prejudicial, por violar, por exemplo, o direito à privacidade, que também é protegido pelo ordenamento pátrio, ou expor algum meio de prova que a parte pretendia que não viesse à tona até o momento adequado, exemplos citados pelo autor, que colocariam “em risco justamente os valores protegidos pela publicidade: a paz social e a efetividade do sistema jurídico.”⁸⁷

Ressalte-se, conforme informa Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza⁸⁸, que na nossa legislação há apenas restrições à expedição de certidões de alguns itens dos Registros de Civil da Pessoa Natural e nos Tabelionatos de Protesto, inexistindo tal previsão quanto aos Registros de Títulos e Documentos. No entanto, destaca o mesmo autor, que, na legislação estrangeira, cada dia mais ganha corpo uma tendência a restringir a publicidade de determinadas informações, em alguns casos necessitando haver comprovação de interesse legítimo do requerente: “vale dizer, deve haver uma qualificação sobre o que sai dos serviços registrares, controlando-se o interesse do requerente e os dados que são informados”.

Cita como exemplo a Lei Hipotecaria Espanhola, a qual prevê no artigo 221 e 222:

Artículo 221

Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos.

El interés se presumirá en toda autoridad, empleado o funcionario público que actúe por razón de su oficio o cargo.

Artículo 222

1. Los Registradores pondrán de manifiesto los libros del Registro en la parte necesaria a las personas que, a su juicio, tengan interés en consultarlos, sin sacar los libros de la oficina, y con las precauciones convenientes para asegurar su conservación.⁸⁹

⁸⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos. 6ed. São Paulo: Ed. Método, 2014. p. 263

⁸⁸ SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Noções Fundamentais de Direito Registral e Notarial. São Paulo: Editora Saraiva, 2011

⁸⁹ ESPANHA. Ley Hipotecaria. Disponível em <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1946-2453>. Acesso em 14 de fevereiro de 2015.

Diante disso, conclui-se que, em virtude da necessidade de ponderação quando da aplicação do princípio da publicidade registral e da própria razão de ser desse princípio, não há necessidade de publicidade dos atos realizados para mera conservação, além de ressaltar que o princípio não é absoluto, podendo haver limitações impostas por regras, como ocorre no exemplo acima, retirado do direito espanhol.

Isso não significa que não deverá ser fornecida certidão desses registros, mas sim que, quando da realização do registro para mera conservação, a parte pode requerer ao registrador o sigilo sobre o conteúdo do título ou documento.

Tal requerimento deverá ser aceito pelo registrador, por não violar o princípio da publicidade registral e poderá se dar de algumas formas, por exemplo: limitar a emissão de certidão a determinadas pessoas, limitar a emissão de certidões apenas ao próprio requerente ou, também, limitar temporalmente, devendo as certidões só serem emitidas após uma determinada data, informada no requerimento.

Nesses casos, o Registrador só deveria expedir certidões sobre o título ou documento objeto de sigilo observando as limitações à publicidade impostas pelo requerente, salvo se houvesse determinação judicial em sentido contrário.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Loureiro:

Tratando-se de registro para mera conservação, a publicidade não é obrigatória e pode ser até mesmo limitada a pedido do interessado, de tal forma que somente ele teria acesso às certidões do registro. Logo, nada impede, a nosso ver, que o registrador, a pedido expresso da parte, faça constar do registro a proibição de expedição de certidões, a não ser em relação ao legítimo interessado ou em caso de ordem judicial. Em outras palavras, se a lei não prevê o surgimento de qualquer efeito substantivo do ato de registro, não nos parece lógico afirmar que qualquer pessoa pode pedir certidão ou receber informação do documento transcrito apenas para efeito de conservação nos termos do art. 127, VII, da Lei 6.015/1973.⁹⁰

Dessa forma, e diante do que foi exposto, entende-se que as normas de serviço das corregedorias estaduais deveriam trazer formas de modo a permitir aos usuários do serviço o requerimento de sigilo quando da realização

⁹⁰ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos. 6ed. São Paulo: Ed. Método, 2014. p. 263

de registros, com base no artigo 127, VII, para “mera” conservação nas serventias de Títulos e Documentos. O que muito provavelmente aumentaria a procura por tais registros, tendo em conta que não se pode penalizar os usuários que querem apenas conservar um determinado título ou documento com a obrigação de publicidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no estudo realizado, verificou-se que os princípios passaram a ocupar no ordenamento jurídico no ápice do ordenamento jurídico. Além disso, hoje sabe-se que os princípios são espécies de normas jurídicas, possuindo normatividade. Diferenciam-se das regras em razão da maior abstração dos suportes fáticos e da forma de incidência e aplicação. Tem-se, com isso, que os princípios quando da aplicação devem ser dosados, com aplicação gradual a depender do caso concreto, sendo ponderados pelo interprete e não com base no tudo ou nada, próprio das regras.

A publicidade é a forma que o direito encontra de tornar possível a quem desejar, conhecer com facilidade e segurança determinados atos e fatos jurídicos que possam influir em suas esferas jurídicas. Diante disso, o princípio da publicidade registral tem como sua principal razão de ser o fato de trazer a segurança jurídica, mediante o oferecimento de informação, de forma organizada e precisa daquilo que está contido nos registros, devendo, portanto, ingressar nos registros, de forma obrigatória aqueles atos que por uma razão qualquer influenciem na esfera jurídica de terceiros.

Nos Registros de Títulos e Documentos, ao contrário do que ocorre nos Registros Imobiliários em razão das próprias características dos direitos reais, tem ingresso alguns títulos e documentos que não interessam a terceiros, mas apenas as partes que fazem parte daquela relação jurídica. Dentre esses, a Lei 6.015/1973 no artigo 127, inciso VII, prevê o registro facultativo de quaisquer documentos ou títulos para a “sua conservação”, registro esse que tem, sem dúvidas, um dos efeitos mais limitados de todos os ingressos nos registros públicos, pois destina-se apenas a perpetuar aquele documento que foi levado a registro e, por se destinar de apenas para a garantia da perpetuidade de

determinado documento, não influi nas relações jurídicas de terceiros, dizendo respeito somente ao requerente do Registro.

Assim, tendo em vista a necessidade de ponderação quando da aplicação dos princípios e a razão de ser do princípio da publicidade registral, o qual visa garantir a segurança jurídica dando a todos a possibilidade de conhecimento de atos e fatos que possam vir a atingir as relações jurídicas de terceiros, pode-se concluir que não há razão, com base nos argumentos expostos, em se aplicar de forma irrestrita o princípio da publicidade registral aos registros realizados para mera conservação, já que esses, em razão da sua própria limitação, não geram efeitos para terceiros.

Ademais, no caso dos registros para mera conservação, a publicidade, além de não trazer diretamente nenhum benefício, pode, em alguns casos concretos, ser até mesmo prejudicial. Diante disso, deve ser aceito o requerimento de sigilo, efetuado pelo requerente do registro para mera conservação. Tal requerimento poderá solicitar a limitação do acesso às informações daquele assento e deverá ser observada pelo Registrador. O requerimento em questão pode ser para limitar a publicidade em relação a determinadas pessoas, até determinado tempo, por exemplo.

Entende-se que tal solicitação de sigilo não viola o princípio da publicidade registral, em razão das razões já expostas e por esses motivos deveria ser estimulada pelas Corregedorias com alteração nas normas de serviço, permitindo assim a sistemática exposta, o que provavelmente até aumentaria a procura pelos registros para mera conservação.

REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de; CLÁPIS, Alexandre laizo; CLAMBER, Everaldo Augusto (Coord.). **Lei de Registros Públicos Comentada**. Rio de Janeiro. Forense. 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 5ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Código de Processo Civil.** Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015consolidado.htm. Acesso em 08 de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.** Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em 08 de fevereiro de 2015.

CARVALHO, Afrânio. **Registro de Imóveis.** Rio de Janeiro: Editora Forense, disponível em: <<https://arisp.files.wordpress.com/2008/03/afranio-de-carvalho-registro-de-imoveis-completo.pdf>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

CENEVIVA, Walter. **Lei de Registros Públicos:** Comentada. 20^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DICIONÁRIO MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br>>. Acesso em 02/02/2015.

ESPANHA. **Ley Hipotecaria.** Disponível em <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1946-2453>. Acesso em 14 de fevereiro de 2015.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral.** 2ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

LOPES, J. de Seabra. **Direito dos Registos e do Notariado.** 6^a. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos:** Teoria e Prática. 5^a. ed. São Paulo: Método, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. **Publicidade Registral Imobiliária.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010

PAIVA, João Pedro Lamana; ALVARES, Pércio Brasil. **Registro de Títulos e Documentos.** São Paulo: Saraiva, 2013.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Tratado dos Registros Públicos.** 6ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO ATIVISMO JUDICIAL

Antonio Loureiro Maciel Neto

Advogado

Professor na DeVry/UniFavip

Assessor Parlamentar

Mestre em Direito pela Faculdade Damas

Especialista em Direito Público pela faculdade Asces. Especialista em Direito do Consumidor pela Uninassau

Caio César Soares de Sousa

Advogado

Bacharel em Direito pela Faculdade Maurício de Nassau

Especialista em Direito Municipal pela Universidade Anhanguera – Uniderp

Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa

Mestrando em Ciências Jurídico Políticas com especialidade em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo compreender o fenômeno das mutações constitucionais informais através da análise crítica do ativismo judicial. Analisará como a formação da jurisdição constitucional e sua relação com a evolução do Estado influem diretamente na ampliação do poder decisivo dos magistrados. Neste estudo, observamos que o ativismo judicial, como veículo de mutações, pode assumir tanto o papel de atualizador da compreensão do texto constitucional, quanto adotar uma papel de garantia do paternalismo judicial. Critica-se ao fim posturas doutrinariamente contraditórias pelo STF, apontando ao fim para os riscos da prática decisória confessadamente adotada pela Corte Superior.

Palavras-chave: Mutação Constitucional; Ativismo; Jurisdição Constitucional; Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT: This study aims to understand the phenomenon of informal constitutional change through critical analysis of judicial activism. Examine how the formation of constitutional jurisdiction and its relation to the evolution of the state directly influence the expansion of the decisive power of magistrates. In this study, we observed that judicial activism as a vehicle for change,

can admit both the role of the updater understanding of constitutional text, the paper adopt a guarantee of judicial paternalism. Criticizes the end doctrinally contradictory positions by the Supreme Court, after pointing to the risks of operative practice confessedly adopted by the Superior Court.

Keywords: Constitutional Changes; Activism; Constitutional Jurisdiction; Judicial Review.

Sumário: considerações iniciais: mutações constitucionais em tempo de ativismo judicial; 1. Mutações constitucionais: relação mutação e interpretação e os reflexos da atuação do corte constitucional; 1.1 o ativismo judicial visto sob diferentes enfoques e sua sistematização.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS: MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS EM TEMPO DE ATIVISMO JUDICIAL

Casos difíceis, lacunas do Direito, o emergir de novas problemáticas sociais sem previsibilidade literal do texto constitucional, omissão dos órgãos e Poderes legitimados, busca pela ampla proteção estatal, são estas, questões que vêm tomando a pauta de discussão quando, ao judiciário, é ofertada nova demanda judicial que implicará em uma atuação do interprete que ultrapassará a mera interpretação ou subsunção ao texto da lei, revelando a necessidade de contextualizar a previsão constitucional à época em que a mesma ainda se mostra aplicável.

Nesse passo, o presente trabalho tem por escopo expor as problemáticas que nascem das mutações constitucionais decorrentes da percepção do ativismo judicial pelos interpretes julgadores, trazendo assim uma análise crítica de posturas favoráveis e contrárias à mutação pela via interpretativa, o que se objetiva visto que, questiona-se se a prática ativista como ocasionadora de transformação do texto constitucional revela um risco ou um caminho salutar ao ordenamento jurídico brasileiro.

Cuidar-se-á, assim, não de expor um posicionamento último e irrefutável, por entendermos ser inconcebível à Ciência do Direito que não é exata, mas de indicar inicialmente o ascender da Jurisdição Constitucional como protagonista das grandes transformações da Lei Maior.

Por conseguinte, traçar aspectos favoráveis e negativos das mutações constitucionais pela via interpretativa, desaguando sucessivamente na compreensão do ativismo judicial e sua relação com essas mudanças da constituição afastadas do formalismo do processo legislativo de reforma ou criação de uma nova constituição.

Ao final, buscar-se-á fazer alguns apontamentos críticos ao ativismo judicial como um propiciador de mutações constitucionais informais, revelando assim seus reflexos na sociedade, nas cortes constitucionais, demonstrando que, mais do que um fato a ser diagnosticado, a percepção de um processo interpretativo com resultado em práxis ativista, ocasionando resultado múltiplo a depender da forma e amplitude da decisão do interprete.

A temática escolhida permanece atual e de extrema relevância em ordenamentos jurídicos como o brasileiro e o seu STF, o português e inovadoras decisões do Tribunal Constitucional no tocante ao orçamento do Estado, alargando-se a discussão para um repensar do que está sendo decidido, como é decidido e quem é legitimado para tais decisões de forma que retem preservados os pressupostos estatais do Estado Democrático de Direito, Segurança Jurídica e Separação dos Poderes.

1. MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS: RELAÇÃO MUTAÇÃO E INTERPRETAÇÃO E OS REFLEXOS DA ATUAÇÃO DO CORTE CONSTITUCIONAL

1.1. O ATIVISMO JUDICIAL VISTO SOB DIFERENTES ENFOQUES E SUA SISTEMATIZAÇÃO

Na obra *Ética & retórica para uma teoria da dogmática jurídica*, o professor João Maurício Adeodato, quem deu a honra de orientar esse trabalho de dissertação, discorre, em seu décimo capítulo a cerca dos limites éticos do poder constituinte originário e a concretização da Lei pelo Judiciário.

Com base nos estudos sobre a teoria de Friederich Muller, o autor inicia apresentando como problemática a possível existência ou não de limites éticos para as escolhas do poder constituinte originário e se, sobre tais valores éticos, caso existam, há consenso social.

Um segundo problema apresentado é que, uma vez tendo o texto positivado, qual seriam os valores éticos para a decisão do conflito no caso concreto, analisando a questão sob a ótica da teoria da moldura de Kelsen, o procedimento racional de Alexy e a decisão do juiz-hércules de Dworkin.

Para solução de tais problemáticas, apresenta como três pressupostos, sendo o primeiro intitulado gnoseológico, tendo como fundamento que toda ciência empírica tem que se construir pontes sobre os abismos existentes entre o fato juridicamente relevante, as normais ideais e a expressão simbólica de tais fatos e normas. O segundo pressuposto é o histórico, baseado na transformação da ética e da justiça na civilização ocidental. Por fim, apresenta o pressuposto sociológico, a partir do qual se tem a análise sob a ótica da complexidade social pela “progressiva diferenciação entre o direito e os demais sistemas normativos.

A atualidade vem carregada de inúmeras transformações sociais, de forma que os conceitos e valores são rapidamente transformados, adquirindo novas perspectivas, sendo necessária ao direito uma reinvenção no sentido de acompanhar tais transformações.

As tecnologias são exemplo claro de tais transformações e da necessidade de que o direito acompanhe tais mudanças. No entanto, o direito não tem se mostrado capaz de acompanhar o avanço social.

Neste sentido, João Maurício Adeodato assim se posiciona:

A época atual vem trazendo consigo uma sobrecarga com a qual o direito dogmático não se tem mostrado capaz de lidar. As outras ordens éticas se tornam mais e mais individualizadas e nessa pulverização só resta o direito como “mínimo ético”... Observa-se uma sobrecarga na decisão concreta, mediante um crescente distanciamento entre os textos legais e decisões, fazendo, por exemplo, com eu aumente a importância do Judiciário em detrimento do Legislativo, inclusive e principalmente na concretização da Constituição (jurisdição constitucional).⁹¹

⁹¹ ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica. Para uma teoria dogmática jurídica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 296-297.

Alerta ainda o autor, nesse mesmo tópico, que a complexidade do direito e sua análise interpretativa por parte do Judiciário, vão dando ao direito um caráter cada vez mais casuístico.

Aprofundando o tema, o Prof. João Maurício afirma que toda a ciência empírica consiste numa tentativa de unir três elementos diferentes, sendo eles os eventos da realidade, as idéias da razão e as expressões lingüísticas

Os eventos reais são fenômenos únicos e irrepetíveis que se manifestam ao ser humano, aparentemente de forma independente, dentro de um fluxo que se denomina “o tempo”.

[...] a razão é sempre geral. Esse processo é extremamente complexo e tem preocupado os mais diferentes pensadores...

[...] Daí ser a idéia incomunicável em sua plenitude, necessitando do terceiro elemento do conhecimento, a expressão simbólica propiciada na linguagem.⁹²

Apresentando, então, a importância de estudar as interferências recíprocas entre o fato juridicamente relevante, a norma e as fontes do Direito para a interpretação e argumentação jurídica, Adeodato adverte que “quanto mais diversificada a sociedade, maior a distância entre os textos normativos e as normas jurídicas”.

É nesse universo de inadaptação do Direito às diversas realidades sociais que se encontra o terreno propício e, talvez, necessário ao ativismo judicial.

Flávia Santiago (2014) e Glauco Salomão Leite (2007), numa abordagem mais histórica e menos filosófica trazem esse mesmo pensamento em suas obras, nos remetendo até mesmo a falta de credibilidade dos outros poderes o que cria o pano de fundo ideal a uma postura mais ativista da parte do judiciário. Preocupando-se, a primeira, em observar, ainda, o exercício da auto-contenção como meio de buscar garantir o equilíbrio dos poderes. Destarte, tais argumentos serão mais bem explanados adiante.

À medida que a civilização ocidental começa a transformar-se, junto com tal transformação, pouco a pouco, vai surgindo o que Adeodato chama de diferenciação ética, onde é possível se perceber uma separação entre o direito

⁹² ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica. Para uma teoria dogmática jurídica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 297-298.

justo e o direito posto, percebendo-se uma avaliação do direito que se revela como justo ou injusto, diferentemente das sociedades indiferenciadas onde a manifestação de poder é sempre tida como justa.

De Sófocles e Platão a Plotino e Agostinho estão presentes as características básicas desse jusnaturalismo não gnoseológico, quais sejam a consciência da diferença entre o posto (empiricamente observável, efetivamente controlado pelo poder) e o justo (emanado da natureza, de Deus) e, em caso de conflito, a prevalência do direito natural sobre o positivo.⁹³

Todavia, a poder da igreja católica e sua influência sobre o direito justo começa a ser diminuído na medida em que o protestantismo vai ganhando espaço. Desta forma, o justo continua a ser entendido como aquele que vem do céu, aquele que emana de Deus, no entanto, a todos era dada a possibilidade de entender o justo, não sendo necessária a intervenção de um clero esclarecido para sua interpretação.

Ora, notadamente começa-se a perceber que o critério do que é justo ou injusto começa a ser ampliado, sendo possível a todos sua avaliação e, assim, tendo conceito bastante diverso a depender das condições sociais, políticas, econômicas, entre outras.

Surge, portanto, a dificuldade em conceituar o justo e dirimir os eventuais conflitos entre a noção de justiça entre os indivíduos. Tendo sua conceituação racionalizada, o critério de justiça passa aos poucos a ser observado pelo princípio da maioria criando-se procedimentos jurídicos para sua valorização.

Neste sentido, o jusnaturalismo contemporâneo incorpora as críticas feitas a ele próprio no século XIX, ao reconhecer a relatividade do conceito de justiça e sustentar que cada cultura valora a justiça de uma determinada forma. Sendo assim, repele-se a idéia de uma justiça perene e imutável, apresentando, em contrapartida, uma visão relativista quanto às possibilidades de configuração de um direito justo. Trata-se da constatação de que, em qualquer sociedade humana, haverá uma forma de vivenciar o direito justo, visto que a justiça se revela um anseio fundamental da espécie humana. O

⁹³ ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica. Para uma teoria dogmática jurídica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 301.

conteúdo do que seja o direito justo variará, contudo, no tempo e no espaço, ao sabor das exigências valorativas de cada cultura.

Num primeiro momento tem-se como de extrema relevância a observação do caminho histórico que nos leva à percepção do Poder Judiciário como poder que emerge em diversos ordenamentos jurídicos, passando a exercer o controle de constitucionalidade, e que em alguns países revela-se personagem principal de grandes transformações na sociedade.

As referidas transformações pelo judiciário sejam apenas no cumprimento de suas atribuições e competências pré-estabelecidas, sejam na criação do próprio Direito, em muitos casos responsabiliza-se, não apenas pela interpretação da Carta Magna, mas até mesmo, por sua reformulação e/ou adição textual, desaguando em mutação constitucional, muitas vezes válida, mas temerosa tendo em vista quem a ocasionou.

Relevante assim a obra da Professora Dra. Maria Benedita Urbano⁹⁴, que ao tratar a evolução histórica do controle de constitucionalidade, bem nos aponta que tal sistema, por parte do judiciário sofreu dificuldades em se estabelecer, na medida em que implicou em transição do descaso estatal para com o texto constitucional, antes o concebendo apenas como documento de ordem política e, passando na atualidade ao seu auge.

Percebe-se hoje a hiper exaltação do papel da Corte Constitucional em muitos países, o que Urbano⁹⁵ denomina de “sacralização da atividade dos juízes constitucionais”.

A temática do ativismo judicial e mutações constitucionais revelam-se no fluxo da evolução do controle de constitucionalidade, partindo inicialmente do pressuposto do surgimento dos tribunais constitucionais na perspectiva europeia, nos debates e ensinamentos de juristas como Hans Kelsen, que em 1928, traz a cabo uma defesa da jurisdição especificamente constitucional, que já se revelava atuante, no formato institucional na Áustria.

⁹⁴ URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controle da constitucionalidade. - Coimbra: Almedina, 2012. p.115.

⁹⁵ URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controle da constitucionalidade. - Coimbra: Almedina, 2012. p.8.

Assim segundo a Professora Maria Lúcia do Amaral, Kelsen cuidou de apontar a justiça constitucional como sendo garantidora da regularidade, oportunizando o resguardo regular das funções do Estado, ou seja, da própria democracia.⁹⁶

Nos anseios kelsenianos pela estruturação européia de tribunais constitucionais, vendo no órgão judicante competências que não se restringem ao controle de constitucionalidade das leis, mas de manutenção da regularidade funcional estatal, tais formatações não revelam necessariamente uma continuidade do originalmente imaginado, mas apenas, mais um passo na evolução de um sistema de controle.

Neste trabalho há uma limitação à competência dos Tribunais Constitucionais na condição de órgão do Poder Judiciário detentor da última palavra na qualidade de intérprete do texto constitucional, não obstante cada ordenamento jurídico trazer, nas suas cartas fundamentais e demais instrumentos legislativos, um rol de competências das respectivas cortes constitucionais, sejam funções típicas ou nucleares, como a que embasa a temática em análise, sejam funções atípicas ao intérprete constitucional ou não nucleares.⁹⁷

Seguindo apontamentos da Prof.^a Maria Benedita Urbano⁹⁸, constata-se a evolução da jurisdição constitucional, primeiramente com o nascedouro de sua concepção nos Estados Unidos da América em 1803 com o famoso caso *Marbury v. Madison*, no qual o Chief Justice Jhon Marshall, em criação jurisprudencial, manifestou em sua decisão, a supremacia da constituição sobre demais normas e a sujeição dessas normas ao controle de constitucionalidade, surgindo assim o *judicial review of legislation*, formulação que, guardando ressalvas quanto aos contornos próprios do ordenamento norte americano, orienta a atividade da jurisdição constitucional até hoje.

⁹⁶ AMARAL, Francisco. Brasil, 500 Anos. Influência do Direito Português no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: **Revista ABLJ**, n. 17, p. 85-90. 2000. p.25.

⁹⁷ AMARAL, Francisco. Brasil, 500 Anos. Influência do Direito Português no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: **Revista ABLJ**, n. 17, p. 85-90. 2000. p.26.

⁹⁸ URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade. - Coimbra: Almedina, 2012. p. 28.

Não obstante o marco histórico do surgimento da concepção de controle de constitucionalidade, a Europa passava por um período de constituições de observância majoritariamente política com menor controle efetivo da temática constitucional, não obstante, anteriormente à 1ª e 2ª Guerra Mundial já ser notável o exercício de controle de constitucionalidade em países como Brasil com sua Constituição de 1891, México em 1857, Grécia (1847), entre tantos, com destaque na Europa para o Tribunal do Império na Áustria de 1867.

Em todos esses casos, marcados por períodos de transição de regimes governamentais monarcas e absolutistas para os republicanos, parlamentaristas e presidencialistas, revelou-se o Poder Judiciário ainda tímido e desacreditado, apegado em muitos casos à vivência e dinâmica de um Estado Liberal, assegurando o respeito à legalidade como mecanismo de segurança jurídica.⁹⁹

O período de pós-guerras revelou, assim, um espaço para enaltecer-lo de novas constituições, surgimento de tribunais constitucionais como forma de assegurar uma instituição forte e necessária ao período de estabilização e reconstrução da sociedade.

Referida transição também é observada no âmbito da jurisdição constitucional que também é notada anos depois com o fim de regimes ditatoriais de governo, como a ditadura salazarista, franquista, término do comunismo soviético, fim das ditaduras latinas, fazendo nascer assim constituições que guardavam a busca por um Estado de Direito, Democrático e Constitucional, no qual, as liberdades e garantias, os direitos fundamentais passam não apenas a fazer parte do Estado Social que já era vigente, mas a serem efetivados e buscados.¹⁰⁰

Bom ressaltar que, nessa jornada ainda em curso do evoluir da jurisdição constitucional, mostra-se um enaltecer do modelo austríaco de jurisdição, com maior ênfase no controle concentrado, bem como o norte-americano com sua preponderância no controle difuso, formulações que

⁹⁹ AMARAL, Francisco. Brasil, 500 Anos. Influência do Direito Português no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: **Revista ABLJ**, n. 17, p. 85-90. 2000. p.57.

¹⁰⁰ AMARAL, Francisco. Brasil, 500 Anos. Influência do Direito Português no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: **Revista ABLJ**, n. 17, p. 85-90. 2000. p.61.

influenciaram grande parte dos ordenamentos, fazendo inclusive surgir modelos sincréticos, ou até mesmo originais como é o caso do controle de constitucionalidade e a atuação da corte constitucional no Brasil.

Ao longo da história, percebe-se uma jurisdição constitucional mutável e em sequenciada construção, sendo resultado não apenas do trabalho de juristas, mas com sua adequação à realidade constitucional que se apresenta diante de fatos como guerras, crises econômicas, migrações, fatores sociais e culturais, bem com mutação da percepção de Estado, tudo isso possibilitando que cada país viesse a instaurar seu modelo de controle de constitucionalidade, desaguando assim em práticas ativistas em alguns casos, passividade do judiciário em outros.

Para este trabalho, cumpre dar maior ênfase à evolução da jurisdição constitucional para o desaguar no protagonismo da Corte Constitucional como agente de mutação da constituição, o que implica na observância de alguns ordenamentos jurídicos e suas particularidades, assim fazendo com maior foco no Brasil e nos EUA.

Necessário, pois, para compreender o fenômeno do ativismo judicial, observá-lo sob três enfoques distintos. Num primeiro, visto como uma prática necessária à jurisdição constitucional partindo do pressuposto que da atuação do magistrado o direito é construído de forma a oportunizar sua adequação à realidade, sem, contudo implicar na desconstrução do Estado, impedido também a quebra da constituição quando ocorre não a aplicação de sentido diverso do concebido pelo constituinte, mas a apropriação do status de redator da constituição.

Segundo, perceber o ativismo como instrumento primordial à concretização da Justiça em meio às deficiências de atuação dos demais poderes, vendo na apropriação de funções que seriam do Legislativo e Executivo, forma de assegurar a efetivação da constituição, independente dos meios utilizados para tanto, ou seja, um judiciário livre de qualquer amarra e contenção aberto à interpretação e construção de um novo direito.

Terceiro, compreender o ativismo como sinal claro de ofensa ao texto constitucional, ao ordenamento jurídico, criando instabilidade estatal, representando risco à manutenção do Estado Constitucional Democrático.

Em outra perspectiva, parte da doutrina concebe duas correntes que se deparam de forma distinta para com o ativismo judicial, sendo estas a procedimentalista e a substancialista.

No tocante à procedimentalista, esta com arrimo em doutrinadores como Haberman e Garapon, corrente que acolhe uma ampliação da atuação do Judiciário no tocante ao novo Estado Constitucional que se apresenta, pautada assim na positivação de direitos fundamentais, mas repelindo-se a judicialização da política, que seria na verdade via errada para suprir ineficiência dos demais poderes e preencher a lacuna de descrédito da população.¹⁰¹

Assim, refutam que o Judiciário, buscando dar efetivação à constituição venha a tomar, não mais decisões jurídicas, mas agora políticas. Segundo os doutrinadores, a referida corrente defende que “a Justiça não pode ser vista como instância de salvação, mas, sim, como um órgão que detém a competência de oferecer as melhores soluções para os conflitos surgidos no seio da sociedade.”¹⁰². Nesse passo, pautam-se os procedimentalistas por uma maior presença da vontade do povo, na efetivação da democracia, vendo no insucesso dos demais poderes uma razão para o ascender do Judiciário¹⁰³.

Para Lênio Streck, o iluminismo trouxe ao direito uma busca pela explicação sobre os fundamentos do homem. O mundo, a partir de então, passa a ser explicado e fundamentado pela razão.¹⁰⁴

O autor busca fazer um apanhado histórico apresentando a invasão da linguagem na filosofia, objetivando, assim, estudar o poder da interpretação e dos juízos de valores nos julgados.

¹⁰¹ COSTA, Frederico Magalhães. Ativismo judicial: uma questão de poder ou reflexo de mudanças institucionais? Entre Aspas. **Revista da UNICORP**, v.3, p.55-72, 2013.p.55.

¹⁰² COSTA, Frederico Magalhães. Ativismo judicial: uma questão de poder ou reflexo de mudanças institucionais? Entre Aspas. **Revista da UNICORP**, v.3, p.55-72, 2013.p.58.

¹⁰³ COSTA, Frederico Magalhães. Ativismo judicial: uma questão de poder ou reflexo de mudanças institucionais? Entre Aspas. **Revista da UNICORP**, v.3, p.55-72, 2013.p.59.

¹⁰⁴ STRECK, Lênio Luiz. Coleção **o que é isto?** – O que é isto – decido conforme minha consciência? 6ª ed. Livraria do advogado: Porto Alegre, 2017. p. 13-14.

A invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina; é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido.¹⁰⁵

No tocante à aplicação do direito contemporâneo, Streck nos alerta a uma tendência atual de visualizarmos o ativismo (protagonismo) judicial como forma de concretização de direitos, derivando tal situação, ao que leciona o autor, de uma recepção equivocada pelo direito brasileiro do que se convencionou chamar de “jurisprudência de valores na Alemanha, a qual surgiu como forma de harmonizar a tensão produzida pela tentativa de legitimar uma Carta que não havia sido produzida com a ampla participação popular.”¹⁰⁶

Tal situação, em termos práticos, pode se observar, a exemplo, do inquérito policial de número 2.424-4, no qual o presidente do STJ solicita ao STF autorização para usar provas produzidas por meio de interceptação telefônica e escuta ambiental, com autorização judicial, a fim de instaurar e instruir procedimento administrativo disciplinar contra servidores públicos diante da possível prática de ilícitos penais.

Em seguida, o Ministro-relator, a partir de uma interpretação axiológica das disposições constitucionais atinentes ao tema - exceção à inviolabilidade das comunicações telefônicas (artigo 5º, XII da CR/88) e, por conseguinte, da inadmissibilidade de provas ilícitas (artigo 5º, LVI da CR/88) -, procede ao balanceamento (ponderação) entre a garantia da intimidade (relacionada, neste caso, com a produção de prova) e a própria prova já produzida, o que pressupõe ser a Constituição uma ordem concreta de valores, confundindo, portanto, o Direito (aquilo que é devido) com Valores (aquilo que é cambiável, negociável). Concluiu, por fim, que há um interesse público de instauração e instrução de procedimento com intuito de punir aqueles que praticam ilícitos graves superior ao interesse privado da intimidade.

¹⁰⁵ STRECK, Lênio Luiz. Coleção **o que é isto?** – O que é isto – decido conforme minha consciência? 6ª ed. Livraria do advogado: Porto Alegre, 2017. p. 15.

¹⁰⁶ STRECK, Lênio Luiz. Coleção **o que é isto?** – O que é isto – decido conforme minha consciência? 6ª ed. Livraria do advogado: Porto Alegre, 2017. p. 20-21.

A situação analisada traz por óbvio a idéia de Jurisprudência de valores, onde a sistema jurídico é interpretado a partir de um julgamento pessoal de valores tidos como sociais e, desta forma, flexibilizada a própria ordem jurídica em detrimento da segurança, para, casuisticamente, atender a determinados objetivos.

Entendeu, pois, o STF, na apreciação do requerimento do presidente do STJ, pela desrespeito a direitos fundamentais, os quais, conforme já visto anteriormente, constituem fundamentos da república e sendo, inclusive, de observância obrigatória e flexibilização normativa proibida diante da proteção constitucional que lhe é dado enquanto cláusula pétrea.

Retomando as idéias de Streck, o mesmo afirma que a jurisprudência de valores da forma como é aplicada pelo judiciário brasileiro tende a tratar-se de uma “represtinação” daquilo que fora empregado na Alemanha, desconsiderando, para tanto, as condições sociais, econômicas e históricas individuais de cada realidade.

Uma coisa que não tem sido dita é que o equívoco das teorias constitucionais e interpretativas que estabelecem uma represtinação das teses da jurisprudência dos valores – mormente em terrae brasilis – está na busca de incorporar o modus tensionante do tribunal alemão em realidades (tão) distintas, que não possuíam (e não possuem) os mesmos contornos históricos acima tratados . No caso específico do Brasil, onde, historicamente até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de ‘emplacar’, a grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional.

Streck alerta também para, de um lado, as interpretações equivocadas feitas da doutrina, onde, por diversas vezes se observa a citação de trechos desconexos e deturpados de autores, com intuito único de fundamentar a manifestação de vontade do julgador e, doutro lado, decisões que buscam uma racionalidade argumentativa diante de um exercício de discricionariedade do poder/dever de julgar.

O primeiro trata do problema de forma mais explícita... São decisões que se baseiam em um conjunto de métodos por vezes incompatíveis ou incoerentes entre si

ou, ainda, baseadas em leituras equivocadas de autores, como Ronald Dworkin ou até mesmo Gadamer, confundindo a “superação” dos métodos com relativismos e/ou irracionalismos.

No segundo grupo, encontramos as decisões que buscam justificações no plano de uma racionalidade argumentativa, em especial, os juristas adeptos da argumentação jurídica, mormente a matriz alexyana.¹⁰⁷

Quanto à corrente substancialista, esta apontada como tendo seus expoentes em Dworkin e Cappelletti, segundo Costa¹⁰⁸ valoriza-se mais o aspecto material, substancial da democracia, apontando a democracia como fato necessário à construção do Direito e posituação da Constituição através da vontade da maioria, mas, no entanto, atribui-se ao Judiciário um papel não apenas de aplicador formal da normal, mas de efetivador desses princípios, harmonizador do Estado e dos seus poderes, atuando quando necessário até em sobreposição aos demais poderes, e com uma perspectiva por vezes contra-majoritária, na medida em que resguarda o direito de minorias muitas vezes não albergada pela vontade da maioria.

Por seu turno, Campos¹⁰⁹, entende que o ativismo judicial (ativismo processual) manifesta-se de várias formas, tendo por núcleo comportamental comum a atuação expansiva dos poderes político-normativos pelos juízes e Tribunais em relação aos demais atores políticos.

Traz assim a concepção de um ativismo multidimensional, visto que, segundo o autor, a postura ativista da Corte Constitucional não poderia ser observada como um ato de perspectiva única e uniforme, mas cada caso e circunstância, cada decisão revelará umas das dimensões do ativismo e seus respectivos efeitos.

Assim aponta, Campos¹¹⁰, para a existência das seguintes dimensões:

¹⁰⁷ STRECK, Lênio Luiz. Coleção **o que é isto?** – O que é isto – decido conforme minha consciência? 6ª ed. Livraria do advogado: Porto Alegre, 2017. p. 23-24.

¹⁰⁸ COSTA, Frederico Magalhães. Ativismo judicial: uma questão de poder ou reflexo de mudanças institucionais? Entre Aspas. **Revista da UNICORP**, v.3, p.55-72, 2013.p.60.

¹⁰⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **Revista de direito público**, ano. 3, n. 6, 2011.p.252.

¹¹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **Revista de direito público**, ano. 3, n. 6, 2011.p.254.

a) dimensão metodológica, que seria aquela em que o ativismo percebe-se como atuação do judiciário modificadora da semântica, do sentido do texto constitucional e de demais normas, revelando atuação judicante com recurso a normas implícitas, exaltação de princípios e de ponderações no ato interpretativo (ex.: fidelidade partidária, greve dos servidores, nepotismo);

b) dimensão processual relacionado com a atuação ativista decorrente do sem número de instrumentos processuais que fazem com que mais casos sejam levados à jurisdição constitucional, bem como os efeitos das decisões da corte e sua repercussão para as demais instâncias (ex.: sentenças manipulativas, eficácias das decisões em mandado de injunção, súmulas vinculantes, etc.);

c) dimensão maximalista, quando das decisões da corte constitucional advém julgados que vão além do caso específico, abrangendo questões futuras e estabelecendo diretrizes que muitas vezes oriundas de um único magistrado, mas que dada à extensão acabam por influenciar em todo ordenamento;

d) além dessas dimensões apontadas por Campos, as quais julgamos mais latentes e relevantes, o mesmo ainda aborda a dimensão horizontal, vertical, antidialógica e a dirigista, esta última, tendo relevância visto mostrar um perfil do ativismo que termina por determinar políticas públicas e ações de governo por via de decisão judicial

Em todos esses pontos de vistas e dimensionamentos colacionados a este trabalho, concebe-se que o ativismo judicial é salutar na medida em que não renda-se ao livre arbítrio do magistrado, não se dobre às pré-compreensões do juiz como fator predominante de sua interpretação e apenas naqueles casos em que a expansão das funções judicantes sobre as político-normativas mostram-se extremamente necessárias para ser resguardada a efetividade do texto constitucional, mas mais do que isso, manter estável e em progressão do Estado Constitucional Democrático como âmbito que permite a própria força de uma jurisdição constitucional.

Vê-se, assim, posicionamento do constitucionalista Alexandre Moraes, que em oposição ao passivismo judicial, defende uma corte constitucional que apresente uma metodologia interpretativa clara e fundamentada, que iniba o

excesso de subjetivismo, atuando com postura ativista sempre que a gravidade do caso assim exigir, mas evitando extrapolação de função, tendo sempre por observância precípua “a supremacia dos Direitos Fundamentais”.¹¹¹

Dando maior sistematização ao estudo do ativismo judicial, tem-se apontamentos doutrinários quanto algumas características típicas de uma do ativismo judicial:

1 – Oposição judicial a decisões políticas estabelecidas e normas de construção política; 2 – Principiologismo - Utilização de princípios constitucionais expressos mas vagos e indeterminado ou implícitos no texto constitucional; 3 – Construção do Direito através de “penumbra constitucional; 4 – Postura constituinte do magistrado; 5 – Criação do Direito em oposição à omissão legislativa; 6 – Complementação ou correção do texto constitucional; 7 – Derrogação do próprio texto da Constituição.¹¹²

Ao mesmo passo apontam-se pontos favoráveis do Ativismo, entre eles, o fato do referido fenômeno corrigir a omissão do legislador omissor, impedindo danos e lesões a direitos, a potencialização dos direitos fundamentais e sociais, como uns dos poderes responsáveis pela concretização da constituição (igualdade); dar eficácia e garantir a supremacia da constituição; adequa a constituição à realidade e apresenta-se como prova da garantia de independência do juiz.¹¹³

No entanto, a Professora Maria Benedita Urbano não se esquivava em apontar como pontos contrários, a ausência de capacidade técnica para o trato de certas questões; a imprevisibilidade do direito gerando insegurança jurídica; a atuação do magistrado como constituinte; a ausência de controle das normas de origem judicial; o amplo espaço para o predomínio das pré-compreensões; a

¹¹¹ MORAES, Alexandre de. As súmulas vinculantes do Brasil e a necessidade de limites ao ativismo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, p. 267-285, 2011/2012.p.121.

¹¹² URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade. - Coimbra: Almedina, 2012. p.96.

¹¹³ URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade. - Coimbra: Almedina, 2012. p. 100.

impossibilidade de imposição judicial quanto ao que deve ser a agenda política governamental e a politização de decisões que deveriam ser jurídicas.¹¹⁴

Dos prós e contras do ativismo judicial podemos detectar que a atuação do juiz que ultrapassa os limites de sua função, mesmo de forma benéfica, adentrando em competências de outros poderes, sempre trará dúvidas quanto à afronta à Separação dos Poderes, que dentro do Estado Constitucional passa por uma expansão e alargamento de sua compreensão, não revelando mais atuações de cada um dos poderes em funções únicas, mas levando a todos o dever de dar efetividade à Constituição na medida em que lhe é apresentada essa atribuição.

1.2. REPERCUSSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.

Paul Laband na Escola Alemã no início do século XX, com sua distinção entre reforma constitucional e mutação constitucional, com forte contributo de Georg Jellinek, é no sistemático estudo do jurista chinês Hsu Dau Lin no tocante às mutações constitucionais que se tem maior problematização do tema.

Dau-Lin¹¹⁵ traz assim conceito amplo de mutação constitucional como sendo uma relação de incongruência entre a norma e a realidade, apontando tipos de mutações, entre as quais se destaca as que são oriundas da interpretação constitucional, o que parte da doutrina enquadraria no âmbito das mutações informais.

Alinhado ao amplo conceito de Dau-Lin, o jurista espanhol Raul Anosa Usera¹¹⁶ aponta três causas para que as mutações ocorram, sendo elas, primeiramente a falta de sintonia entre a Constituição escrita e a Constituição substancial ou material; segundo a incongruência entre o texto constitucional e

¹¹⁴ URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade. - Coimbra: Almedina, 2012. p.101.

¹¹⁵ DAU-LIN, Hsü. Mutación de la Constitución. Trad. Christian FÖRSTER, Oñati: IVAP – Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1998. P.35.

¹¹⁶ DAU-LIN, Hsü. Mutación de la Constitución. Trad. Christian FÖRSTER, Oñati: IVAP – Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1998.p.267.

a realidade constitucional, ou seja, espaço em que a constituição deverá ser aplicada e produzir efeitos; e terceiro seria a contradição do texto constitucional, afirmando assim que, a rigidez não impede a evolução e adaptação da lei suprema.

Na visão de Usera¹¹⁷, tais causas das mutações seriam o próprio escopo a ser perseguido pelas mutações constitucionais, a qual visa assegurar a devida força normativa da Constituição.

Segundo Bulos¹¹⁸, as mutações constitucionais revelam-se como o fenômeno das alterações dos textos constitucionais sem que tenham ocorrido revisões ou emendas, visando estas fazer com que os mandamentos constitucionais possam aderir às exigências, sociais, econômicas, políticas, jurídicas do próprio Estado e da comunidade.

Segundo o autor, as palavras constantes na constituição recebem assim novo sentido diferentemente do original ou revelando prática que não coaduna com o texto legal. Atribuem-se assim novos sentidos e conteúdos anteriormente inexistentes, assim fazendo, através da interpretação, desaguando em verdadeira construção jurisprudencial.

As mutações constitucionais através da interpretação encaixam-se assim no que se denomina de mudanças constitucionais informais, pois fogem à formalidade exigida do poder constituinte originário e/ou reformador ou revisional, chegando alguns a mencionarem a práxis de um “poder constituinte difuso”, na medida em que, revela mudanças que nascem de casos concretos, análises pontuais, e como bem nos remete Uadi Lammêgo, perceptíveis quando comparada a norma alterada e o seu momento histórico de compreensão.¹¹⁹

¹¹⁷ DAU-LIN, Hsü. Mutación de la Constitución. Trad. Christian FÖRSTER, Oñati: IVAP – Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Ardularitzaren Euskal Erakundea, 1998.p.267.

¹¹⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. Alterações informais na Constituição. **Revista do advogado**, São Paulo, ano. 23, n. 73, p.199-204, 2003.p.199.

¹¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. Alterações informais na Constituição. **Revista do advogado**, São Paulo, ano. 23, n. 73, p.199-204, 2003.p.200.

Bulos ¹²⁰aponta que os mecanismos informais de mudança da constituição são mais latentes na medida em que os processos de reforma constitucional mostram-se difíceis, oportunizando assim maior atuação pela via da interpretação judicial quanto ao que se almeja ver mudado, o que é perceptível em constituições mais rígidas como a do Brasil, EUA, países estes que mesmo com certas especificidades quanto às suas constituições e modelos de jurisdição constitucional, terminam por dar os maiores exemplos de mutações constitucionais pela via interpretativa, não obstante o ordenamento jurídico brasileiro vir se revelando como maior expoente.

De toda sorte, tem-se a mutação constitucional como um fenômeno inerente à existência do processo de interpretação, mas que se distingue quanto ao necessário resultado final, assim vendo na medida em que a norma em si, como bem lecionava Canotilho, é fruto da atividade do intérprete, e por consequência, revela uma conversão do texto de lei à sua aplicação perante a realidade observada pelo intérprete.

Tal postura já guiava posicionamento de Peter Haberle, para quem:

Não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, ressaltando-se que o interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. ¹²¹

Com tal perspectiva, Haberle entende que não se faz necessário falar de mutação constitucional na medida em que a leitura da constituição sempre implicará num processo de mutação.

No entanto, distinto é o ato de interpretar a constituição e o de modificar claramente o seu sentido de forma a galgar o status de mutação constitucional, na medida em que, ao interpretar a lei maior, por mais que ela ganhe novos contornos ante a vida real, dando eficácia à constituição, não significa assim que o fruto da interpretação tenha alterado efetivamente o

¹²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. Alterações informais na Constituição. **Revista do advogado**, São Paulo, ano. 23, n. 73, p.199-204, 2003.p.201

¹²¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

sentido do texto constitucional da forma como foi concebido ou tenha sido antes objeto de interpretação.

A mutação constitucional, pela via da interpretação, realmente oportuniza a adequação do texto constitucional à realidade, mas mais do que isso, impõe determinado momento histórico, na mudança de sentido do texto que refletirá não apenas em um caso concreto, mas no grande espaço da história, como sentido último.

Por tratar-se de modificação pela via interpretativa, fala-se necessariamente de sua práxis pelo Poder Judiciário, especificamente pelas cortes constitucionais como detentoras da última palavra em sede de interpretação do texto constitucional, assumindo a jurisdição constitucional o papel de agente modificador, agora com o status que podemos denominar de constituinte judicial, na medida em que a vontade e o sentido aplicado pelo constituinte originário deixa claramente de existir não obstante a permanência do seu texto.

Todavia, óbices ou dúvidas emergem quanto à amplitude dessa atividade interpretativa modificadora, partindo do pressuposto de que, sendo o judiciário, especificamente a sua Corte Constitucional, Poder sem fiscalização e correção de suas decisões por outros poderes, na medida em que tem a última palavra, como este poderia, portanto, ser limitado de forma a resguardar a constituição e não usurpar de seu papel de interprete em detrimento da manutenção do Estado Constitucional Democrático e, por conseguinte, sem ofensa à separação dos poderes?

Já dizia Montesquieu¹²², que “todo aquele que detém poder sem controle tende a dele abusar”, no entanto o doutrinador francês como expoente da separação dos poderes, fez tal pregação contrária ao absolutismo intervencionista pré-liberal, mais voltada à figura do Estado, sem, contudo prever o resplandecer de um Estado Constitucional que teria posteriormente no Judiciário protagonismo e expansão de atuação.

¹²² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução Roberto Legal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

Bulos¹²³ aponta que é impossível apontar limitações às mutações constitucionais, tendo em vista serem estas resultado de forças inexplicáveis, presentes na evolução da sociedade tratando-se de um fenômeno “involuntário e intencional”.

Quanto à limitação do intérprete na condição de modificador do sentido do texto constitucional, Bulos¹²⁴ afirma que “o limite às mutações está na consciência do intérprete em não desbordar os parâmetros jurídicos através de interpretações maliciosas e traumatizantes”, o intérprete ponderaria sua atuação sem ultrapassar os mecanismos de controle de constitucionalidade, procedendo assim com a adequação da Constituição à realidade social mutante.

Mesmo assim, permanece a dúvida, se ultrapassados os mecanismos de controle de constitucionalidade com atuação pró-sociedade do Judiciário, quem conteria esse Poder ou corrigiria sua atuação?

Compreendo que a abordagem de limitação do intérprete às mutações constitucionais, abriga preocupações no tocante às motivações extrajurídicas ou formação da pré-compreensão (ex.: opinião pública como impulsionadora de mutação); metodologia interpretativa (ex.: afastada de congruência e cientificidade), e segurança jurídica e estabilidade do ordenamento;

Quanto à primeira preocupação elencada, destaca-se a pressão da opinião pública no processo de mutação pela via interpretativa, na medida em que o magistrado, mesmo tendo assegurada sua independência, na busca por dar efetividade à constituição através de sua adequação à realidade, depara-se com uma realidade não necessariamente existente, mas de origem midiática.

A opinião pública com nascedouro midiático acarreta conseqüente formação de posições que refletem o anseio de alguns poucos que detêm o poder da informação, é o que Schmitt¹²⁵ denomina de ficção da opinião pública,

¹²³ BULOS, Uadi Lammêgo. Alterações informais na Constituição. **Revista do advogado**, São Paulo, ano. 23, n. 73, p.199-204, 2003.p.204.

¹²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. Alterações informais na Constituição. **Revista do advogado**, São Paulo, ano. 23, n. 73, p.199-204, 2003.p.204

¹²⁵ SCHMITT, Carl. **A crise da democracia**. Traduz. Inês Lohbauer. São Paulo: Scretta, 1996.

que na nossa concepção deságua na criação de uma realidade construída de forma intencional, não sendo esta fruto do tempo.

Bulos aponta os grupos de pressão como influencia a mutação constitucional informal, na medida em que fazem valer suas opiniões, exemplificando com o caso dos *lobbies* de grandes empresas nos Estados Unidos, ou no Brasil através de partidos políticos, sindicatos, organizações privadas.

Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho bem aponta o fator “mídia” como uma força que se sobrepõe à tão cogitada pressão política ou partidária, quando esta, como formadora da opinião pública, que de certa forma pesa sobre os magistrados, assim fazendo na qualidade de instituições privadas que agem de acordo com os interesses de audiência e convicções dos que as controlam, afirmando o autor que “talvez seja esta a pressão mais grave, do que o vínculo com o grupo que escolheu o magistrado”.¹²⁶

No tocante à preocupação quanto à insegurança jurídica que possa emergir de uma ausência de limites à mutação constitucional pela via interpretativa, compreendemos que é um risco ou até, em alguns casos, uma consequência comum aos processos de transformação, principalmente no que tange à constituição, no entanto, não deve a jurisdição constitucional distanciar-se da observância de tal pressuposto do Estado Constitucional Democrático.

Em posição contrária, Germana de Oliveira Moraes, entende que, a justiça revela um valor que requer mutabilidade, enquanto que a segurança exige estabilidade, a qual seria traduzida no respeito às situações já existentes. Afirma assim que “a segurança jurídica, diante de situações regularmente constituídas, poderá ceder, portanto, em nome do valor Justiça, pois este incita à mutabilidade.”, complementa alegando que “o princípio da supremacia do

¹²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Votam os magistrados nos processos mais políticos de acordo com as linhas partidárias subjacentes à sua designação? In: Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil. Coord. Elival da Silva Ramos, Carlos Blanco de Moraes - São Paulo: Almedina, 2012.

Direito e o ideal de Justiça, conforme visto justificam as exceções à proeminência do valor segurança.”.¹²⁷

Quanto a tal postura da magistrada federal, não podemos concordar em sua totalidade, na medida em que, do texto constitucional e de sua mutação nascem resultados cujos efeitos em alguns casos podem até atender ao fator “Justiça”, mas que em outros pode resultar em uma visão mais restrita à micro justiça em contraposição às conseqüências macro com efeitos possivelmente mais prejudiciais e até distanciados de qualquer compreensão de justiça social.

Carlos Blanco de Moraes sobre a “Segurança Jurídica” leciona ser este:

[...] um valor pressuposto e imanente do conceito de Direito, que tem por escopo garantir a durabilidade, certeza e coerência da ordem jurídica, permitindo aos membros da coletividade organizarem a sua vida individual, relacional e coletiva, mediante imperativo da previsibilidade ou calculabilidade normativa.¹²⁸

Partindo desse conceito, não se pode conceber mutações constitucionais por via interpretativa distanciada do fator “segurança jurídica”, sendo este um pressuposto da própria existência do Estado de Direito Democrático e Constitucional, exigindo assim do magistrado interprete a observância de que, a mudança de sentido do texto da lei maior não pode ser causa de transtornos ou desestruturação do próprio Estado, na medida em que isso implicaria em formulações semânticas de cunho mais político e distanciado da legitimação de quem por ela será “alvejado”.

Possível entender, assim, que o Estado Constitucional Democrático está em risco, oportunizando o surgimento de um Estado de Juízes, na medida em que a Corte Constitucional, utiliza-se do argumento da força normativa da constituição para a elaboração de uma legislação paralela, assim fazendo sob fundamento de uma interpretação evolutiva, sem as necessárias balizas no tocante aos limites de tal práxis interpretativa, apenas com alusão a princípios

¹²⁷ MORAES, Germana de Oliveira. A reforma previdenciária brasileira e o direito adquirido: o conteúdo das regras de transição e seus destinatários. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. 44, n.1-2, p. 169-178, 2003.p.169.

¹²⁸ MORAIS, Carlos Blanco de.. In: Segurança jurídica e justiça constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. - Lisboa, v. 41, n. 2, p. 619-630, 2000.p.169.

de interpretação constitucional, sem, no entanto apresentar uma auto-contenção ética do juiz constitucional em observância à própria constituição.

As mutações constitucionais por via interpretativa revelam, assim, estrita ligação com o perfil ativista do judiciário, que está a ser observado em diversos ordenamentos jurídicos, atuação esta através da jurisdição constitucional com amplo exercício de suas competências, num Estado com realidade constitucional fluida da qual emergem conflitos e novas questões passíveis de serem resolvidas, e que clamam pela atuação do Estado em sua totalidade de poderes, seja pela via Legislativa, do Executivo e do Judiciário.

Maior problema surge quando o ativismo judicial, no tocante às mutações, deixa de revelar uma mudança de sentidos do texto constitucional e passa a representar a criação de novo texto, albergando novos sujeitos de direito, criações de normas constitucionais, correções textuais através de sentenças manipulativas, aditivas e substitutivas, ou até mesmo o preenchimento de vazios normativos deixados pelo legislador, assumindo a postura de fonte primária do direito na medida em que não se está a interpretar ou aplicar novo sentido, mas a legislar por via oblíqua.

Pra melhor compreensão do ativismo judicial, importa observar suas primeiras percepções, para tanto nos utilizamos de análise feita pela Professora Maria Benedita Urbano que prontamente nos remete para a atuação da Corte Constitucional, *Supreme Court*, nos Estados Unidos da América como cenário para o surgimento de debates quanto ao “ativismo judicial”.

Apona assim que os EUA, com um dos primeiros estados constitucionais, passaram por diversas fases e ainda é debatedor com ênfase da práxis ativista do judiciário, apontando assim casos emblemáticos no ordenamento jurídico americano, como *Dred Scott v. Sandford* (caso dos escravos) em 1857, *Roe v. Wade* (reconheceu direito ao aborto), *Bush v. Gore* (impossibilitou recontagem de votos Flórida), destacando-se a postura

conservadora ou liberal que oscila na Jurisdição Constitucional Norte-Americana.¹²⁹

Vê-se no perfil das cortes o reflexo da postura dos magistrados que lhes presidiram, como ficaram conhecidas a *Rehnquist Court*, *Warren e Burger Courts*, e a mais atual *Roberts Court*, que mesmo composta por alguns nomes de indicação do democrata e liberal Obama, mantém hoje um perfil mais conservador.¹³⁰

Faz-se remeter, à autora, à concepção de que o ativismo, em oposição ao que ela denomina como autocontenção judicial (ou *judicial self-restraint*), revela-se como prática que a depender da composição, principalmente da Corte Constitucional, apresentará, a depender do Estado em que é analisado, resultados com maior observância a questões econômicas e de um judiciário com perfil de menor interferência política, bem como em contrapartida, com vistas a maior garantia de direitos sociais e fundamentais, poderá dar maior abrangência à sua atuação não restringindo-se a mero aplicador da lei. Para Urbano¹³¹ “o ativismo tanto é conservador, como liberal ou progressista”.

Mas o que seria o ativismo judicial propriamente dito?

Carlos Alexandre de Azevedo Campos inicialmente compreende o ativismo como sendo “escolha comportamental do juiz ou Tribunal em aceitar esta demanda e reconhecer sua própria legitimidade e capacidade para ditar as soluções, certas ou erradas, para as questões levantadas.”¹³²

Mais adiante o mesmo autor conceitua:

Ativismo judicial é o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e Tribunais em face dos demais atores políticos e judiciais, identificável e avaliável conforme a disciplina constitucional particular acerca da estrutura e do funcionamento da jurisdição constitucional e do arranjo institucional local, e que se manifesta sob diferentes comportamentos, todos

¹²⁹ URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade. - Coimbra: Almedina, 116, 2012. P.91.

¹³⁰ URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade. - Coimbra: Almedina, 116, 2012. P.93.

¹³¹ URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade. - Coimbra: Almedina, 116, 2012. P.90.

¹³² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **Revista de direito público**, ano. 3, n. 6, 2011.p.243.

transcendentes dos limites ordinários do papel institucional do Poder Judiciário.¹³³

Perceba-se que o conceito trazido por Campos passa pelo apontamento de que, nem sempre a expansão da atividade dos juízes sobre as funções político-normativos implicará em atuação ilegítima do Judiciário, postura esta dissonante com o entendimento conceitual de Elival da Silva Ramos que em sua completa obra sobre ativismo judicial conceitua o mesmo como sendo:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). [...] Importa na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.¹³⁴

Para o doutrinador da USP, que compreende a possibilidade de uma atuação integrativa do interprete no tocante ao texto constitucional, o ativismo teria portanto apenas uma faceta negativa, na medida em que refletiria uma usurpação de poderes em detrimento do próprio ordenamento jurídico.

Ronald Dworkin em sua doutrina entende que:

[...] o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscam interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. Um ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.¹³⁵

O perfil patológico dado ao ativismo quando da sua conceituação é assim visto no sentido pejorativo e negativo que o termo ganha nos Estados Unidos da América, sendo visto em alguns casos como insulto ao magistrado com tal perfil, ganhando assim contornos depreciativos, representando um comportamento não judicial e por vezes revelando expressão para discordância quanto ao resultado dos julgamentos.¹³⁶

¹³³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **Revista de direito público**, ano. 3, n. 6, 2011.p.250.

¹³⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.p.69.

¹³⁵ DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.p.451.

¹³⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **Revista de direito público**, ano. 3, n. 6, 2011.p.245.

Campos cita, assim, embates e acusações mútuas com tal termo no tocante a formações conservadores e liberais da corte constitucional americana, citando assim a Corte *Warren* e a Corte *Rehnquist*.¹³⁷

Conforme verificado no que fora até então exposto neste trabalho, as mutações constitucionais pela via interpretativa do Poder Judiciário, não revelam-se necessariamente ilegítimas ou viciadas, mas decorrerão sim, de uma atuação ativista dos magistrados, que, perante inércias dos demais Poderes, seja no legislar ou na prestação de serviço estabelecimento de políticas públicas pelo Executivo, ver-se-á provocado em demandas judiciais que levaram a uma espera da prestação jurisdicional, ao menos num novo concretizar do texto constitucional, quando carente de atualização literal ou de clareza.

Da práxis ativista que poderá resultar em mutações constitucionais nascem assim análises de problemáticas próprias que agora gostaríamos de ver suscitadas, ao menos como provocação doutrinária, de forma a levar a pensar até que ponto o ativismo guarda em si uma faceta benéfica quando traz mudanças ao texto constitucional (interpretação), ou passa a revelar-se um verdadeiro vilão à tão perseguida segurança jurídica e previsibilidade do Direito.

1.3. A CORTE CONSTITUCIONAL E AS MUTAÇÕES DERIVADAS DE UMA INTERPRETAÇÃO ATIVISTA

O perfil paternalista da jurisdição constitucional é de fácil percepção no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na atuação do Supremo Tribunal Federal na condição de guardião de Leis Maior e assegurado da estabilidade do Estado Constitucional.

A atuação ativista do STF não reflete mais uma percepção crítica da doutrina quanto àquele tribunal, visto que os próprios componentes daquela corte, já admitiram a necessidade de uma postura ativista como forma inerente à atuação daquele órgão de jurisdição constitucional no Brasil.

¹³⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **Revista de direito público**, ano. 3, n. 6, 2011.p.248.

Tal constatação é latente em razão de discurso do Ministro do STF Celso de Melo, que em 2008, quando na sessão solene de posse do Ministro Gilmar Mendes na Presidência daquela corte, Celso de Melo defendeu arduamente um tribunal ativista como necessário ao Estado brasileiro, assim apregoando:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode reduzir-se a uma posição de pura passividade.¹³⁸

Como visto, Celso de Melo eleva o ativismo à condição de necessidade institucional, tendo como principal justificativa a omissão ou retardamento pelos demais poderes quando ao pronto cumprimento e efetivação de todo o texto constitucional, atuação esta que vem dando causa a constantes mutações constitucionais pela via jurisprudencial, mutações que não são decorrentes de casos excepcionais para atuação ativista, mas que refletem um tribunal que a si próprio atribui o dever de resolver todos os problemas de uma sociedade, sem, contudo possuir legitimação para tanto.

Nesse passo, são identificados como fatores para a impulsão do perfil ativista pelo judiciário brasileiro: a percepção de um modelo de Estado

¹³⁸ MELLO, Celso de. Discurso da Posse do Ministro Gilmar Mendes como Presidente do Supremo Tribunal Federal. Brasília, 2008.

intervencionista, no qual a constituição abriga uma série de direitos sociais a serem observado pelo Estado; a expansão do controle abstrato das normas, permitindo à corte constitucional maior atuação quanto à verificação de constitucionalidade, seja pela via concentrada ou difusa e a ascensão da doutrina neoconstitucionalista, que revelaria um constitucionalismo marcado por:

- a) mais Constituição do que leis;
- b) mais juízes do que legisladores;
- c) mais princípios do que regras;
- d) mais ponderação do que subsunção;
- e) mais concretização do que interpretação.¹³⁹

Mas que apresenta sérias fragilidades na medida em que o neoconstitucionalismo viria a revelar séria colisão com o princípio da Separação do Poderes, traria negativa à formulação do Estado Democrático, geraria seria ofensa ao princípio da legalidade, na medida em que quem “legisla” não é legitimado para tanto, resanto o “método” neoconstitucionalista carente de cientificidade que o faça integrar a Ciência do Direito.¹⁴⁰

Percebe-se também a ampliação da atividade normativa do STF, seja na atividade interpretativa com semelhanças ao *construction* americano, seja surpreendo omissões por meio do julgamento de Mandados de Injunção ou na tão polemizada possibilidade de editar Súmulas Vinculantes.

Observa-se, assim, que o STF apresenta-se lastreado de mecanismos que otimizam sua atuação ativista.

Atenta-se, também para recente afirmação do jurista constitucionalista Luis Roberto Barroso, que às vésperas de assumir um lugar como Ministro integrante do STF, em discurso proferido no 13º Congresso Brasileiro de Direito do Estado ocorrido cidade de Salvador/Bahia no dia 24 de maio de 2013, adentrando à temática do ativismo apontou:

Penso que a regra geral em uma democracia deve ser de que decisão política deve tomar quem tem voto. Essa é a

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.p.127.

¹⁴⁰ MORAIS, Carlos Blanco. O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo ativista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 78, p. 153, 2012.

primeira regra. Portanto, o Judiciário tem de ser deferente para com as escolhas feitas pelo legislador e para com as decisões tomadas pela administração pública. A menos que, e aí, sim, se legitima a intervenção do Judiciário, essas decisões violem frontalmente a Constituição, violem frontalmente algum direito fundamental, violem frontalmente alguma regra no jogo democrático. Aí sim, por exceção e não por regra, o Judiciário pode e deve intervir.

No Brasil, há uma certa expansão do Judiciário, mas gostaria de registrar que uma democracia precisa de política, política de qualidade.

Ora, mesmo louvável a ciente declaração quanto às decisões políticas, cumpre apontar que, sendo Barroso um dos formatadores do neoconstitucionalismo, este, ao mesmo tempo em que demonstra sua observância a uma certa auto-contenção da jurisdição constitucional em matérias de natureza política, defende também uma nova interpretação constitucional que em seu âmago oportuniza pela via interpretativa um amplo atuar do judiciário com certo apelo à exacerbação principiológica e maior liberdade metodológica do interprete, otimizando assim o ativismo, conforme já exposto anteriormente.

Dessa forma, percebe-se verdadeira contradição entre a forma como dever atuar o Judiciário e a linha interpretativa que o mesmo se utiliza para executar suas funções.

Como forma de reação ao protagonismo do STF, consta em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Emenda à Constituição nº. 33/2011 no qual, busca-se revisão do texto constitucional, visando à possibilidade de que as Súmulas Vinculantes propostas pelo STF só possam produzir efeitos perante os demais órgãos judiciais e administrativos após deliberação do Congresso Nacional; bem como que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzam imediato efeito vinculante e eficácia contra todos antes de deliberação do Congresso Nacional quanto à concordância sobre esta decisão.

Não cabe aqui demonstrar os riscos e afrontas ao Estado Constitucional que as referidas propostas podem causar, no entanto, impende salientar que

estas na verdade visam atrair para o Legislativo maior poderio no tocante ao poder normativo percebido na atuação ativista da corte constitucional, ingerência esta que pode ser compreendida como um ativismo legislativo sobre a jurisdição constitucional, principalmente no tocante à aceitação ou não de decisões de inconstitucionalidade de emenda à constituição.

Cumprе salientar que tamanha tentativa de resposta por parte do Legislador, mesmo que não prospere no trâmite do processo legislativo, revela uma postura não isolada na história, apontando-se assim um caso distinto, mas de freio da amplitude judicante da jurisdição constitucional na Espanha de 1985.

Ora, no final da década de 70, início da década de 80, encontrava-se vigente na Espanha a lei LOTC 2/1979 que estabeleceu a via recursal denominada de “Recurso Prévio” que não encontrava previsão constitucional, mas que oportunizava a suspensão da entrada em vigor de uma lei orgânica, ou seja, o controle da corte constitucional atingia o processo legislativo.

Mesmo não existindo previsão constitucional de tal recurso, o mesmo representava o modelo de Jurisdição Constitucional compreendido para o Estado espanhol, permitindo não apenas a suspensão de leis em vigor, como também de leis ainda por vigorar, ponto este que posteriormente foi modificado quando o Legislador em 1985, por meio de uma reforma constitucional extinguiu tal modalidade de recurso por compreender que este limitava o exercício pleno das competências legislativas, além de que o recurso apresentava uma realidade constitucional que terminava por trazer alterações não benéficas à relação entre legislador e jurisdição constitucional.

Em situação contrária, no Brasil, mesmo não existindo tal modalidade de recurso, o STF, em mais um passo ativista, por decisão liminar do Ministro Gilmar Mendes, determinou a suspensão de tramitação de projeto de lei no Congresso, projeto este que visa impedir que parlamentares que mudem de partido no meio do mandato transfiram para a nova agremiação parte do fundo partidário e do tempo no rádio e na TV da sigla de origem.

Ou seja, o ativismo judicial do STF, não mais se restringe a suprir omissões legislativas ou executar o controle de constitucionalidade de normas

em vigor, mas busca agora interferir inclusive no processo legislativo, não deixando que este se desenvolva dentro do âmbito de competência do Congresso Nacional, para só após a sua aprovação posicionar-se pela atenção de tal tramitação à formalidade ou não estabelecida no texto constitucional para a existência da norma bem como o seu conteúdo material e respectivo alinhamento à Carta Magna.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, corte constitucional brasileira, podemos elencar uma série de julgados que ocasionaram mutações constitucionais, revelando a forte postura ativista do STF, sejam eles, no tocante à prisão civil depositário infiel – RE 466.343; progressão de regime – HC 82.959; papel do Senado – Recl 4.335; fidelidade partidária – MS 26602; união homoafetiva – ADI 4.277.

Assim, visando explicitar a vivacidade da mutação constitucional por meio da via interpretativa ativista, trazemos à baila, dentre os julgados elencados, o caso de mutação constitucional no tocante à redefinição do papel do Senado Federal dentro do controle de constitucionalidade.

O STF, em julgamento do Habeas Corpus n. 82,959/SP de 23-2-2006, incidentalmente, ou seja, por via de controle difuso, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo legal (art. 2º, §1º da Lei 8.072/1990) que vedava a progressão de regime para quem comete crimes hediondos, assim declarando com base no art. 5º, inciso XLVI da CF/88.

Tal decisão, mesmo possuindo efeitos interpartes, desaguou em postura jurisprudencial com grau de amplitude tal que gerou um precedente de força vinculante com efeito *erga omnes* para todos os casos em que for debatida a progressão de regime para quem cometer crimes hediondos, suspendendo-se a execução da lei declara inconstitucional sem que o Senado Federal tenha se manifestado.

Ocorre que o art. 52, inciso X da Constituição Federal, aponta como competência privativa do Senado Federal “X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”.

No entanto, sobre este caso, Gilmar Mendes (2004) em sua doutrina aponta assim que o Senado deixa de ser uma figura integrante do processo de controle de constitucionalidade na qualidade de órgão que suspende a execução de dispositivo declarado inconstitucional incidentalmente, e passa a ser mero órgão de publicidade de tal decisão, não estando a eficácia da decisão mais atrelada a atuação do órgão legislativo, citando Mendes o mesmo papel assim atribuídos a órgãos políticos de outras soberanias“(Constituição austríaca, art. 140, 5 – publicação a cargo do Chanceler Federal, a Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31, (2) publicação a cargo do Ministro da Justiça)”.

Ou seja, uma previsão expressa da Constituição restou alterada quanto à sua aplicabilidade, onde, o órgão antes participante da completude da eficácia de uma decisão judicial passa a ser mero publicista dessa mesma decisão.

Mesma atuação é notável quando do posicionamento do STF no tocante à perda do mandato pelo deputado, senador ou vereador que mude de partido no curso da legislatura, postura que revelou um dos mais claros casos de mutação constitucional, na medida em que, foi criada, pela via jurisprudencial, nova causa de perda de mandato em adição ao que a Constituição taxativamente estabelecia no art. 55, assim aliando a partir do Mandado de Segurança nº. 26602 a necessidade de fidelidade partidária como pressuposto à continuidade no cargo proporcional para o qual foi eleito, sob a alegação de que o mandato pertence ao partido em atenção ao do princípio da moralidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que, parcialmente, o Modelo de Estado Constitucional Democrático, tem por pressuposto a segurança jurídica, uma norma superior, legitimação e limitação do poder, espaço este que representa o resultado da evolução do modelo estatal e permitiu o ascender da Jurisdição Constitucional

Compreendemos também que, o ativismo judicial revela-se como mecanismo de mutação constitucional pela via interpretativa que possui sua

valia, na medida em que é assim executado apenas em casos excepcionais que revelem verdadeira urgência e lesão ao texto constitucional;

A habitualidade na realização de mutações constitucionais como decorrência do ativismo judicial mostra-se prejudicial à própria concepção de Estado, na medida em que, o pressuposto da Separação dos Poderes não resta mais ampliado, mas nesse caso revelará sua anulação.

Ou seja, um Tribunal Constitucional quando posiciona-se de forma a intencionalmente sobrepor-se aos demais Podes do Estado termina por desconstruir a própria formulação de Estado que lhe dá margem de atuação.

Entendemos assim que, o ativismo judicial tem seu perfil negativo bem como sua façanha benéfica, mas não pode este, fomentar um Estado Judiciário, em que se coloca no lugar do constituinte reformador ou do determinador executor de políticas públicas, no qual, o Judiciário, passa então assumir o papel “paternalista” e do “enorme polvo e seus tentáculos” já apregoado por Norberto Bobbio antes em alusão ao papel do Poder Executivo quanto ao Estado Providência.

Compreende-se, assim, que nos casos das mutações constitucionais pelo ativismo judicial, os fins não podem justificar os meios.

Todavia, cabe analisar o cenário que abre espaço para que aconteça o ativismo judicial. Ora, num universo jurídico onde, apesar de garantias e direitos fundamentais previstos constitucionalmente, por diversas vezes o legislativo, a quem caberia legislar, se omite no cumprimento de suas obrigações em razão de motivos puramente eleitorais, ao judiciário, sobra, não voluntariamente, o suprimento das lacunas legais para a tutela de tais direitos.

A idéia de separação dos poderes, conforme as ideias de Montesquieu aduzem à necessidade de um judiciário imparcial, cuja atribuição seria analisar a legalidade dos atos dos demais poderes.

Há que se observar a inconstitucionalidade da própria omissão legislativa, fazendo surgir a necessidade de atuação ativista do judiciário para a efetiva promoção dos direitos e garantia fundamentais, sob pena de estar a

sociedade à mercê da inércia parlamentar, diante do populismo por vezes praticado.

De um lado tem-se que a prevalência, nas decisões judiciais, de posicionamentos, em algumas vezes, contrários à literalidade legal, fundamentados num entendimento ativista, dota o sistema jurídico de certa imprevisibilidade nociva à segurança dos julgados, ainda que para proteção de direitos fundamentais.

Noutro giro tem-se que a busca pela segurança jurídica através de mecanismos de uniformização de jurisprudência e, a conferência a órgão do judiciário de poder de editar ato de caráter abstrato e observância obrigatória ao judiciário e à administração pública pode constituir atentado à ordem jurídica e ao estado democrático de direito diante da possibilidade de dotar de força vinculante entendimento arbitrário, ilegal e ou nocivo.

É certo que não pode o judiciário esquivar-se do dever de julgar sob argumento de lacuna legislativa, devendo valer-se das fontes citadas para a atividade julgadora, observando tanto as leis quanto as decisões judiciais, observância aos preceitos constitucionais, tendo o dever de prezar pela guarda, bem como assegurar os Direitos e Garantias fundamentais à luz da razoabilidade e proporcionalidade.

Apesar de o ativismo judicial possibilitar maior condição de atendimento às demandas sociais, para que não incorra na usurpação do poder, não se pode desprezar a necessidade de consolidação de Poderes atuantes e equilibrados entre si. A ruptura de esse sopesar de equilíbrio entre os Poderes pode ocasionar, a médio e longo prazo, um efeito inverso daquele proposto pelo legislador constituinte, qual seja, não atender a contento as demandas sociais em suas necessidades básicas de proteção.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**. Ano 2, v. 2, n. 1, 2016.

ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica. Para uma teoria dogmática jurídica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AMARAL, Francisco. Brasil, 500 Anos. Influência do Direito Português no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: **Revista ABLJ**, n. 17, p. 85-90. 2000.

AMARAL, Maria Lúcia. **O Tribunal Constitucional e o desempenho das funções estranhas ao controlo de constitucionalidade das leis**. In: Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil. Coord. Elival da Silva Ramos, Carlos Blanco de Moraes - São Paulo: Almedina, p. 25-33, 2012.

ANGELO, Vitor Amorim de. Constituição de 1988: Contexto histórico e político. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/constituicao-de-1988-1-contexto-historico-e-politico.htm>. Acesso em 02 de novembro de 2016.

ARCAYA, Oscar Godoy. Antología Política de Montesquieu. **Revista Estudios Públicos**, otoño, p. 345, 1996.

ARISTÓTELES. Política. 5. edição, trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1-42, 2005.

BENFICA, Francisco Vani. O Juiz, o Promotor, o Advogado: seus poderes e deveres. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

BRASIL, Constituição Federal. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 05 de maio de 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. Alterações informais na Constituição. **Revista do advogado**, São Paulo, ano. 23, n. 73, p.199-204, 2003.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **Revista de direito público**, ano. 3, n. 6, 2011.

CARVALHO JUNIOR, Adelardo Branco de. Carta à revista Consulex. **Revista Consulex** n. 9, 1997.

CARVALHO, José Murilo de. A construção da ordem, Rio de Janeiro. Ed. UFRJ / Relume Dumará, 1996.

CF. Christian Pestalozza, Comentário ao § 31, I, da Lei do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) in: Direito Processual Constitucional (Verfassungsprozessrecht), 2a edição, Verlag C.H. Beck, Munique, p. 170-171, 1982.

COSTA, Frederico Magalhães. Ativismo judicial: uma questão de poder ou reflexo de mudanças institucionais? Entre Aspas. **Revista da UNICORP**, v.3, p.55-72, 2013.

COVER. Robert M. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. The **Yale Law Journal**. v. 91, n. 7, p. 1287-1316, 1982.

DAU-LIN, Hsü. Mutación de la Constitución. Trad. Christian FÖRSTER, Oñati: IVAP – Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1998.

DIDONE, André Rubens. A influência das ordenações portuguesas e espanhola na formação do direito brasileiro do primeiro império. Tese (Doutorado), USCS, 137 p., 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, v. 1, 2004.

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. Direito UNIFACS – Debate Virtual, n. 75, 30 p., 2015.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Votam os magistrados nos processos mais políticos de acordo com as linhas partidárias subjacentes à sua designação? In: Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil. Coord. Elival da Silva Ramos, Carlos Blanco de Moraes - São Paulo: Almedina, 2012.

FERREIRA, Rebeca Campos. Apontamentos sobre leis a partir da teoria política de Rousseau. **Revista Impulso**, v. 22, n. 55, p. 107-110, 2012.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HERKENHOFF, João Baptista. Justiça. Direito do povo. 12ª ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2000.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, 1984.

LEAL, Roger Stiefelmann. O efeito vinculante na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Ed. Forense. Rio Janeiro/RJ: 2007.

LIMA, Filipe Antonio de Oliveira. A constituição brasileira: da constituição imperial à constituição imperial. In: **Âmbito Jurídico**, XII, n. 65, 2009.

LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição constitucional e política. Ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Ed. Juruá, 2014.

MALDONADO, Maurílio. *Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos: Desenvolvimento no Estado Brasileiro*. São Paulo, p. 1-24, 2003.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Montesquieu e a Constituição da Inglaterra: Três teorias da separação de poderes**. *Revista Jus Navigandi*, ano 16, n. 2874, 2011.

MAUS, Ingenborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. In: **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, p. 183-202, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM, Thereza. A súmula vinculante, vista como meio legítimo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. **Revista do advogado**, n. 92, p. 11. 2007.

MELLO, Celso de. *Discurso da Posse do Ministro Gilmar Mendes como Presidente do Supremo Tribunal Federal*. Brasília, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. A eficácia das decisões de inconstitucionalidade – 15 anos de experiência. In: SAMPAIO, José Adércio Leito (Coord.). *15 anos de constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do STF no processo de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica Virtual**, v. 1, n. 4, 1999.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução Roberto Legal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre de. As súmulas vinculantes do Brasil e a necessidade de limites ao ativismo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, p. 267-285, 2011/2012.

MORAES, Germana de Oliveira. **A reforma previdenciária brasileira e o direito adquirido: o conteúdo das regras de transição e seus destinatários**. *Revista da*

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 44, n.1-2, p. 169-178, 2003.

MORAIS, Carlos Blanco de.. In: Segurança jurídica e justiça constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. - Lisboa, v. 41, n. 2, p. 619-630, 2000.

MORAIS, Carlos Blanco. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 78, p. 153, 2012.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSÁRIO, Maria José Aviz do; SILVA, José Carlos da. A Educação jesuítica no Brasil colônia. **Revista História, Memória e Educação**, p. 9, 2004.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, p. 79-100, 2004.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia**. Traduz. Inês Lohbauer. São Paulo: Scretta, 1996.

SHIGUNOV NETO, Alexandre; MACIEL, Lizete Shizue Bomura. O ensino jesuítico no período colonial brasileiro: algumas discussões. **Revista Educar**, n. 31, p. 169-189, 2008.

SILVA, José Afonso da. Artigo: O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 173, p. 305-345, 1988.

SOARES DE PINHO, A. P. **Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira**. Imprensa: Niterói, 110 p., 1961.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Teoria da Legislação** – Formação e conhecimento da lei na idade tecnológica. Tese (Doutorado). Imprensa: Porto Alegre, S.A. Fabris, 317 p., 2004.

STRECK, Lênio Luiz. Coleção **o que é isto?** – O que é isto – decido conforme minha consciência? 6ª ed. Livraria do advogado: Porto Alegre, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10 ed. ver. atual. e ampl. Livraria do advogado: Porto Alegre: 2011.

TRÍPOLI, César. História do Direito Brasileiro, São Paulo, Ed. **Revista dos Tribunais**, v. 1, 1936.

URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade. - Coimbra: Almedina, 116 , 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, v. 172, 32 , 2009.

O IMPOSTO DE RENDA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Gustavo Luís Lapa Silva

Mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instituição Cristã - FADIC;
Advogado.

RESUMO: O presente trabalho possui como objetivo fazer uma análise da tributação, em específico, do Imposto de Renda, como um instrumento importante para a efetivação da justiça, através do respeito e adequação aos princípios constitucionais da igualdade, da capacidade contributiva, da progressividade e do não confisco. Para tanto, fez-se necessário uma breve síntese acerca da essencialidade da tributação como mecanismo de sobrevivência do Estado, órgão garantidor dos direitos fundamentais. O imposto de renda é um dos tributos mais importantes para o Estado, com esse objetivo arrecadatário, pois inicialmente incidia apenas sobre salários, depois passou a incidir sobre todas outras rendas para depois atingir os proventos de qualquer natureza. Todavia, essa atividade estatal deve respeitar os perfis dos contribuintes, cada um com suas capacidades econômicas diferentes, para evitar que haja uma tributação injusta. A progressividade no IR, por exemplo, estabelece cinco alíquotas (dentre estas a de 0%) que incidem em conformidade com a faixa de renda de cada contribuinte. Porém, a existência de apenas cinco alíquotas transmite a imagem de que só existiriam cinco perfis de contribuintes, o que gera uma tributação injusta. Desse modo, um sistema de tributação do imposto de renda bem ajustado aos preceitos constitucionais, torna-se inegavelmente um extraordinário mecanismo de efetivação da justiça fiscal, derivada do direito à igualdade, natural da segunda geração dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Imposto de Renda. Justiça. Princípios constitucionais. Igualdade. Progressividade.

ABSTRACT: This work aims to analyze the taxation, in particular, the income tax, as an important tool for the realization of justice through respect and adhere to its constitutional principles of equality, ability to pay, progressiveness and non-confiscation. Therefore, it was necessary a brief summary about the essentiality of taxation as state survival mechanism, organ guarantor of fundamental rights. The income tax is one of the most important taxes to the state, with that revenue collection goal, because initially focused only on wages, then was left on all other income and then achieve the earnings of

any nature. However, this state activity must respect the profiles of taxpayers, each with their different economic capabilities, to prevent any unfair taxation. The progressivity in the IR, for example, down five rates levied in accordance with the income of each taxpayer group. However, the existence of only five rates conveys the image that only exist five profiles of taxpayers, which creates an unfair taxation. Thus, a system of taxation of well-adjusted income tax to the constitutional precepts undeniably becomes an extraordinary mechanism of realization of fair taxation, derived from the right to equality, natural second generation of fundamental rights.

Keywords: Income tax. Justice. Constitutional principles. Equality. Progressiveness.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Imposto sobre a renda na Constituição Federal. 2. Breve trajetória do sistema tributário brasileiro e os Princípios constitucionais na análise da tributação do Imposto de renda. 3. O Imposto de Renda como instrumento de efetivação da justiça sob a perspectiva constitucional. Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A distribuição de renda sempre foi um fator causador de muitas discussões no Brasil. Apesar da nossa Constituição garantir uma série de direitos, entre eles a igualdade e a dignidade da pessoa humana e, elencar como objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, a dificuldade para a concreta efetivação desses direitos acompanha a nossa existência enquanto Estado Democrático de Direito.

A tributação é a maneira que o Estado se utiliza para arrecadar recursos para a sua manutenção. Assim, ele organiza uma estrutura com o fito de promover a concretização de todos os direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Portanto, a essência do nosso dever em pagar tributos reside na constatação lógica de que, aquele que usufrui dos direitos, deve financiar o ente que busca garanti-los.

Dessa forma, não restam dúvidas de que nós, cidadãos, devemos participar das finanças públicas, contribuindo com parte da nossa renda para os cofres públicos. Todavia, essa atividade tributária do Estado não deve ser realizada indistintamente, sob o risco de violar preceitos constitucionais há muito tempo consolidados.

Esses princípios constitucionais limitam o poder de tributar do Estado, e visam a proteção do contribuinte. Assim, eles levantam balizas e restrições para atingir o equilíbrio entre a necessidade do Estado em arrecadar tributos dos seus contribuintes, e a capacidade individual de cada contribuinte em exercer seu dever de pagar tributos.

Dentro dessa estrutura arrecadatória estatal, destacamos o papel do imposto de renda e proventos de qualquer natureza, como instrumento importante na concretização da justiça fiscal e consequente redução do abismo social em que nos encontramos.

Esse imposto é de um imposto de competência da união, previsto no art. 153, III da Constituição Federal, que possui princípios balizadores como da igualdade tributária, pessoalidade, universalidade, generalidade, capacidade contributiva e progressividade.

Atualmente, entretanto, tais princípios não recebem a devida importância pelos legisladores, quando instituem alíquotas insuficientes aliadas a precárias faixas de renda estipuladas pela Receita Federal Brasileira. Essa aliança de fatores negativas afasta sobremaneira os contribuintes de uma justiça fiscal, e ainda afronta diretamente o texto constitucional em seus artigos 145, § 1º; 3º, inciso I; 1º, inciso III; e o 170, inciso VII.

Desse modo, é destacada a importância do imposto de renda para a efetivação da justiça, posto que tais princípios norteadores, hoje não observados pela legislação ordinária, objetivam sempre conduzir a atividade tributária a tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, buscavam adequar a tributação à realidade econômica de cada contribuinte, evitando assim, o efeito confiscatório do imposto, e uma tributação mais justa.

1. O IMPOSTO SOBRE A RENDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Antes de adentrarmos na análise de como está presente o imposto sobre a renda na Constituição Federal de 1988, é interessante tecermos alguns comentários que dão o devido contorno ao tema estudado.

Por muito tempo a tributação foi vista como um instrumento para se angariar receitas para o Estado. Mesmo que essa missão tenha a sua evidente importância, não resume as funções que podem ser atribuídas à tributação.

Nos dias de hoje, onde se prevalece o modelo de Estado Fiscal, frente aos fortes movimentos no sentido do ressurgimento do liberalismo, não se pode abrir mão dos tributos como mecanismos influentes no também no cenário da política, economia e outras áreas com evidentes reflexos na vida social.

A tributação da renda tem sido historicamente utilizada, em todo o mundo, como forma eficaz de indução de comportamentos, exercendo, portanto, sua função extrafiscal, sem comprometer sua tarefa precípua de arrecadação para o erário.

Em relação ao imposto sobre a renda, sua criação se deu no final do século XVIII, na Grã-Bretanha, em um momento de escassez de recursos públicos diante do crescente gasto público corrente, reflexo da grande guerra travada na época, contra a França de Napoleão.

Sobre esse ponto de partida, Roque Antônio Carrazza faz uma ressalva sobre interessante debate:

Segundo uma das versões mais autorizadas, o IR, com as características atuais, surgiu na Prússia, no século XIX, com o escopo, um tanto quanto simplista, „de fazer justiça” – ou seja, brigar a pagar mais a quem ganha mais”. Para outros estudiosos, no entanto, o tributo teria nascido na Inglaterra, pelo Ato do Parlamento de 1799, editado graças às gestões de William Pitt, „o Moço”, então Primeiro-Ministro e Ministro da Fazenda (Chancellor of the Exchequer). O produto de sua

arrecadação destina-se a sustentar as Forças Armadas Britânicas, então envolvidas nas guerras napoleônicas.¹⁴¹

A partir da experiência de sucesso britânica, a ideia do Estado instituir um imposto que incidisse sobre a renda rapidamente se proliferou pelo mundo. Itália, Estados Unidos, Áustria, Bélgica, Luxemburgo, Finlândia, Holanda, Noruega, Austrália e vários outros países já previam tributação sobre a renda no ano de 1914.

No Brasil, foram inúmeras as tentativas de instituição desse imposto. Os primeiros estudos e projetos se remetem ao século XIX, e muitos nomes de peso defenderam com veemência a criação de um imposto sobre a renda como forma de recuperar a economia e alavancar as receitas públicas. Entre esses famosos defensores podemos destacar os Visconde de Jequitinhonha e de Ouro Preto, o Barão de Rosário, o Conselheiro Lafayette e Ruy Barbosa.

A primeira disposição no Brasil acerca desse imposto aconteceu no início do Reinado de D. Pedro II com a Lei nº 317 de 21 de outubro de 1843, a qual fixou a despesa e orçou a receita para os exercícios seguintes.

Apesar da cobrança desse imposto ter sido devidamente regulamentada pelo Decreto nº 349, a reação foi tão negativa que essa iniciativa de instituição foi imediatamente reprimida. Porém, naquela ocasião, já estava instaurado o embrião da ideia que posteriormente voltaria a ser defendida.

Merece destaque que, naquele momento histórico, o governo imperial estava desesperado para obter novos recursos com o fito de reorganizar o sistema financeiro tributário do país. Os gastos do império eram crescentes, ocasionando um aumento exponencial na balança financeira nacional. A Guerra do Paraguai por exemplo, forçou medidas fiscais para contrabalancear as despesas do Tesouro.

Essa situação de instabilidade financeira e necessidade de aumento na receita pública, era exatamente o cenário que, nos outros países, fez com que fosse instituído o imposto sobre a renda. Esse inclusive, era um dos fortes argumentos dos defensores do Imposto de Renda, as experiências bem-

¹⁴¹ CARRAZZA, Roque Antonio. Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 21.

sucedidas nos países europeus que atingiram rapidamente o objetivo de alavancar as receitas públicas.

Posteriormente, em 1867, voltou a ser debatida a ideia da implementação de um imposto sobre a renda, respaldada pela voz do já citado Visconde de Jequitinhonha, que defendia:

A arrecadação deste imposto oferece algumas dificuldades, mormente a princípio; mas, em algumas nações a boa-fé dos contribuintes diminui, em grande parte, esse inconveniente, e a boa-fé nasce da ilustração do povo sobre a necessidade do imposto e sobre o seu bom emprego, que deve ser como semente lançada em terreno fértil. Talvez que, entre nós, não só a boa-fé de alguns, mas também a bazófia de outros tornem fácil e produtiva a arrecadação. Sim, entre nós há muita gente que antes quer parecer rica, do que confessar que é pobre.¹⁴²

Passados mais alguns anos, em 1879, o Visconde de Ouro Preto, na época Ministro da Fazenda, fez consulta a vários economistas com o objetivo de avaliar a viabilidade de instituir o imposto de renda. Dentro da maioria que opinou favoravelmente, é válido destacarmos a opinião de um deles, que ilustra com exatidão o cenário de escassez de recursos públicos, que, mais uma vez, influenciava para o interesse em instituir o IR.

Entre nós, atenta a excessiva elasticidade, que se tem dado às contribuições indiretas, é indispensável, é urgente e altamente reclamada pelos mais vitais interesses do Estado a criação do imposto sobre a renda, não só para corrigir as desigualdades provenientes daquele abuso, mas ainda para podermos atenuar consideravelmente ou mesmo suprimir o imposto de exportação, reduzir o de importação, finalmente melhorar a organização do nosso sistema tributário, que efetivamente já conta alguns impostos sobre a renda, tais como o de indústria e profissões, o predial e outros. (Honório Augusto Ribeiro).¹⁴³

Desse modo, em 1879 foi apresentada à Câmara de Deputados outra proposta de instituição do imposto sobre a renda, todavia foi rejeitada. Em 1891, Rui Barbosa era o Ministro da Fazenda, o primeiro do período

¹⁴² NÓBREGA, Cristóvão Barcelos da. História do Imposto de Renda no Brasil, um enfoque da pessoa física (1922-2013). Brasília: Receita Federal: 2014, p. 33.

¹⁴³ NÓBREGA, Cristóvão Barcelos da. História do Imposto de Renda no Brasil, um enfoque da pessoa física (1922-2013). Brasília: Receita Federal: 2014, p. 34.

republicano, e argumentava fortemente pela instituição do IR, porém suas sugestões também foram rechaçadas.

Com o agravamento da crise econômica brasileira, foi se construindo todo um cenário que evidenciava cada vez mais a urgência para a reforma tributária, e conseqüentemente melhora do cenário de déficit orçamentário, muito semelhante ao ocorrido com vários países europeus quando na ocasião da instituição desse imposto.

Houveram outras tentativas na Assembleia Constituinte em 1890, com o ministro Francisco de Paula Rodrigues Alves e com deputados da Comissão do Orçamento em 1896, porém, tais esforços também não lograram êxito.

Na maioria das vezes, imperavam os argumentos da dificuldade que seria instituir tal imposto, tendo em vista a complexidade do maquinário estatal que seria necessário para cobrar imposto. Desse modo, a insegurança seria pelo fato de não se ter certeza se gastaria mais para cobrar do que os valores efetivamente arrecadados. As dimensões continentais do nosso país também era um agravante para defender a instituição do IR.

De outra banda, os defensores da instituição argumentam que inegavelmente o imposto sobre a renda foi bem-sucedido em vários países e, diante da situação financeira do país, revela-se como a solução mais eficiente para melhorar a arrecadação dentro do complexo sistema tributário.

Em 1921, a instituição do Imposto de Renda foi mais vez motivo de discussão na Comissão de Finanças, sob a justificativa de ser o imposto mais justo e, sob a ótica tributária, mais produtivo e com potencial de alavancar as receitas públicas.

No Congresso, porém, mais uma vez era forte a voz dos opositores à ideia, mesmo restando demonstrado que o imposto de renda, nos países onde havia sido instituído, representavam cada vez mais, uma boa parcela da arrecadação tributária.

Naquela época, se buscava a conscientização do campo político no tocante à necessidade urgente de reforma do sistema tributário e aumento nas maneiras de arrecadação. E assim, pouco a pouco, as resistências históricas no Congresso e na sociedade foram quebradas.

Em dezembro de 1922, Antonio Carlos, deputado federal na época, indicou a troca de alguns dos impostos que estavam na lei orçamentária sob o título de imposto de renda por um imposto que recaísse sobre a renda global. Estava chegando o momento da instituição do Imposto de Renda no Brasil.

E assim, depois de inúmeras tentativas infrutíferas, o Imposto de Renda foi instituído no Brasil através do art. 31 da Lei nº 4.625 de 31 de dezembro de 1922.

Durante muitos anos, o imposto sobre a renda brasileiro seguiu o modelo cedular tradicional. Inicialmente, os rendimentos tributáveis eram classificados em quatro categorias ou cédulas, onde posteriormente a Lei orçamentária de 31 de dezembro de 1924 acresceu mais uma.

Em 1988, a Lei 7.713, de 22 de dezembro, introduziu a sistemática de apuração mensal do imposto devido pelas pessoas físicas e eliminou a classificação de rendimentos em cédulas, adotando o assim chamado sistema global de apuração. As alíquotas aplicáveis ao IRPF passaram a ser a partir do ano-calendário de 1989, o imposto de renda para pessoas físicas passou a obedecer ao assim chamado sistema em bases correntes, versão nacional do Pay-As-You-Earn já adotado em outros países.

Esse imposto sobre a renda, consoante disposições constitucionais, é de natureza não vinculada, ou seja, o seu pagamento por parte do contribuinte não está adstrito à uma contraprestação por parte do Estado, diferentemente das taxas. Portanto, consoante o art. 167, IV da Constituição, é vedada a vinculação de receitas de impostos a órgão, fundo ou despesa, ou seja, toda receita advinda de imposto é usada para custear as atividades estatais.

Assim, essas são as linhas gerais do surgimento do imposto de renda no sistema tributário e como são suas principais características.

2. BREVE TRAJETÓRIA DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA ANÁLISE DA TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA

O Constitucionalismo Moderno surgiu para defender a limitação jurídica do poder do Estado em favor da liberdade individual. Esse movimento surgiu

na Modernidade, como maneira de superar o Estado Absolutista, onde os monarcas não estavam sujeitos ao Direito. Emergiu, portanto, a noção de que também os governantes deveriam se submeter a ordenamentos jurídicos providos de estabilidade e racionalidade.

Assim, esse chamado constitucionalismo moderno basicamente se baseia em três ideais: a limitação do poder dos governantes, por meio da separação de poderes; a garantia de direitos individuais, concebidos como direitos negativos oponíveis ao Estado; e a necessidade de legitimação do governo pelo consentimento dos governados, pela via da democracia representativa.

Na nossa história institucional, foram oito Constituições, todavia apesar de grande número de constituições, faltava-nos constitucionalismo. Isso porque a maior parte delas não obteve êxito nas tentativas de limitar de forma eficaz a ação dos governantes em favor dos direitos dos governados.

A República brasileira herdou do império grande parte da estrutura tributária que vigorava até a década de 30. Como a economia da época se resumiu a atividade agrícola, a principal forma de arrecadação do império era a tributação do comércio exterior. Dessa forma, a Constituição de 1891 adotou, praticamente sem modificações, o sistema tributário já existente no final do Império.

A partir de 1924, como já foi explicado no capítulo anterior, foi instituído o imposto sobre a renda. A constituição de 1934 implementou várias alterações importantes no sistema tributário brasileiro, onde os estados foram dotados de competência privativa para instituir os impostos sobre os produtos, e a receitas de impostos passaram a ser repartidas.

Já a constituição de 1937 não trouxe muitas modificações ao sistema já vigente, assim como a constituição de 1946, que demonstrou apenas o interesse em aumentar a dotação dos recursos dos municípios, fato que não ocorreu.

Durante a década de 50, o sistema tributário sinalizava claros sinais de insuficiência, dado ao forte crescimento das despesas com o apoio à industrialização e ao desenvolvimento regional. Assim, para conseguir

responder a essa crise de maneira consistente, uma reforma tributária era tida como prioridade para solucionar o problema orçamentário.

Com a revolução de 1964, essa reforma tributária ganhou força, e assim, um novo sistema tributário foi vagorosamente sendo implementado entre 1964 e 1966, buscando reabilitar as finanças públicas, visando o sonhado equilíbrio orçamentário.

Após concluída a reforma, houve um retrocesso na repartição de competência e os estados e municípios sofreram limitações ao seu poder de tributar. Essa reforma concedeu uma série de incentivos fiscais, que com o tempo passaram a prejudicar sobremaneira a receita pública.

Em meados de 1975, o sistema tributário mais uma vez acusava sinais de esgotamento, os estados e municípios reivindicavam maior autonomia, e a tributação possuía caráter exclusivamente arrecadatário.

Esse foi o cenário que trouxe as condições necessárias à elaboração de uma nova constituição.

A Constituição de 1988 foi a que institui um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar os direitos e garantias fundamentais de uma sociedade pluralista e sem preconceitos, dentre eles a igualdade, a justiça, a liberdade e o bem-estar.

O Sistema tributário criado pela Constituição de 1988 foi resultado de uma intensa participação política e buscou assegurar direitos e garantias fundamentais no âmbito tributário.

Os princípios constitucionais inseridos na Constituição de 1988 de maior relevância para o imposto de renda são aqueles que asseguram o direito a igualdade e justiça. Provenientes desses direitos podemos extrair os princípios da legalidade, da progressividade, da universalidade, da pessoalidade e da capacidade contributiva.

Nesse momento, cabe citarmos Oliveira Júnior:

Submete-se aos princípios tributários gerais – legalidade, anterioridade, irretroatividade, capacidade contributiva – como também a princípios específicos – pessoalidade, generalidade, universalidade e progressividade. Princípio pode ser traduzido como requisito fundamental, norma hierarquicamente superior a qualquer outra norma ou regra. Portanto, ao editar normas

sobre a tributação, deve o legislador fundamentar-se nos princípios, que são superiores às normas.¹⁴⁴

O princípio da legalidade, em síntese, exige que tanto a instituição como a majoração de tributo sejam feitas por lei. Ricardo Oliveira, sobre esse princípio destaca:

O chamado princípio da legalidade, que está elencado no art. 150 como limitação, mas que também consta no art. 5º como uma das garantias ou direitos individuais, devendo desde já ser dito que não há a mínima distinção de fundo entre um e outro desses mandamentos constitucionais, sendo o do art. 5º apenas de ordem geral – seu objeto é o sistema constitucional como um todo, aplicando-se às prescrições normativas sobre qualquer matéria, de qualquer natureza, e a todas as relações entre o Poder Público e os residentes no País –, enquanto que o art. 150 é de ordem particular, dirigido ao subsistema tributário, isto é, às prescrições normativas sobre tributos, e voltado especificamente para as hipóteses de criação e de majoração de tributos.

Aliás, pode-se acrescentar a esta observação a constatação de que esse princípio também é absolutamente o mesmo princípio da legalidade, referido no art. 37 da Constituição para as atividades da administração pública.¹⁴⁵

Já o princípio da igualdade, ou também referido com isonomia tributária, possui estreita relação com os princípios da pessoalidade e em sede de imposto de renda, com os da generalidade, universalidade e progressividade. Merece aqui colacionarmos perfeita síntese de Rui Barbosa.

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios de inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais ou a desiguais com igualdade seria desigualdade flagrante e não igualdade real.¹⁴⁶

O princípio da generalidade exige que, como regra geral, todas as pessoas estejam submetidas ao imposto de renda, enquanto que a

¹⁴⁴ OLIVEIRA JÚNIOR, Dario da Silva. Análise jurídica dos princípios tributários da legalidade, anterioridade e capacidade contributiva. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 50.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 245.

¹⁴⁶ RUI BARBOSA. Oração aos moços. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1949, p. 33-34 apud COELHO,

universalidade se preocupa que todas as manifestações de renda do contribuinte sejam relatadas à autoridade fiscal para serem impostas ao tributo.

Quanto ao princípio da capacidade contributiva, este em especial, possui uma importância muito grande para tornar o imposto de renda um instrumento de efetivação da justiça.

As Constituições Brasileiras de 1891, 1934 e 1937 não consagraram o princípio da capacidade contributiva. Já a Constituição de 1946, inovou e trouxe em art. 202 a seguinte disposição: “Os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”. Foi evidente uma grande modificação considerando suas antecessoras.

A Constituição de 1967 e posteriormente a Emenda nº 01/69, não fizeram menção expressa à capacidade contributiva. Assim, haja vista o período do Golpe Militar, momento onde inúmeros direitos eram cotidianamente violados pelas autoridades, é possível afirmar que no lapso temporal entre 1946 e 1988, não houve proteção legal a esse princípio.

Dessa forma, apenas com a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 145, §1º é que a capacidade contributiva voltou a figurar no texto constitucional brasileiro, afirmando a necessidade da atividade tributária estatal respeitar a capacidade econômica de cada contribuinte.

Com isso, podemos notar que, os princípios constitucionais norteadores da atuação tributário através do imposto de renda, mais especificamente o da igualdade, da pessoalidade, da capacidade contributiva e progressividade convergem para o objetivo de a tributação sobre a renda desempenhar seu papel como instrumento da justiça social.

3. O IMPOSTO DE RENDA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.

Em síntese, a Constituição Federal prevê o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza em seu art. 153, III, onde destaca que sua competência pertence a União Federal.

Como já foi explicitado no capítulo anterior, esse imposto deve atender aos princípios específicos da pessoalidade, universalidade, pessoalidade e progressividade. Quanto mais a tributação sobre a renda respeitar esses princípios, maiores serão as chances desse imposto se tornar um instrumento de efetivação da justiça.

Esse conceito de justiça naturalmente está entrelaçado ao direito a igualdade, proveniente da segunda geração dos direitos fundamentais. Assim, a justiça aflora inicialmente até como um valor da sociedade, mas não demora a tornar-se um princípio geral abalizando todo o ordenamento jurídico de um determinado Estado, sendo, portanto, origem de todos os princípios jurídicos que em dado momento surgiram, incluindo o da capacidade contributiva e o da progressividade.

Merece destaque a advertência de Furtado Longo acerca do Estado Democrático de Direito e a Tributação.

Em um Estado Democrático de Direito, a tributação justa é aquela que onera os contribuintes na medida de suas possibilidades, garantindo a igualdade material tributária, razoável, proporcional, situada na economia, para que o tributo possibilite que o Estado realize o desenvolvimento qualitativo, o qual possibilita extravasar as potencialidades e condições da pessoa humana.¹⁴⁷

Assim, o princípio da capacidade contributiva é basicamente, em matéria tributária, a atuação do princípio da isonomia, que por sua vez, é a concretização do conceito de igualdade.

A capacidade contributiva exerce a análise da capacidade econômica de cada um, ajustando a necessidade de tributação à realidade de cada contribuinte, para que aconteça uma arrecadação correta e coerente para a manutenção do Estado, sendo assim o elemento de efetivação da justiça na seara tributária.

A progressividade torna a aplicação da imposição tributário graduada em vários níveis, proporcionais às capacidades econômicas dos contribuintes

¹⁴⁷ LONGO, 2006, A tributação no Estado Democrático de Direito. In: ENCONTRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, 1. cit., p. 1-13.

por meio da variação das alíquotas, ou seja, para cada agrupamento de renda, será aplicada uma alíquota diferente. Ensina Carrazza que:

Finalmente, por progressividade depreendemos que, quanto maior a base de cálculo do IR (renda líquida auferida ou lucro obtido), tanto maior terá que ser a alíquota aplicável na determinação do quantum debeat. Noutros falares, a legislação deve imprimir às alíquotas aplicáveis ao imposto um desenvolvimento gradual, de sorte que serão percentualmente maiores, quanto maior for sua base de cálculo.¹⁴⁸

Como podemos notar, a aplicação do princípio da igualdade e da capacidade contributiva no imposto sobre a renda, passa pela aplicação direta da progressividade, pois seu fundamento está em tributar cada contribuinte, avaliando suas condições pessoais, e, por conseguinte, impondo uma alíquota proporcional aos seus rendimentos.

Queiroz, M. destaca que:

A progressividade, como forma de aferição da capacidade contributiva, em razão da pessoalidade, é executada por meio da fixação de alíquotas que variam, em ordem crescente, de acordo com o aumento das respectivas bases de cálculo e em decorrência do aumento da capacidade contributiva.¹⁴⁹

No Brasil, atualmente a legislação do Imposto de renda para pessoa física prevê a existência de cinco alíquotas (dentre estas a de 0%), demonstrando ainda uma insatisfatória progressividade.

Base de cálculo (R\$)	Alíquota (%)	Parcela a deduzir do IRPF (R\$)
Até 1.903,98	-	-
De 1.903,99 até 2.826,65	7,5	142,80
De 2.826,66 até 3.751,05	15	354,80
De 3.751,06 até 4.664,68	22,5	636,13

148 CARRAZZA, Roque Antonio. Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 65-68.

149 QUEIROZ, Mary Elbe. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Barueri: Manole, 2004, p. 40.

Acima de 4.664,68

27,5

869,36

Acontece que na de acima de 4.664,68, a progressividade, dessa maneira, apesar de, em tese buscar a concretização de uma tributação justa e coerente com os princípios da igualdade e da capacidade contributiva, não cumpre satisfatoriamente as determinações constantes na Carta Magna.

A prática da progressividade nos moldes atuais com apenas cinco alíquotas (dentre estas a de 0%), transmite a ideia de que hoje, temos apenas cinco perfis de contribuintes para serem tributados pelo IRPF. É inegavelmente um número muito reduzido e pouco variado de alíquotas, para um universo muito grande de contribuintes com diferentes realidades econômicas.

É fácil constatar que, o atual rol de cinco alíquotas é ainda, de longe, insuficiente para abarcar uma grande diversidade de rendimentos percebidos por pessoas físicas dotadas de capacidade econômicas diversas entre si.

E a não observância da progressividade por parte legislação infraconstitucional que regula o imposto de renda para pessoa física, viola frontalmente à igualdade e à pessoalidade, no momento em que incide sobre a renda, por meio de alíquotas praticamente fixas, sobre bases diferentes, não conseguindo, portanto, tributar de maneira isonômica a real capacidade contributiva dos contribuintes.

Assim, como defendem Roque Antônio Carraza e Elizabeth Nazar, a progressividade é a única forma possível para que sejam afastadas as injustiças tributárias e se aproxime da justiça fiscal.

Essa variedade de alíquotas, permitindo assim tributar proporcionalmente um maior contingente de contribuintes, permitirá que o imposto sobre a renda auxilie na redução da desigualdade social, pois não estará retirando valores em excesso de nenhum cidadão e contribuirá fortemente para a concretização da justiça social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, depois de inúmeras tentativas, foi instituído no Brasil em dezembro de 1922. Entende-se que esse imposto pode ser utilizado com instrumento para a concretização da chamada justiça fiscal. Para tanto, sua aplicação deve seguir alguns princípios constitucionais como a progressividade, universalidade, generalidade, legalidade, pessoalidade e a capacidade contributiva.

A combinação de tais princípios a uma imposição tributário correlata, acarretará em uma tributação que respeita a individualidade e a capacidade econômica de cada cidadão, garantindo-lhes o direito a isonomia tributário, derivado do direito à igualdade.

Entretanto, a atual legislação infraconstitucional que forma conjuntura de aplicação do imposto de renda para pessoa jurídica, não se amolda às diretrizes constitucionais citadas, afastando esse tributo da sua função de evitar a desigualdade social. Assim sendo, a igualdade em matéria tributária não está em exercício; em contrapartida, as desigualdades sociais gradativamente se tornam maiores.

Em especial o princípio da progressividade, como vimos, está claramente sendo violado pela sistemática atual, fazendo-se necessário uma remodelação da atual legislação do IRPF, para que de fato, surta os efeitos desejados de uma sociedade livre e igualitária.

Restou evidenciado que, o IRPF por ser um imposto pessoal, pode obter essa justiça social, bastando tão somente aplicar uma tributação que valorize os objetivos fundamentais da República, questão esta não evidenciada na legislação do IRPF vigente.

Desse modo, o sistema tributário atual carece de uma maior progressividade na forma de tributação do imposto sobre a renda, de modo a abarcar um maior universo de contribuintes, com uma carga tributário

equilibrada, e por consequência, torna-se instrumento concreto para a redução de desigualdades e a concretização da justiça.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARRETO, Paulo Ayres. **O imposto sobre a renda: pessoa física, pessoa jurídica e regime de fonte**. In: BARRETO, Aires Ferdinando; BOTTALLO, Eduardo Domingos (Coords.). Curso de iniciação em direito tributário. São Paulo: Dialética, 2004.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. **Tabela progressiva para cálculo anual do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física – a partir do exercício de 2012**. Brasília, DF, 2011a. Não paginado. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Aliquotas/TabProgressiva2012a2015.htm>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LONGO, 2006, **A tributação no Estado Democrático de Direito**. In: **ENCONTRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS. 1.**

NÓBREGA, Cristóvão Barcelos da. **História do Imposto de Renda no Brasil, um enfoque da pessoa física (1922-2013)**. Brasília: Receita Federal: 2014.

OLIVEIRA JÚNIOR, Dario da Silva. **Análise jurídica dos princípios tributários da legalidade, anterioridade e capacidade contributiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do imposto de renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**. Barueri: Manole, 2004.

OS DIREITOS INDÍGENAS NO NEOCONSTITUCIONALISMO ANDINO

Cayo César do Amaral Galvão

Advogado

Mestrando em Direito Pela Faculdade Damas da Instrução Cristã – FADIC

RESUMO: Esta obra possui o intuito de desencadear ideias sobre direitos indígenas e a diversidade cultural no Neoconstitucionalismo Andino no modelo de Estado Pluralista de Direito. Originário de manifestações culturais e pela autonomia dos seus povos, os direitos do povo indígena foram abraçados pelo texto constitucional por países como Equador e Bolívia. As Constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009 reconheceram a participação dos povos originários em suas decisões políticas e na elaboração de seus projetos legislativos. Surgiu na América Latina, precisamente na região dos Andes, o Neoconstitucionalismo Andino responsável por romper com paradigmas quanto aos povos indígenas, à natureza, à vida e aos direitos fundamentais, a fim de construir uma sociedade consciente com o bem-estar do planeta e bem gerações futuras. Portanto, observar-se que mecanismos políticos, graças ao Neoconstitucionalismo Andino, servem para garantir o equilíbrio de uma sociedade e suas diferenças, especialmente no que tange os indígenas.

Palavras-chave: Direitos Indígenas; Neoconstitucionalismo Andino; Diversidade Cultural; Constituição do Equador e Bolívia.

Sumario: introdução; 1. As novas perspectivas das cartas magnas do equador e da bolívia no neoconstitucionalismo andino; 2. A constituição da república do equador de 2008; 2.1 o famoso caso do rio vilacamba; 3. A constituição do estado plurinacional da bolívia de 2009; 4. O neoconstitucionalismo andino e o rompimento de paradigma eurocentrico da natureza; 5. Considerações finais; referencias.

INTRODUÇÃO

Os direitos dos povos indígenas e aborígenes ao redor do mundo não detinham espaço no ordenamento jurídico dos Estados ao redor mundo. Não obstante, por meio dos movimentos sociais indígenas, surgira o

fenômeno Neoconstitucionalismo Andino no Equador e na Bolívia, elevando os seus interesses e seus direitos como escopos constitucionais em suas respectivas Cartas Magnas.

As Constituições pluralistas do Equador de 2008 e da Bolívia 2009, países localizados na região dos Andes, iniciaram a inovação constitucional, por meio da proteção da cultura e da participação de decisões governamentais, motivo pelo qual fora incorporado ao texto constitucional a filosofia de vida e crença religiosa dos povos tradicionais indígenas, quebrando paradigmas herdados de países ocidentais.

Surgiu uma redefinição da visão do nosso mundo materialista, a partir da natureza e suas dimensões. Essa redefinição, incumbida por países de cultura pretérita à época da colonização, proclama uma sociedade sustentável e uma filosofia de vida indígena eticamente recíproca, digna para seus povos andinos e suas gerações futuras.

Por conseguinte, a proposta desse texto é demarcar os direitos dos povos indígenas provenientes do Neoconstitucionalismo Andino, os quais permanecem como um tabu para a sociedade atual, bem como definir a filosofia de vida indígena incorporada no novo direito constitucional, predominante no Equador e Bolívia. Em suma, pretende-se explanar a importância e o conteúdo dos direitos dos povos indígenas no modelo de Estado Plurinacional.

1. AS NOVAS PERSPECTIVAS DAS CARTAS MAGNAS DO EQUADOR E DA BOLÍVIA NO NEOCONSTITUCIONALISMO ANDINO.

Com o fenômeno do Neoconstitucionalismo Andino, proveniente dos povos localizados na região dos Andes da América Latina, surge uma redefinição de conceitos de direitos e de instituições de um Estado. A palavra “*neo*”, que significa novo em grego, surge no constitucionalismo para trazer um novo ordenamento para corrigir os erros conceituais originários da Carta obsoleta.

Dessa forma, as Constituições Pluralistas do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009, guiados movimento do Neoconstitucionalismo Andino, impulsionaram o desenvolvimento de paradigmas de vanguarda no âmbito das novas sociabilidades coletivas dos povos originários, indígenas e afrodescendentes e dos direitos aos bem comuns naturais, como recursos naturais e ecossistemas equilibrados, e culturais¹⁵⁰.

Os movimentos indígenas através de muitas lutas criaram as Constituições da Bolívia e do Equador, motivo pelo qual se tornam Constituições originárias, diferentemente de meras cópias de países que se julgam europeus e adotam modelos similares. Razão esta que ambos os países adquiriram identidades pluriculturais por deterem heterogeneidade étnica em suas populações, especialmente no que tange os povos indígenas.

O Equador deu início através da Constituição da República do Equador de 2008, incorporando a identidade multicultural do seu povo razão pela qual nascia um novo país de acordo com as palavras do presidente da Constituinte, Fernando Cordeiro, vejamos em seu primeiro artigo:

Art. 1 O Equador é um Estado constitucional de direitos e justiça, social, democrático, soberano, independente, unitário, intercultural, plurinacional e secular. ¹⁵¹(grifos nossos)

Surgira um novo Estado capaz de respeitar as crenças de seus povos, razão pela qual estabeleceu uma relação espiritual digna para os povos indígenas, a exemplo do Capítulo Sétimo da Constituição atual, onde determina a natureza, a *Pachamama*, como sujeito de direitos, uma vez que “o direito da natureza de existir, aos quais seus ciclos vitais permitem sustentar a vida, não poderá ser alterado por ataques da espécie humana, junto aos direitos coletivos dos povos indígenas e sua determinação de fortalecer a luta pela

¹⁵⁰ WOLKMER, Antonio Carlos; S. WOLKMER, Maria de Fatima. *Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina*. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 19, n. 3, p. 997, nov. 2014. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6676>>. Acesso em: 18 out. 2016.

¹⁵¹ EQUADOR. *Constitución de la Republica Del Ecuador*. 2008. Disponível em: http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 1 ago. 2016.

defesa dos territórios contra as agressões que violam as atividades extrativistas e desenvolvimentistas”¹⁵².

Desse modo, passara a existir a recente Constituição equatoriana abraçou a consonância entre os interesses, religiões, conhecimentos ancestrais e culturas tradicionais dos indígenas, antes abastadas. Toma-se um novo modelo de Estado o qual respeita apropriadamente os direitos coletivos de uma sociedade mista em sentido amplo, como se pode observar:

Art. 57 [...]

12. Manter, proteger e desenvolver conhecimento coletivo; suas ciências ancestrais, tecnologias e conhecimento; recursos genéticos que contenham diversidade biológica e agrobiodiversidade; seus medicamentos e práticas de medicina tradicional, incluindo o direito de recuperar, promover e proteger locais rituais e sagrados, bem como plantas, animais, minerais e ecossistemas dentro de seus territórios; e conhecimento dos recursos e propriedades da fauna e flora.¹⁵³

Por outro lado, no ano seguinte a promulgação da Carta equatoriana, a Bolívia deu continuidade ao movimento Neoconstitucionalista Andino, aprovando a Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia de 2009. Como o país também detém uma formação composta por diversas tribos indígenas, tornou-se imprescindível adotar um posicionamento constitucional pluricultural para integrar socialmente todas as culturas existentes, como se observa:

Art. 1. Bolívia é constituída como Estado Social Unitário de Direito Plurinacional Comunitário, livre, independente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado e com autonomia.¹⁵⁴

¹⁵² MELO, Mario. Los derechos de la Naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana. En: *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, 60. Quito: Abya Yala, 2009.p.22. Disponível em: <http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/lurisDictio_15/iurisdictio_015_001.pdf>. Acesso em 19 out. 2016.

¹⁵³ EQUADOR. *Constitución de la Republica Del Ecuador*. 2008. Disponível em: http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 1 ago. 2016.

¹⁵⁴ BOLIVIA, *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*. 2009 Disponível em:<<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

De tal modo, aderir esta diversidade cultural com suas próprias características de identidade permitiram relações interculturais com espírito de uma comunidade em sentido pluralista:

Art. 30. II. No âmbito da unidade do estado e de acordo com esta constituição, os povos e nações indígenas originais gozam dos seguintes direitos:

2. À sua identidade cultural, crenças religiosas, espiritualidades, práticas e costumes, e à sua própria cosmovisão.¹⁵⁵

O Neoconstitucionalismo Andino revolucionou o modo como víamos o direito constitucional, pois o sentido Estado Democrático de Direito incorporou o plurinacionalismo e, assim, unificou diversos conceitos de nação dentro de um mesmo Estado. Nesse viés, importante ressaltar:

O Estado Plurinacional condensa as principais propostas do novo constitucionalismo, sendo uma resposta à ideia uniformizadora instituída pelo Estado nacional, em que o Estado e a Constitucional são a representação de uma única nação, um único direito, sem diversidade de interesses, cultura e sem levar em conta a pluralidade existente na composição do povo.¹⁵⁶

Por esse lado, em consequência da incorporação da cultura indígena, comum na América do Sul, no texto constitucional, o novo constitucionalismo reformulou principalmente os conceitos de personalidade jurídica, direitos fundamentais e participação popular.

Portanto, este fenômeno causou rupturas aos paradigmas tradicionais da cultura europeia antropocentrista especialmente no que tange a diversidade cultural.

2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DO EQUADOR DE 2008.

¹⁵⁵ BOLÍVIA, *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*. 2009 Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

¹⁵⁶ ALVES, Marina Vitório. **Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 133-145, ago. 2012. P.142. Disponível em: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/363/289. Acesso em 28 DE FEV DE 2018.

No dia 25 de julho de 2008, através de referendo popular, foi aprovada a revolucionária Constituição do Equador, a qual incorporou a identidade pluricultural do seu povo e deu início ao fenômeno chamado: neoconstitucionalismo andino ou neoconstitucionalismo latino-americano. Nesse dia, Fernando Cordero, presidente da Constituinte, afirmara o nascimento de um novo país, uma nova identidade.

A Constituição equatoriana serviu como um marco para novos estudos constitucionais do século XXI por inserir a *Pachamama* como sujeito de direitos, ou seja, *por seu arrojado* “giro biocêntrico”, admitindo direitos próprios da natureza, direitos ao desenvolvimento do “bem viver” (*buen vivir* ou *sumak kawsay*¹⁵⁷) e o Direito humano à água¹⁵⁸. Por essa razão, iniciou-se uma nova onda para legislações posteriores, especialmente no que tange as relações ambientais.

Voltada para a proteção ao meio ambiente, tradições, identidade cultural e terras indígenas do país, a distinção perante as demais constituições se distingue logo no preâmbulo da Carta colombiana ao celebrar:

Para a natureza, a Pacha Mama, da qual somos parte e que é vital para a nossa existência; INVOQUE o nome de Deus e reconhece nossas diversas formas de religiosidade e espiritualidade; APODIANDO a sabedoria de todas as culturas que nos enriquecem como uma sociedade; COMO HERDEIROS das lutas sociais de libertação contra todas as formas de dominação e colonialismo, e com um profundo empenho no presente e no futuro.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Expressão *quéchua*, a qual “*sumak*” corresponde à plenitude enquanto que “*kawsay*” significa viver, que se trata de viver dignamente.

¹⁵⁸ WOLKMER, Antonio Carlos; S. WOLKMER, Maria de Fatima. *Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina*. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 19, n. 3, p. 997, nov. 2014. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6676>>. Acesso em: 18 out. 2016.

¹⁵⁹ EQUADOR. *Constitución de la Republica Del Ecuador*. 2008. Disponível em: http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 1 ago. 2016.

A *Pachamama* recebe o devido posicionamento através do artigo 10, pois deixa de ser apenas um objeto e passar a ser sujeito de direitos. Neste artigo, retira o predominante entendimento antropocentrista, já que a natureza tornou-se titular de direitos ao lado das pessoas e comunidades pela nova Constituição, vejamos:

Art. 10. Indivíduos, comunidades, povos, nacionalidades e coletivos são titulares e gozarão dos direitos garantidos na Constituição e nos instrumentos internacionais.

A natureza estará sujeita aos direitos reconhecidos pela Constituição.¹⁶⁰

Destarte, a população obteve o direito inexorável a questões ecologicamente adequadas para a vida, motivo pelo qual a preservação e conservação do meio ambiente são deveres da seara pública, conforme o artigo respectivo:

Art. 14. Reconhece o direito da população a viver em um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, o que garante a sustentabilidade e a boa vida, *sumak kawsay*.¹⁶¹

Um ambiente contrabalançado é primordial para garantir a dignidade da *Pachamama* e, conseqüentemente, das pessoas a sua volta. De tal forma, as tecnologias devem atentar para não gerar grandes impactos ambientais, pois:

O Estado promoverá, nos setores públicos e privados, o uso de tecnologias ambientalmente limpas e energias alternativas, não poluentes e de baixo impacto. A soberania energética não será alcançada em detrimento da soberania alimentar, nem afetará o direito à água.¹⁶²

¹⁶⁰ EQUADOR. *Constitución de la Republica Del Ecuador*. 2008. Disponível em: http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 1 ago. 2016.

¹⁶¹ EQUADOR. *Constitución de la Republica Del Ecuador*. 2008. Disponível em: http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 1 ago. 2016.

¹⁶² EQUADOR. *Constitución de la Republica Del Ecuador*. 2008. Disponível em: http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 1 ago. 2016.

Não se impede a busca por avanços tecnológicos ou por caça e pesca, mas a depredação, assim como um bom regulador da vida de todos os que estão na *Pachamama*.

Outrossim, em razão da pluriculturalidade do seu povo, salienta-se a harmonia presente no texto constitucional equatoriano entre as culturas tradicionais indígenas e a *Pachamama*, vez que seus conhecimentos ancestrais, seus recursos genéticos e agrodiversos, sua medicina tradicional e seus rituais estão protegidos, vejamos:

Art. 57[...]12. Manter, proteger e desenvolver conhecimento coletivo; suas ciências ancestrais, tecnologias e conhecimento; recursos genéticos que contenham diversidade biológica e agrobiodiversidade; seus medicamentos e práticas de medicina tradicional, incluindo o direito de recuperar, promover e proteger locais rituais e sagrados, bem como plantas, animais, minerais e ecossistemas dentro de seus territórios; e conhecimento dos recursos e propriedades da fauna e flora.¹⁶³

A natureza (*Pachamama*) perde a sua função utilitarista ainda remanescente nas constituições ocidentais. No artigo 71, enfatiza-se os Direitos da Natureza, já que “a natureza ou *Pachamama*, onde a vida é reproduzida e realizada, tem o direito de ser plenamente respeitada sua existência e manutenção e regeneração de seus ciclos de vida, estrutura, funções e processos evolutivos”.

Portanto, vide o artigo 72, o poder público providenciará medidas restaurativas e eficazes a fim de evitar danos nos casos de impacto ambiental grave ou permanente.

Nesse viés, a Constituição do Equador segue uma política severa em relação aos direitos inerentes a *Pachamama*, visto que, em seu artigo 399 se criou um sistema descentralizado de gestão ambiental com o intuito de fiscalizar a natureza.

¹⁶³ EQUADOR. *Constitución de la Republica Del Ecuador*. 2008. Disponível em: http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 1 ago. 2016.

Afinal, como assevera Zaffaroni¹⁶⁴, a *Pachamama* é a natureza e se ofende quando maltratada por seus filhos. Dessa forma, por meio do artigo 396, nada surpreende o fato desse dispositivo estabelecer a imprescritibilidade das ações direcionadas para o sancionamento por danos ambientais.

2.1 O FAMOSO CASO DO RIO VILACAMBA

Marcante foi o caso do Rio Vilacamba para o estudo de matéria constitucional, processual e de direitos humanos, uma vez que o ocorrido transcendeu os horizontes científicos que estudamos sobre personalidade jurídica.

Entre as cidades de Vilacamba e Quinara, ambas da Província de Loja, o Rio Vilacamba situa-se numa posição privilegiada em razão de ser fonte de abastecimento de água para diversas áreas. Ocorreu que, em 2008, o Governo Provincial de Loja, sem ter realizado estudo de impacto ambiental, começou diversas obras de extensão da via que divide as cidades rereferidas. Para majorar a situação, a empresa pública responsável pela obra desencadeou uma série de danos à natureza e, conseqüentemente, aos habitantes da área, em razão do lixo jogado no Rio Vilacamba. Entre os mais graves danos, os resíduos jogados causaram enchentes as quais ocasionaram desastres ambientais ao redor do rio no ano de 2009¹⁶⁵.

O casal de norte-americanos residentes da área, Richard Frederick Wheeler e Eleanor Geer Huddle, em 2010, entrou com uma ação protetora, representando o Rio Vilacamba, pois “qualquer pessoa, comunidade, cidade ou nacionalidade pode exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza”, contra o Governo Provincial de Loja, manifestando os Direitos da Natureza (artigo 71) da nova Constituição do Equador, tendo em vista os

¹⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires, 2012.p.57.

¹⁶⁵ GLOBAL ALLIANCE. *Celebran el primer caso exitoso de exigibilidad de los Derechos de la Naturaleza en Ecuador*. The Rights of Nature, 2011. Disponível em: <<https://therightsofnature.org/?s=Celebran+el+primer+caso+exitoso+de+exigibilidad+de+los+Derechos+de+la+Naturaleza+en+Ecuador>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

desastres ecológicos causados pela respectiva obra. Dessa forma, o processo de número 11121-2011-0010 ocasionou bastante celebração pela CEDENMA (Comité Ecuatoriano para la Defensa de la Naturaleza y el Medio Ambiente) e pela Fundação Pachamama porque foi o primeiro caso de sucesso no que tange os direitos da entidade Pachamama.¹⁶⁶

Assim, o processo deu-se em favor de Richard e Eleanor, o qual estabeleceu em sua decisão que o Governo Provincial de Loja deveria apresentar um plano de reabilitação das áreas afetadas do Rio Vilacamba, licenças para a construção da estrada, ações corretivas, seguir recomendações do Ministério do Meio Ambiente, pedido público de desculpas pela empresa pública antes de reiniciar a obra, etc. Além disso, o Tribunal de Loja enalteceu a dedicação do casal, que ganhou apenas despesas no decorrer da ação, na proteção da natureza e parabenizou o excelente trabalho do advogado Carlos Eduardo Bravo González encarregado da ação¹⁶⁷.

3. A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO PLURINACIONAL DA BOLÍVIA DE 2009

A Bolívia segue a tendência do Equador. No ano seguinte da constituinte equatoriana, em 2009, aprova-se a Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia que assume também uma identidade pluricultural em razão da heterogeneidade étnica da população, dando, assim, continuidade ao movimento neoconstitucionalista andino.

Pois, bem como escopo de proteger a vida humana, a nova constituição boliviana visa proteger também a *Pachamama*, cuja automina nota-se logo diante do preâmbulo quanto ao posicionamento da identidade do seu povo e “com a força de nossa *Pachamama* e graças a Deus, re-fundamos

¹⁶⁶ GLOBAL ALLIANCE. Celebran el primer caso exitoso de exigibilidad de los Derechos de la Naturaleza en Ecuador. The Rights of Nature, 2011. Disponível em: <<https://therightsofnature.org/?s=Celebran+el+primer+caso+exitoso+de+exigibilidad+de+los+Derechos+de+la+Naturaleza+en+Ecuador>>. Acesso em: 06 jun. 2016

¹⁶⁷ Función Judicial de Loja. Processo nº 11121-2011-0010. Disponível em: <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

a Bolívia”¹⁶⁸. Destarte, surgiu uma nova Bolívia, cuja nova identidade não escapa das tradições indígenas do povo e foge da cultura colonialista antes incrustada.

Nesse viés, diante do capítulo de Direitos Sociais e Econômicos, percebe-se o cuidado com a qualidade de vida, buscando a devida sinergia entre a *Pachamama* e povo ao mencionar no artigo 33 que todas as pessoas “eles têm direito a um ambiente saudável, protegido e equilibrado”. De tal modo, caso aja qualquer afronta a natureza:

Art. 34. Qualquer pessoa, individual ou em nome de uma comunidade, tem o direito de exercer ações legais em defesa do direito ao meio ambiente, sem prejuízo da obrigação das instituições públicas de agir de ofício diante de ataques contra o meio ambiente¹⁶⁹.

É defeso a qualquer um, seja coletivo ou individualmente, ingressar na justiça boliviana em prol da natureza, a qual passou a adquirir personalidade jurídica com a recente constituição, como assevera Zaffaroni¹⁷⁰:

Quanto às suas consequências práticas, permite que qualquer pessoa, de forma ampla, exerça ações de proteção judicial, sem a exigência de ser uma vítima, que é a consequência inevitável do reconhecimento do status legal para sua própria natureza, como para a invocação da *Pachamama* entendida em sua dimensão cultural da Mãe Terra.

Afinal, seguindo a filosofia protetora da natureza do Equador, a nova Constituição boliviana também preza primordialmente pelo equilíbrio do meio-ambiente, uma vez que cabe ao Estado e ao povo aproveitar de maneira racional os recursos naturais, conforme artigo 342. Desse jeito, a harmonia entre a propriedade da terra (coletiva) e individual são garantidas, reconhecidas e protegidas, desde que cumpra sua função social ou socioeconômica.

¹⁶⁸ BOLÍVIA, *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*. 2009 Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

¹⁶⁹ BOLÍVIA, *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*. 2009 Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

¹⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires, 2012.p.52.

Ademais, imperioso destacar a importância da *Ley Marco de La Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien* (BOLÍVIA, 2012), publicada dia 15 de outubro de 2012, cujo escopo contribuiu para perpetuar a visão e fundamentos da *Pachamama (Madre Tierra)* como um bem coletivo de interesse público e essencial para viver bem. Dentre seus artigos 54 artigos, o artigo 4º crava explicitamente a corrente neoconstitucionalista andina ao estabelecer que os direitos atribuídos à *Madre Tierra* a qualificam como um “sujeito coletivo de interesse público”¹⁷¹. Além disso, o artigo 5º merece a devida atenção em razão do seu conteúdo jurídico no que tange a tutela dos direitos da natureza, vez que a *Madre Tierra* é caracterizada como “o sistema dinâmico vivo conformado pela comunidade indivisível de todos os sistemas de vida e seres vivos, inter-relacionados, interdependentes e complementares, que compartilham um destino comum. A Mãe Terra é considerada sagrada; alimenta e é o lar que contém, sustenta e reproduz todos os seres vivos, ecossistemas, biodiversidade, sociedades orgânicas e os indivíduos que a compõem.

4. O NEOCONSTITUCIONALISMO ANDINO E O ROMPIMENTO DE PARADIGMA EUROCENTRICO DA NATUREZA.

O neoconstitucionalismo andino revolucionou o modo como víamos o direito constitucional. Proveniente de reivindicações sociais históricas dos anos 80 na América Latina, o constitucionalismo latino mudou o sentido de um Estado Democrático de Direito ao incorporar o plurinacionalismo e, assim, unificar diversos conceitos de nação dentro de um mesmo Estado. Sobre isso, importante ressaltar o trabalho de Alves¹⁷²:

O Estado plurinacional condensa as principais propostas do novo constitucionalismo, sendo uma resposta à ideia uniformizadora instituída pelo Estado nacional, em que o Estado e a Constituição são a representação de uma única

¹⁷¹ WOLKMER, Antonio Carlos; S. WOLKMER, Maria de Fatima. *Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina*. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 19, n. 3, p. 994-1013, p.1010. nov. 2014. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6676>>. Acesso em: 18 out. 2016.

¹⁷² ALVES, Marina Vitório. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 133-145, ago. 2012.p.142.

Disponível em: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrij/article/viewFile/363/289. Acesso em 28 DE FEV DE 2018.

nação, um único direito, sem diversidade de interesses, cultura e sem levar em conta a pluralidade existente na composição do povo.

Por esse lado, em consequência da incorporação da cultura indígena, comum na América do Sul, no texto constitucional, o novo constitucionalismo reformulou principalmente os conceitos de personalidade jurídica, direitos fundamentais e participação popular. Portanto, este fenômeno causou rupturas aos paradigmas tradicionais da cultura europeia antropocentrista especialmente no que tange os direitos fundamentais e personalidade jurídica.

Com advento das novas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), o reconhecimento dos direitos da *Pachamama* retirou a ideia do homem como centro do universo. Desse modo, tal fenômeno deu fim ao antropocentrismo presente anteriormente e dá lugar ao ecocentrismo, em razão da natureza ter perdido sua função utilitarista, uma vez que a *Pachamama* é uma força maior incondicional à vida humana para os povos indígenas. Desse ponto de vista, sobre este novo constitucionalismo:

O constitucionalismo andino fez o grande salto do ambientalismo para a ecologia profunda, isto é, para um verdadeiro ambientalismo constitucional¹⁷³.

Assim, a *Pachamama* (natureza) tornou-se detentora de direitos e adquiriu personalidade jurídica por manifestação do conhecimento da antiga cultura indígena, motivo pelo qual fora incorporado no novo direito constitucional desses países, rompendo com o constitucionalismo tradicional proveniente da cultura ocidental.

A referida inovação na seara dos direitos fundamentais é indispensável para propagar melhor condição de vida às pessoas, pois a implementação dos direitos da natureza encaixa-se nas palavras precisas do professor Browne uma vez que estabelecer uma interação saudável e rica

¹⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Pachamama y el humano. Buenos Aires, 2012.p.52.

entre homem e meio ambiente e como a preservação desse último representa uma *conditio sine qua non* à própria sobrevivência¹⁷⁴.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi distinguir o fenômeno *Pachamama* e elencar as razões da obtenção de seus direitos a partir das Constituições pluralistas do Equador (2008) e da Bolívia (2009), que ocasionou a revolução de conceitos antigos sobre personalidade jurídica, direitos coletivos e da natureza. Dessa forma, identificou-se que isto ocorreu por meio do reconhecimento dos povos e da cultura indígena, do direito à identidade e à diversidade cultural e do direito à proteção à natureza, motivo pelo qual essa filosofia transcendeu o modo como víamos a natureza, antes num viés utilitarista, mas, agora, detentora de direitos fundamentais, assim como os seres humanos.

Sendo uma divindade predominante das culturas indígenas da região dos Andes, a natureza recebeu espaço nas constituições, uma vez que fora abraçada pelo modelo de Estado plurinacional da Bolívia e do Equador. Assim, constatou-se que a divindade onipresente, a qual representa toda a Terra e seus organismos vivos, passou a deter direitos inerentes a toda existência da natureza, através de legislações específicas e integradas ao texto das respectivas Cartas Magnas.

De tal modo, ocasionou o surgimento do neoconstitucionalismo andino com o intuito de romper paradigmas jurídicos pré-históricos, herdados da cultura europeia. Surgiu, assim, uma nova espécie de constitucionalismo voltada para o movimento social, jurídico e político, capaz de transformar os conceitos habituais de legitimidade, natureza, participação popular e Estado. Para a sobrevivência da raça humana, a humanidade precisa de inovação jurídicas relacionada aos cuidados com a natureza. Destarte, este trabalho mostrou que esse fenômeno jurídico merece assaz atenção e estudo, uma vez que a filosofia constitucionalista andina visa dar autonomia ao ecossistema a fim de angariar ferramentas jurídicas para sua proteção e preservação, que se mostram fundamentais ao futuro das nossas gerações.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marina Vitória. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 133-145, ago. 2012. Disponível

¹⁷⁴ BROWNE, George. Direitos humanos: notas de uma concepção interdisciplinar. In: BRANDÃO, C. Direitos humanos e fundamentais em perspectiva. São Paulo, 2013.p.502.

em: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/363/289.

Acesso em 28 DE FEV DE 2018.

BOLÍVIA. Assembleia Legislativa Plurinacional. Constituição (2012). Lei nº 300, de 15 de outubro de 2012 (Ley Marco de La Madre Tierra y Desarrollo Integral Para Vivir Bien).

BOLIVIA, *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*. 2009 Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Constitucion.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

BROWNE, George. Direitos humanos: notas de uma concepção interdisciplinar. In: BRANDÃO, C. Direitos humanos e fundamentais em perspectiva. São Paulo, 2013.

EQUADOR. *Constitución de la Republica Del Ecuador*. 2008. Disponível em: http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 1 ago. 2016.

GLOBAL ALLIANCE. Celebran el primer caso exitoso de exigibilidad de los Derechos de la Naturaleza en Ecuador. The Rights of Nature, 2011. Disponível em:

<<https://therightsofnature.org/?s=Celebran+el+primer+caso+exitoso+de+exigibilidad+de+los+Derechos+de+la+Naturaleza+en+Ecuador>>. Acesso em: 06 jun. 2016

MELO, Mario. Los derechos de la Naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana. En: *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, 60. Quito: Abya Yala, 2009. Disponível em:

<http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_15/iurisdictio_015_001.pdf>. Acesso em 19 out. 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos; S. WOLKMER, Maria de Fatima. *Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina*. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 19, n. 3, p. 994-1013, nov. 2014. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6676>>. Acesso em: 18 out. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Pachamama y el humano. Buenos Aires, 2012.

OS INSTITUTOS DO ASILO E DO REFÚGIO: UMA NECESSÁRIA REFLEXÃO

Roberto Batista Montefusco Arraes

Advogado

Especialista em Direito Público pela Escola Superior de Magistratura de Pernambuco

Mestrando em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã - FADIC

RESUMO: Este artigo trata dos institutos do asilo e do refúgio sob uma perspectiva de que são espécies de um mesmo gênero que tem como fundamento humanitário a proteção dos indivíduos em situação de busca de abrigo fora do seu lugar de origem. Como ponto de partida faz-se breves comentários acerca das origens históricas do instituto do asilo (*lato sensu*), gênero que determina o surgimento de diversas espécies asilo (*stricto sensu*) com suas respectivas especificidades e abrangências. É dado especial destaque as espécies do asilo político e do refúgio, que consolidam hoje as principais medidas protetivas dos indivíduos em situação de risco. A comunidade internacional atenta à necessidade de medidas efetivas que consolidem os ideais contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos que afirmam o princípio de que os seres humanos, sem distinção, devem gozar dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, e ao caráter humanitário do problema dos refugiados, vem consolidando no Direito Internacional convenções que ampliem e atendam as emergentes necessidades específicas. Nesse contexto, dirimem-se as eventuais dúvidas conceituais contidas na interpretação dos textos legais e na doutrina, com a proposta de um gênero aberto de asilo onde se desenvolvem as diversas espécies.

Palavras-Chave: Asilo; Asilo político; Refugiados; Refúgio; Convenção de 1951; Direitos Humanos.

SUMÁRIO: Introdução – 1. O asilo e seu fundamento humanitário. – 2. O asilo político. – 3. O refúgio e as definições do direito internacional. – 4. Especificidades dos institutos do asilo e do refúgio. – 5. Considerações finais. – Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo estudar as características e a aplicação dos institutos do asilo e do refúgio, examinando as normas contidas no direito internacional, com ênfase numa correta definição de refugiado que deve incluir também sua diferenciação do conceito de asilado. Argumenta-se que sob o manto de um direito de asilo *lato sensu* nascem as diversas espécies que são aplicadas pelo direito internacional. Procura-se destacar uma correta definição dos institutos, haja vista que essa formulação nem sempre é feita de forma precisa. Essa imprecisão, longe de ser apenas uma discussão doutrinária, habita também a jurisprudência dos tribunais internacionais, a exemplo do ocorrido no famoso caso *Haya de la Torre* [Colômbia vs. Peru].

O caso *Haya de la Torre* é paradigmático, por ter sido o primeiro levado a julgamento na Corte Internacional de Justiça. Trata-se de caso envolvendo o líder político peruano *Victor Raul Haya de la Torre*, membro da Aliança Popular Revolucionária Americana [APRA], que em outubro de 1948, após uma tentativa de golpe de Estado, se abrigou na embaixada da Colômbia em Lima, visando escapar da perseguição efetuada pelo Governo peruano. Considerando que se tratava de crime político, o embaixador colombiano concedeu-lhe asilo em 03 de janeiro de 1949, solicitando, logo em seguida, salvo-conduto para transferi-lo para a Colômbia. O governo peruano repudiou a qualificação unilateral da Colômbia, argumentando que *Haya de la Torre* seria um criminoso comum. Em função desse impasse, os dois países acordaram em submeter o caso à Corte Internacional de Justiça.

Em novembro de 1950 a Corte decidiu que não competiria à Colômbia a caracterização unilateral de um crime político, e que o Peru não estaria obrigado a conceder salvo-conduto para a saída de *Haya de la Torre* do país. Por outro lado, rejeitou a alegação de que *Haya de la Torre* não teria direito a asilo, salientando que o crime que poderia ser imputado a ele seria o de rebelião militar, não podendo, portanto, ser considerado um criminoso comum.

Entendeu ainda, que não se configurava um caso de urgência, de modo que o asilo não poderia ser concedido sob a Convenção de Havana.

Embora não tenha reconhecido a validade do asilo concedido, a Corte não esclareceu o que deveria ser feito com *Haya de la Torre*. Como o governo colombiano se negava a entregá-lo às autoridades peruanas, o caso foi novamente levado à Corte para que fosse indicado o modo de execução da sentença proferida. Em sentença de 13 de junho de 1951 a Corte rejeitou o pedido, alegando não ser de sua competência. A situação resultante era simplesmente paradoxal: a Colômbia não era obrigada a entregar *Haya de la Torre* às autoridades peruanas, mas deveria encerrar o asilo diplomático, o que, pela Convenção de Havana, só poderia ser feito com a concessão de um salvo-conduto pelo Peru, ato considerado pela Corte como sendo discricionário do Estado territorial. A sentença era inexecutável, tendo a Corte utilizado sem qualquer distinção referências a asilo/asilado e refúgio/refugiado. Se houve uma intenção deliberada, esta só serviu para demonstrar a necessidade de melhor definição dos institutos jurídicos.

O caso perdurou sem solução, tendo *Haya de la Torre* permanecido na embaixada colombiana em Lima por cinco anos. Em 1954, por força de acordo entre os dois Estados, foi entregue simbolicamente às autoridades peruanas, tendo em seguida cassada sua cidadania, e saído imediatamente do país.

Haya de la Torre seguiu para o México, onde passou a residir.

A busca de abrigo em outros territórios é algo presente na história desde a Antiguidade. Essa ação extrema pode ser motivada pela busca de melhores condições socioeconômicas, ou por fatores internos decorrentes, por exemplo, de conflitos bélicos, perseguições políticas ou desastres naturais. Para o primeiro tipo, o deslocamento é livre e voluntário; já o segundo resulta de uma necessidade natural de autopreservação.

Dentro das normas do Direito Internacional a proteção dada a indivíduos e a grupos está respaldada nos institutos do asilo e do refúgio, que guardam semelhanças, mas que têm abrangências distintas. Como será visto, apesar de compartilharem diversos aspectos, os dois institutos possuem características

próprias que os distinguem e consolidam até os dias de hoje os instrumentos normativos internacionais voltados à proteção dos refugiados e asilados.

Inicialmente busca-se na origem do direito de asilo o seu fundamento humanitário que estará presente na geração de todas as suas espécies. Em seguida, são apresentadas as características básicas do instituto do asilo político, espécie que ainda hoje é importante como medida protetiva.

Em continuidade, é exposto o instituto do refúgio, o qual vem dando respaldo na comunidade internacional às medidas efetivas de proteção dos indivíduos em deslocamento forçado. Expõe-se acerca da evolução do instituto que tem cada vez mais ampliado sua natureza universal e protetiva em face da grande problemática advinda dos refugiados.

A descrição das características próprias de cada instituto, suas abrangências, pontos de convergência e de diferenciação serão também abordadas, consolidando a ideia de organização em gênero e espécies dos institutos apresentados, esclarecendo pontos duvidosos, e permitindo compreender os mecanismos de aplicação dos institutos do direito internacional.

1. O ASILO E SEU FUNDAMENTO HUMANITÁRIO

TESEU: Quem poderia desprezar a benevolência de um tal homem, que participou, em todo o tempo, de nosso lar hospitaleiro? Demais, vindo pedir proteção às deusas, oferece não pequena paga a esse país e a mim. Por isso, penetrado de devoção para com ele, não só não repudiarei, o seu favor, mas acolhê-lo-ei aqui com direitos de cidadão.

*Édipo em Colono – (SÓFOCLES)*¹⁷⁵

O direito de asilo remonta a antiguidade. Encontra-se regras bem definidas sobre sua aplicação desde o Egito, Grécia Antiga, Roma e entre os judeus, e outros povos antigos. De um modo geral o asilo era ligado à noção de hospitalidade, um direito sagrado.

¹⁷⁵ SÓFOCLES. *Édipo em colono*. São Paulo: Martin Claret, 2006. p.68.

A identificação do étimo da palavra asilo traz luz o seu fundamento histórico. Por vezes esse conteúdo inicial se transforma no tempo, o que não impede a identificação de sua “alma” indelével. Recorre-se ao dicionário Houaiss da língua portuguesa que define asilo como substantivo masculino que significa proteção, amparo, segurança, e que tem em sua etimologia a palavra em latim *asylum*, no sentido de qualquer lugar inviolável, refúgio, que por sua vez vem do grego *ásullon*, que significa sítio ou local inviolável. Interessante observar que este sentido original não remete aos motivos que levam à concessão do asilo, ou seja, sua essência imutável visa à proteção dos indivíduos em situação de busca de abrigo e proteção fora do seu lugar de origem.

O caráter religioso marcou a concessão do asilo com o advento do cristianismo. Os templos tornaram-se locais sagrados de proteção contra perseguições. O asilo parece ter se desenvolvido em virtude do grande número de guerras religiosas. Esse entendimento prevaleceu até o século XVIII, sempre excluindo o criminoso político, uma vez que a origem divina do poder dos soberanos determinava que qualquer atentado a esse poder deveria ser punido.

Foi a Revolução Francesa, com seus ideais de liberdade e garantia de direitos individuais, que reviu esta regra, passando a admitir o asilo para os criminosos políticos e a extradição dos criminosos comuns. A Constituição francesa de 1793 preconizava em seu artigo 120 que a França dará asilo aos estrangeiros banidos de sua pátria por causa de liberdade – recusado a tiranos¹⁷⁶ (livre tradução do autor).

Nos dias atuais tem-se como ponto de partida a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – DUDH, instrumento máximo do Direito Internacional para a garantia e defesa da dignidade e integridade do ser humano. O direito de asilo está consagrado em seu artigo 14 que assim estabelece: “Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e

¹⁷⁶ Article 120. - Il donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. - Il le refuse aux tyrans. CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Constitution du 24 juin 1793**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-5084.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

de gozar **asilo** em outros países”¹⁷⁷, desde que não seja caso de crimes de direito comum ou atos contrários aos princípios das Nações Unidas.

Pode-se afirmar que a definição contida na declaração guarda fiel aderência ao direito de asilo em suas funções históricas. Não faria sentido fazer uma interpretação restritiva do conteúdo da declaração eivada de sua finalidade universal. Percebe-se, portanto, que a Declaração faz alusão a um gênero, um direito de asilo *lato sensu*, dentro do qual estão contidas diversas espécies, *stricto sensu* aderentes às respectivas especificidades. Serve esse direito de base jurídica para as diversas modalidades modernas de proteção às pessoas perseguidas, tanto por meio do asilo *stricto sensu*, quanto do refúgio.

Expostas essas breves considerações, passa-se a examinar o instituto do asilo político.

2. O ASILO POLÍTICO

O conceito jurídico de asilo político na América Latina tem origem no Tratado de Direito Penal Internacional de Montevideu de 1889 firmado entre os governos da Argentina, Bolívia, Paraguai, Peru e Uruguai. Destaca-se, o artigo 16 ao preconizar que o “asilo é inviolável para os perseguidos por delitos políticos”¹⁷⁸. (livre tradução do autor).

Inúmeras outras convenções ocorreram no continente versando sobre o asilo, tais como: a Convenção sobre Asilo assinada na VI Conferência Pan-americana de Havana de 1928¹⁷⁹; modificada pela VII Conferência internacional americana de Montevideu de 1933¹⁸⁰; Tratado sobre Asilo e

¹⁷⁷ DUDH. 2016. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

¹⁷⁸ Art. 16 **El asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos**, pero la Nación de refugio tiene el deber de impedir que los asilados realicen en su territorio actos que pongan en peligro la paz pública de la Nación contra la cual han delinquido (**grifos do autor**). OEA, 2017. **Tratado sobre derecho penal internacional monteideo 1889**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Tratado_sobre_Derecho_Penal_Internacional_Montevideo_1889.Pdf>. Acesso em: 01 fev. 2017.

¹⁷⁹ BRASIL, 2017a. Câmara dos deputados. **Decreto nº 18.956**, de 22 de outubro de 1929. VI Conferência Pan-americana de Havana. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18956-22-outubro-1929-549004-publicacaooriginal-64267-pe.html>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

¹⁸⁰ BRASIL, 2017b. Câmara dos deputados. **Decreto nº 1.570**, de 13 de abril de 1937. VII Conferência internacional americana. Disponível em:

Refúgio Político de Montevideu de 1939¹⁸¹, dentre outras. Ressalta-se que os Estados Unidos da América nunca reconheceram, nem subscreveram a doutrina do asilo político como parte do direito internacional. O asilo político é, portanto, um instituto característico da América Latina, que se consolidou em função de costumes regionais baseados na ideia que representaria uma contrapartida à instabilidade política, e subsequente cerceamento das garantias individuais, reinante no passado recente da região.

Na 10ª Conferência Interamericana de 1954, realizada em Caracas, duas convenções ampliaram as garantias relativas ao instituto do asilo político, especificando o conceito do asilo territorial¹⁸² e do asilo diplomático¹⁸³. Dessa forma, passa o asilo político a se apresentar nas conhecidas espécies: asilo territorial, quando o solicitante se encontra fisicamente no âmbito territorial do Estado ao qual solicita proteção; e asilo diplomático, concedido em extensões do território do Estado solicitado, em geral na sede das missões diplomáticas, ou ainda em navios e aviões da bandeira do Estado.

O asilo diplomático é o instituto voltado à proteção de indivíduos perseguidos por razões políticas, sendo essa proteção precária, uma vez que tem como fundamento a inviolabilidade da missão diplomática, e necessita para a sua completude, da concessão de salvo conduto pelo Estado solicitado para que o asilado possa ser conduzido para fora do país e receber a proteção definitiva.

Apesar de ser instituto característico da América Latina, o Asilo político, seja territorial ou diplomático, é esporadicamente aplicado em outros países¹⁸⁴.

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-1570-13-abril-1937-464789-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

¹⁸¹ ACNUR, 2017a. **Tratado sobre asilo y refugio político montevideo 1939**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0608>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

¹⁸² BRASIL, 2017c. Presidência da república. **Decreto nº 55.929**, de 19 de abril de 1965. X Conferência interamericana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d55929.htm>. Acesso em: 13 abr. 2017.

¹⁸³ BRASIL, 2017d. Câmara dos deputados. **Decreto nº 42.628**, de 13 de novembro de 1957. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-42628-13-novembro-1957-381360-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

¹⁸⁴ Vide recente caso Assange (Equador versus Reino Unido) amplamente divulgado na mídia.

Nesse sentido, Mello¹⁸⁵ defende que o instituto, de fundamento humanitário, somente alcançará sua plenitude quando for reconhecido como um direito do indivíduo e um dever do Estado.

O caráter inerentemente político do crime supostamente cometido pelo solicitante de asilo, perseguido por haver discordado no campo político, permite afirmar que a concessão de asilo a essas pessoas é um meio de concretizar a proteção dos indivíduos contida no fundamento humanitário do instituto.

Características gerais do asilo político:

- a) Instituto predominantemente utilizado na América Latina;
- b) A perseguição é individual e efetiva;
- c) Direcionado aos crimes políticos;
- d) Apresenta-se na forma de asilo territorial ou asilo diplomático;
- e) Medida protetiva de caráter humanitário.

Ressalta-se ainda que o asilo político é exercício de um ato soberano do Estado solicitado, que tem como dever apenas a comunicação ao Estado de origem do solicitante de asilo.

Importa ainda a definição contida no glossário do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR, Agência da ONU para Refugiados¹⁸⁶ (UNHCR), por sua relevância:

Asilados: Pessoas que entram na jurisdição territorial de um estado em busca de proteção, porque eles se consideram perseguidos em outro território, devido às suas opiniões políticas ou filiação ou por atos que possam ser considerados como crimes políticos. O termo "Asilados" (asilados) é mais comum no contexto da América Latina e deve ser usado com moderação. Em caso de dúvida, deve ser dada preferência ao termo "Refugiados", possivelmente combinado com um fundamento específico para a perseguição.

¹⁸⁵ MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.p.1053.

¹⁸⁶ UNHCR, 2017. **The International Thesaurus of Refugee Terminology**. Disponível em: <<http://www.refugeethesaurus.org/content.php/home?expand=2>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

A leitura atenta da supracitada definição, contida em glossário referencial, remete ao que se define como asilo político, e sua distinção do instituto do refúgio.

Segundo Rezek¹⁸⁷, em total concordância com a definição do ACNUR, o asilo político é concedido pelo Estado ao estrangeiro perseguido por motivos de dissidência política, delitos de opinião ou outros crimes não relacionados ao direito penal comum.

Para Piovesan¹⁸⁸, da perseguição contida na DUDH decorre o direito fundamental de buscar asilo em outros países. Para a doutrinadora, a perseguição nada mais é do que uma violação dos direitos humanos.

De outra forma dispõe Mello¹⁸⁹, considerando que o asilo se apresenta de duas formas:

- 1) o asilo territorial, também conhecido como externo ou internacional, sendo este consagrado no citado artigo 14 da DUDH;
- 2) o asilo diplomático, ou interno, ou político, ou intranacional, ou extraterritorial.

O Ministério da Justiça e Segurança Pública brasileiro - MJSP considera que o asilo pode ser de dois tipos: diplomático, quando o requerente está em país estrangeiro e solicita asilo à embaixada brasileira, ou territorial, quando o requerente está em território nacional¹⁹⁰. Se concedido, o requerente estará ao abrigo do Estado brasileiro, com as garantias devidas. No caso do asilo, as garantias são dadas apenas após a concessão. Antes disso, a pessoa que estiver em território nacional estará em situação de ilegalidade.

Expostas as considerações basilares acerca do asilo político concentra-se a reflexão na análise do instituto do refúgio.

¹⁸⁷ REZEK, J.f. **Direito internacional público**: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p.214.

¹⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.249.

¹⁸⁹ MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.p.1051.

¹⁹⁰ MJSP. **Entenda as diferenças entre refúgio e asilo**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/entenda-as-diferencas-entre-refugio-e-asilo>>. Acesso em: 01 fev. 2017a.

3. O REFÚGIO E AS DEFINIÇÕES DO DIREITO INTERNACIONAL

Os campos de concentração podem ser classificados em três tipos correspondentes às três concepções ocidentais básicas de uma vida após a morte: o Limbo, o Purgatório e o Inferno. Ao Limbo correspondem aquelas formas relativamente benignas, que já foram populares mesmo em países não-totalitários, destinadas a afastar da sociedade todo tipo de **elementos indesejáveis — os refugiados**, os apátridas, os marginais e os desempregados —; os campos de pessoas deslocadas, por exemplo, que continuaram a existir mesmo depois da guerra, nada mais são do que campos para os que se tornaram supérfluos e importunos. Arendt (**grifos do autor**).¹⁹¹

O instituto do refúgio tem seu fundamento no direito de asilo. Contudo, desenvolveu-se de forma a atender suas especificidades.

A efetiva proteção aos refugiados pela comunidade internacional somente surgiu com o fim da 1ª Guerra Mundial, quando o mundo viu-se diante de movimentos massivos relacionados, principalmente, com a Revolução Russa e o desmembramento do Império Otomano. Naquela época, a comunidade internacional teve que enfrentar o problema de definir a condição jurídica dos refugiados, organizar o assentamento ou repatriação em vários países, e realizar atividades de socorro. Com a 2ª Guerra Mundial, o problema dos refugiados tomou proporções jamais vistas, com o deslocamento de milhões de pessoas por diversas partes do mundo.

Nesta perspectiva, a recém-criada Organização das Nações Unidas – ONU, 1945, estabelece em 10 de dezembro de 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos DUDH, com o objetivo de unificar as diversas perspectivas e propósitos de proteção dos direitos dos homens.

A DUDH estabelece em seu artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns com os outros com espírito de fraternidade”. Reconhece ainda o direito de asilo em seu artigo 14, §1º: “Todo ser humano,

¹⁹¹ ARENDT, Hannah; tradução Roberto Raposo. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.p.591.

vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar de asilo em outros países”.¹⁹²

Nesses termos, existe uma relação clara entre a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 – Convenção de 1951, e o artigo 14 da DUDH que estabelece o direito de toda pessoa, vítima de perseguição, buscar asilo em outros países.

Percebe-se ainda que a semelhança dos institutos é constatada através da leitura atenta do §4º do preâmbulo da Convenção de 51 que assim dispõe:

Considerando que da concessão do **direito de asilo** podem resultar encargos excepcionalmente pesados para alguns países e que a solução satisfatória dos problemas cujo alcance e natureza internacionais a Organização das Nações Unidas reconheceu, não pode, portanto, ser obtida sem cooperação internacional **(grifos do autor)**.¹⁹³

A regra contida em norma internacional que disciplina o Instituto do refúgio menciona o direito de asilo, invocando, assim, esse como base para aquele.

A Convenção de 1951, peça central da proteção internacional de refugiados, foi originalmente concebida para abranger as pessoas que fugiram de acontecimentos ocorridos antes de 01 de janeiro de 1951 dentro da Europa. Posteriormente, o Protocolo adicional de 1967 removeu os limites geográficos e temporais contidos na Convenção, dando-lhe uma cobertura universal.

A Convenção de 1951 estabelece em seu artigo 1º, que o refugiado é alguém:

Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e **temendo** ser **perseguida** por motivos de **raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas**, se encontra **fora** do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se

¹⁹² O §2º do artigo 14 dispõe que: “Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas”. Percebe-se que o artigo dá ênfase ao direito de procurar asilo, deixando tênue a obrigação dos estados em concedê-lo. DUDH. 2016. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

¹⁹³ ANCNU, 2018. **Convenção relativa ao estatuto dos refugiados (1951)**. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados>. Acesso em: 27 fev.2018.

encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. **(grifos do autor)**.¹⁹⁴

Conforme citado anteriormente, o protocolo de Nova York de 31 de janeiro de 1967, relativo à Convenção de 1951, removeu as limitações temporais e geográficas desse conceito, com a finalidade de incluir refugiados de todas as regiões do mundo¹⁹⁵.

De volta ao glossário do ACNUR encontramos no teor de sua definição de refugiados uma conexão direta com o conteúdo da Convenção de 1951: “Os refugiados que atendem aos critérios de art.1 do CSR51”¹⁹⁶.

Além da convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, tem grande importância a Convenção da Organização da Unidade Africana - OUA realizada em 1969 que reconhecendo a Convenção de 1951/ Protocolo de 1967, como instrumento fundamental e universal relativo ao estatuto dos refugiados, acrescenta ao conceito a extensão de proteção às necessidades específicas do continente africano. Esta Convenção traz uma definição de refugiado estendida numa segunda parte nos seguintes termos:

2 - O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma **agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública** numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade¹⁹⁷ **(grifos do autor)**.

¹⁹⁴ ANCNU, 2018. **Convenção relativa ao estatuto dos refugiados (1951)**. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados>. Acesso em: 27 fev.2018.

¹⁹⁵ ACNUR, 2017a. **Tratado sobre asilo y refugio politico montevideo 1939**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0608>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

¹⁹⁶ UNHCR, 2017. **The International Thesaurus of Refugee Terminology**. Disponível em: <<http://www.refugeethesaurus.org/content.php/home?expand=2>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

¹⁹⁷ OUA. **Convenção da organização da unidade africana**. Disponível em: <<http://www.estatutorefugiado.org/Home/Lei/8>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

Ressalta-se ainda, por sua relevância, a Declaração de Cartagena de 1984 que também expandiu o conceito incluindo aquelas pessoas que fugiram de seus países porque sua **vida, segurança ou liberdade** foram ameaçadas pela **violência generalizada**, pela **agressão estrangeira**, pelos **conflitos internos**, pela **violação maciça dos direitos humanos**, ou por outras **circunstâncias que haja perturbado gravemente a ordem pública**¹⁹⁸ (grifos do autor).

Esta definição extensiva deve ser interpretada de forma complementar a definição clássica contida na Convenção de 1951 e Protocolo de 1967, e é fruto da realidade atual da comunidade internacional que busca solucionar a grave questão humanitária dos refugiados.

A própria Convenção de 1951 ao considerar que a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirmaram o princípio de que os seres humanos, sem distinção, devem gozar dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, e que os Estados, reconhecendo o caráter social e humanitário do problema dos refugiados, façam tudo o que esteja ao seu alcance para evitar que esse problema se torne causa de tensão entre os Estados, parte da premissa de que a busca de proteção internacional não pode está limitada por um grupo *numerus clausus* de definições.

O termo refugiado, numa interpretação extensiva com o respaldo legal de instrumentos do direito internacional, pode então ser aplicado a qualquer pessoa que **temendo ser perseguida** por motivos de **raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas**, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. Aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma **agressão, ocupação externa, dominação estrangeira** ou a **acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública** numa parte ou na totalidade do seu

¹⁹⁸ ACNUR. 2017b. **Declaração de Cartagena**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugueses/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf> . Acesso em: 23 jan. 2017.

país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade. Aplica-se ainda, as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua **vida, segurança ou liberdade** tenham sido ameaçadas pela **violência generalizada**, pela **agressão estrangeira**, pelos **conflitos internos**, pela **violação maciça dos direitos humanos** ou por outras **circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (grifos do autor).**

Presente alguma uma ou mais das características acima destacadas estar-se-á diante de condições que podem levar a concessão do refúgio. É evidente que, como exposto anteriormente, essa não é uma relação fechada, sendo que a abertura para novas situações, definições e modalidades de refugiados visa possibilitar a proteção de grupos específicos.

Como exemplo verifica-se a crescente preocupação com o tratamento jurídico a ser dado no âmbito internacional para os chamados refugiados ambientais.

Para o Ministério da Justiça e Segurança Pública brasileiro, em adesão parcial ao conceito, define que: “O refúgio é uma proteção legal que o Brasil oferece a cidadãos de outros países que estejam sofrendo **perseguição** por motivos de **raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas**, ou ainda, que estejam sujeitos, em seu país, a **grave e generalizada violação de direitos humanos**” ¹⁹⁹(grifos do autor). Enquanto tramita um processo de refúgio, pedidos de expulsão ou extradição ficam em suspensos.

Características gerais do refúgio:

- a) Instituto respaldado no Direito Internacional;
- b) A perseguição e a necessidade de proteção atingem a um número elevado de pessoas, e têm aspecto mais generalizado, no qual é suficiente o fundado temor;
- c) Fundamentado em uma lista aberta de motivos;

¹⁹⁹ MJSP. **Refúgio**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-atendimento/estrangeiros/refugio>>. Acesso em: 12 jan. 2017b.

d) Medida protetiva de caráter humanitário.

Ressalta-se que os documentos convencionais do Direito Internacional apresentam em partes diversas, e de forma indistinta, que ao indivíduo enquadrado na condição de refugiado será concedido refúgio ou asilo. Esta sinonímia também promove diversas interpretações na doutrina.

4. ESPECIFICIDADES DOS INSTITUTOS DO ASILO E DO REFÚGIO

A partir do que foi exposto, pode-se identificar que existe uma convergência na origem de fundamento humanitário dos institutos jurídicos do asilo [*stricto sensu*] e do refúgio, e diferenças que são evidenciadas em função das especificidades da cada um. Essas especificidades estão presentes, por exemplo, no fato de que o primeiro constitui exercício de um ato soberano do Estado, sendo medida de caráter político. Já o refúgio, sendo um instituto de caráter universal, aplica-se de maneira apolítica, visando à proteção de pessoas qualificadas nas convenções do direito internacional.

De fato, o asilo [*stricto sensu*] normalmente é empregado em casos de perseguição política individualizada. Na prática o asilo decorre de casos individuais, nos quais o indivíduo é vítima de perseguição por motivos de opinião ou de oposição política. Quando a dissidência política acarreta perseguição e temor efetivos, procura-se um país em busca de proteção.

Já o refúgio é aplicado nos casos em que a necessidade de proteção atinge a um número elevado de pessoas, e o temor tem aspecto mais generalizado, advindo de perseguições por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, ou devido a ocupação externa, dominação estrangeira, acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública, ou ainda porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

O asilo configura uma relação do indivíduo perseguido com o Estado que o acolhe. Já o refúgio decorre de graves circunstâncias presentes em determinado país ou região, gerando uma grande massa de indivíduos que têm seus direitos humanos ameaçados, sendo, portanto, objeto de grande interesse da comunidade internacional.

Cabe destacar semelhanças entre os institutos do asilo [*stricto sensu*] e do refúgio:

- 1) Não há obrigatoriedade do Estado em conceder asilo [*stricto sensu*] ou refúgio, pois não constituem direito do indivíduo;
- 2) São concessões do Estado no exercício do seu poder soberano;
- 3) São institutos que, em regra, não permitem a devolução – *non-refoulement*, do asilado/refugiado;
- 4) Ambos não estão submetidos à necessidade de reciprocidade, protegendo indivíduos de qualquer nacionalidade.

A principal semelhança, todavia, reside no fato de que são institutos que têm como fundamento o caráter humanitário de fornecimento de abrigo seguro a indivíduos em busca de proteção.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo que foi exposto, pode-se afirmar, enfim, que o direito de asilo [*lato sensu*], gênero, deve ser considerado como fundamento humanitário voltado à proteção dos indivíduos em situação de busca de abrigo fora do seu lugar de origem.

Dele, em função de especificidades, surgem suas diversas espécies de asilo [*stricto sensu*]: o asilo da antiguidade, o asilo religioso, o asilo até o século XVIII, o asilo da Revolução Francesa, o asilo político de tradição latino-americana, o refúgio da CSR51, o refúgio da CSR51/Protocolo de 67, o refúgio extensivo e o refúgio ambiental, entre outros que surgirão à medida que se aperfeiçoem as medidas protetivas.

De forma esquematizada apresenta-se a visão contida nesse artigo da seguinte forma:

1 Gênero: Direito de asilo [*latu sensu*].

Espécies:

- 1.1 Asilo na Antiguidade (Asilo *stricto sensu* ligado à noção de hospitalidade, um direito sagrado que incluía, com exceções, os criminosos comuns);
- 1.2 Asilo Religioso (Asilo *stricto sensu* voltado à proteção da cristandade);
- 1.3 Asilo até o sec. XVIII (Asilo *stricto sensu* limitado pela origem divina dos soberanos, excluindo os crimes políticos);
- 1.4 Asilo na Revolução Francesa (Asilo *stricto sensu* fortemente marcado pela proteção das liberdades individuais. Proteção dos crimes políticos e exclusão dos crimes comuns);
- 1.5 Asilo Político (Asilo *stricto sensu* predominantemente utilizado na América Latina)
 - 1.5.1 Asilo Territorial
 - 1.5.2 Asilo Diplomático
- 1.6 Refúgio
 - 1.6.1 Refúgio CSR51 (Instrumento pensado para os massivos deslocamentos ocorridos após as duas grandes guerras mundiais);
 - 1.6.2 Refúgio CRS51/Protocolo de 67 (Instrumento clássico para qualificação de refugiados);
 - 1.6.3 Refúgio extensivo (utilizado para os atuais deslocamentos massivos)
 - 1.6.4 Refúgio Ambiental (em construção na comunidade internacional)
 - 1.6.5 Outras tipologias

Além do fundamento humanitário voltado a proteção dos indivíduos em situação de busca de abrigo fora do seu lugar de origem, o que cada vez mais une cada um desses institutos é a consolidação dos princípios de direitos humanos voltados à solidariedade.

A falta de solidariedade nas relações humanas provoca a intolerância e contribui para a insegurança e desigualdade no mundo. As diferenças de raça, credo, nacionalidade, grupo social ou opinião política se tornam razões para perseguições e faz com que milhões de pessoas tenham de deixar seus locais de origem em busca de proteção à vida e à liberdade, que jamais deveriam estar ameaçadas.

A crise migratória atual é evidência de que ainda não se conseguiu resolver de forma adequada a questão. O fenômeno não tem origem, etnia, religião ou situação social. Perfeita a colocação de Douzinas (2009, p.370) ao afirmar que: “o refugiado está dentro de nós”, e confrontá-lo é levantar a possibilidade de que nós somos todos refugiados, pois graves violações de direitos humanos, guerras, perseguições políticas, raciais, religiosas, ou acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública, surgem em qualquer lugar do mundo.

REFERÊNCIAS

ACNUR, 2017a. ***Tratado sobre asilo y refugio politico monteideo 1939***. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0608>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

_____, 2017b. **Declaração de Cartagena**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf> . Acesso em: 23 jan. 2017.

ANCNUR, 2018. **Convenção relativa ao estatuto dos refugiados (1951)**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portu>

gues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados. > Acesso em: 27 fev.2018.

ARENDT, Hannah; tradução Roberto Raposo. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BRASIL, 2017a. Câmara dos deputados. **Decreto nº 18.956**, de 22 de outubro de 1929. VI Conferência Pan-americana de Havana. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18956-22-outubro-1929-549004-publicacaooriginal-64267-pe.html>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

BRASIL, 2017b. Câmara dos deputados. **Decreto nº 1.570**, de 13 de abril de 1937. VII Conferência internacional americana. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-1570-13-abril-1937-464789-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

BRASIL, 2017c. Presidência da república. **Decreto nº 55.929**, de 19 de abril de 1965. X Conferência interamericana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d55929.htm>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL, 2017d. Câmara dos deputados. **Decreto nº 42.628**, de 13 de novembro de 1957. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-42628-13-novembro-1957-381360-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Constituion du 24 juin 1793**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-5084.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

DUDH. 2016. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Direito internacional público**: tratados e convenções. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MJSP. **Entenda as diferenças entre refúgio e asilo**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/entenda-as-diferencas-entre-refugio-e-asilo>>. Acesso em: 01 fev. 2017a.

MJSP. **Refúgio**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-atendimento/estrangeiros/refugio>>. Acesso em: 12 jan. 2017b.

OEA, 2017. ***Tratado sobre derecho penal internacional monteideo 1889***. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Tratado_sobre_Derecho_Penal_Internacional_Monteideo_1889.Pdf>. Acesso em: 01 fev. 2017.

OUA. **Convenção da organização da unidade africana**. Disponível em: <<http://www.estatutorefugiado.org/Home/Lei/8>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REZEK, J.f. **Direito internacional público: curso elementar**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SÓFOCLES. **Édipo em colono**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

UNHCR, 2017. ***The International Thesaurus of Refugee Terminology***. Disponível em: <<http://www.refugeethesaurus.org/content.php/home?expand=2>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

ABORDAGENS AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Adriana de Oliveira Nóbrega

Mestranda em História do Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã – FADIC.

RESUMO: A aplicação do princípio da insignificância no Brasil e a forma como vem sendo admitida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), além de fazer uma análise crítica da compreensão majoritária que se formou em torno desse princípio. A proteção ao bem jurídico é essencial na formulação do princípio da insignificância e como objetivo do Direito Penal. O princípio da insignificância conduz à atipicidade material em caso de insignificância absoluta do ato. Por outro lado, em caso de fato relativamente insignificante, o princípio da proporcionalidade pode afastar, circunstancialmente, a sanção cominada pela lei incriminadora.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da insignificância; Bem jurídico; Irrelevância penal do fato.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. ESPÉCIES DE INFRAÇÃO INSIGNIFICANTE 2.1 INSIGNIFICÂNCIA ABSOLUTA 2.2 INSIGNIFICÂNCIA RELATIVA 3. DIFERENÇAS ENTRE DELITOS ABSOLUTAMENTE E RELATIVAMENTE INSIGNIFICANTES 4. PRINCÍPIO DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO 5. DISTINÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO 6. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE *VERSUS* DESPROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO 7. JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE E DE TIPICIDADE NO STF 8. JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE E CONTUMÁCIA DELITIVA 9. CONCLUSÃO 10. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Análise acerca do princípio da insignificância penal, que se mostra relevante devido à imprevisibilidade na sua aplicação e pela coexistência incompreensível de decisões diversas para situações análogas. O problema consiste na sua confusa aplicação de princípios, não distinguindo o princípio da

insignificância de outros princípios limitadores do poder de punir, e na ausência de critérios claros para sua aplicação.

A questão também é controvertida na doutrina, razão pela qual se trará também a visão de penalistas com seus posicionamentos sobre o assunto. A dogmática jurídica em geral não prevê claros parâmetros de referência para aplicação do princípio da insignificância, o que tem ocasionado inúmeras decisões contraditórias e imprevisíveis sobre o mesmo assunto, ocasionando um quadro de dúvidas e incertezas no que tange à sua aplicação na seara penal. O sistema de aplicação de normas deve ser coerente e atento aos regramentos básicos que permitam uma mínima previsibilidade.

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu alguns requisitos para a utilização do princípio da insignificância que vem sendo observados, em alguns casos, pelos demais tribunais: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. A ausência de requisitos mais claros para sua fixação tem ocasionado que o reconhecimento da insignificância ocorra de forma indevida, mitigando a isonomia e a segurança jurídica.

O princípio opera como limitador da tipicidade na esfera penal, que é um elemento completamente objetivo do tipo penal, tornando alguns fatos puníveis atípicos, retirando sua dimensão material, embora ainda sejamos surpreendidos com a aplicação de critérios subjetivos nos julgamentos na esfera penal, tendo em vista que qualquer outra forma de valoração não pode ser feita nesse elemento do crime.

O princípio da insignificância tem deixado de ser aplicado muitas vezes em virtude da personalidade do réu, do seu modo de agir, de seus antecedentes criminais, tudo o que não se relaciona ao fato praticado, pois é feita uma confusão entre o fato praticado e a personalidade do agente, deixando de afastar a tipicidade pela forma como o autor pratica sua conduta, afastada da técnica dogmática.

Ponto fundamental na presente discussão é o fato de deixar de reconhecer o princípio da insignificância em razão de critérios subjetivos. Ao

adotar essa posição, a jurisprudência abarca o direito penal do autor. No lugar de julgar o ato cometido pelo indivíduo, julga o próprio indivíduo pelo que ele é. O julgado seria a personalidade do autor do delito e não o ato praticado. Dentro desta concepção não se condena tanto o delito, mas quem o pratica.

Dada a relevância e a atualidade do tema, o estudo parte de conceitos básicos, do desenvolvimento do princípio da insignificância e por último discorre e analisa a jurisprudência do STF para contribuir com o debate em torno de critérios que possam ser utilizados para caracterizar a insignificância da lesão do bem jurídico penal e como consequência a atipicidade da conduta, pois uma breve análise da jurisprudência sobre o tema revela a falta de consenso sobre a matéria.

Diante dessas constatações, busca-se aqui uma nova forma de se compreender a insignificância, bem como o aprofundamento do debate a respeito do tema.

2. ESPÉCIES DE INFRAÇÃO INSIGNIFICANTE

Antes de se propor outra forma de aplicação do princípio a insignificância, convém distinguir duas espécies de delito de bagatela.

A divisão da insignificância em absoluta e relativa não se confunde com o conceito de delito de bagatela próprio e impróprio.

Os delitos de bagatela próprios seriam aqueles delitos leves que gerariam um resultado insignificante, enquanto que os delitos de bagatela impróprios concretamente gerariam resultados mínimos, devendo-se considerar a intensidade da lesão ao bem jurídico tutelado.²⁰⁰

2.1 Insignificância absoluta

O delito absolutamente insignificante pode ser definido como aquele em que não há relevância penal da conduta. A conduta dessa espécie não possui

200 CINTRA, Adjair de Andrade. Aplicabilidade do Princípio da insignificância aos Crimes que Tutelam Bens Jurídicos Difusos. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011, p. 91.

efeitos penais, pois falta-lhe o desvalor da ação ou o desvalor do resultado, ou ambos.

A insignificância absoluta seria aquela que sequer afeta o bem jurídico penalmente tutelado, por apresentar uma ofensividade muito reduzida, necessitando a conduta de tipicidade material, sendo afastada do âmbito do ordenamento jurídico.

Diante da fragmentariedade e da subsidiaidade do Direito Penal, se não há reprovação de um comportamento, não há que se cogitar da existência de um ilícito penal, tomando-se como parâmetro o bem jurídico tutelado pela norma.

2.2 Insignificância relativa

Os delitos relativamente insignificantes, por outro lado, caracterizam-se pelo efetivo desvalor da conduta, do resultado ou de ambos. Nos casos em que há insignificância relativa, o fato é socialmente lesivo ou reprovável. Contudo, em relação à diminuta expressividade da lesão ou da ameaça da lesão provocada, pode-se falar em delito de bagatela.

A insignificância relativa, por sua vez, seria aquela que poderia excluir a culpabilidade nos casos das condutas que não chegam a ter excluída a tipicidade formal e material, pois apresentam uma lesão ao bem jurídico. É considerada relativamente insignificante tomando por base o resultado causado em relação a um determinado bem jurídico concretamente considerado.

Considerando o fato atípico de um delito que gera um resultado insignificante e não existindo lesão ao bem jurídico, não pode o julgador utilizar-se de conteúdos específicos dos outros dois elementos estruturais do conceito de crime, antijuridicidade e culpabilidade, pois não estaria seguindo a ordenação sistemática e o caráter sequencial da teoria do delito.²⁰¹

3. DIFERENÇAS ENTRE DELITOS ABSOLUTAMENTE E RELATIVAMENTE INSIGNIFICANTES

²⁰¹ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. **A Objetividade do Princípio da Insignificância**, p. 6. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/129-109-Dezembro-2001. Acesso em 26/05/2017.

Quanto aos delitos absolutamente insignificantes, inexistente a tipicidade material. Sendo irrelevante quantas vezes o autor pratica a conduta formalmente típica, mesmo que o agente atue em concurso com outras pessoas, pois não ocorre qualquer lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

Em casos dessa espécie, a tipicidade material pode ser descartada, incidindo o princípio da insignificância como excludente de tipicidade. A ausência de valoração negativa pelo Direito Penal da ação e/ou do resultado afasta o aspecto material da tipicidade da conduta que não é sequer minimamente lesiva.

Não cabem, nos casos de insignificância absoluta, quaisquer considerações quanto aos elementos circunstanciais. Aspectos como a reincidência, o concurso de agentes ou mesmo o valor do bem não tornam o delito relevante, pois a sua lesividade é inexistente. Portanto não há uma afronta ao bem jurídico tutelado, ainda que corresponda à descrição típica formal. Trata-se da insignificância absoluta.

Diversa é a conclusão com relação ao delito relativamente insignificante que, com alguma frequência, chega ao conhecimento dos julgadores. Quando se está diante da insignificância relativa, há o desvalor da ação ou do resultado, ou de ambos.

Contudo, é a imposição da pena que se mostra desproporcional. O comportamento do autor do delito é lesivo e foi esse tipo de comportamento que o legislador quis evitar ao elaborar a norma incriminadora, tomando como base a proteção do bem jurídico.

4. PRINCÍPIO DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO

O princípio da irrelevância penal do fato pretende a não aplicação da sanção penal para um determinado grupo de delitos.

Ao analisar a situação, o julgador concluiria que a culpabilidade, os

antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como o comportamento da vítima considerado em conjunto, levariam à pena zero.

Contudo, concluir que o juiz poderia chegar à pena zero ao examinar os requisitos elencados na legislação acerca do *quantum* de culpa do agente contrariaria o princípio da legalidade, pois o julgador se mostraria alheio ao fato de que a lei sempre fixa uma pena mínima a ser imposta quando mínima seja a culpabilidade. O preceito secundário da norma não pode ser simplesmente afastado pela constatação de que os aspectos elencados no art. 59 do Código Penal são pouco expressivos no caso concreto da lesão ou do perigo gerado.

A desproporcionalidade da sanção criminal não pode ser afastada com base nas regras da legislação infraconstitucional.

5. DISTINÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO

Há uma corrente jurisprudencial que traça uma sutil distinção entre o princípio da insignificância e o da irrelevância penal do fato.

Tal posicionamento entende que tais princípios seriam espécies do gênero delito bagatela, embora não ocupem a mesma posição no relevo do fato punível.²⁰²

Na jurisprudência do STF, embora já tenha sido feita distinção entre as duas “subespécies” de delitos bagatelares, encontramos uma oscilação entre uma e outra no reconhecimento do delito de bagatela, na atipicidade ou na desnecessidade da pena.

A esse respeito, cabe considerar que o Superior Tribunal de Justiça vem analisando várias situações que podem ou não caracterizar a ocorrência de crime de bagatela, levando em conta aspectos relacionados com a natureza do delito, o valor do bem jurídico ou até mesmo os antecedentes do réu.²⁰³

²⁰² PAIVA, Rangel Martino de Oliveira. Princípio da insignificância e atipicidade penal.

²⁰³ MORAES, Voltaire de Lima. Reflexões sobre o crime de bagatela. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 37, n. 1, p. 14, jan./jun. 2011.

O julgador, ao analisar uma conduta sob a ótica do princípio da insignificância, e chegando à conclusão de que o ato praticado está abarcado pelas características objetivas deste princípio, vai considerar o fato como atípico pois o princípio incide como excludente da tipicidade do delito. Considerando o fato atípico, não pode o julgador utilizar-se de conteúdos específicos dos outros dois elementos estruturais da teoria do delito (antijuridicidade e culpabilidade), pois não estaria obedecendo à ordenação sistemática, ao caráter sequencial do sistema, à própria ordem estrutural do método analítico e do conceito, à lógica da anteposição e da subordinação, subvertendo, assim, todo o esforço garantístico da construção da teoria geral do delito, implicando na insegurança jurídica.²⁰⁴

6. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE *VERSUS* DESPROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO

A fixação da pena zero pela aplicação do art. 59/CP nos casos de insignificância relativa não é possível, pois o Código Penal não admite essa interpretação. A desproporcionalidade da pena para delitos dessa espécie não poderia levar ao afastamento circunstancial da sanção por meio da própria lei.

Também não parece adequado afirmar que não há tipicidade nessas situações, pois há lesividade da conduta em face ao bem jurídico protegido. O comportamento nasce relevante, apesar de gerar consequências pouco expressivas.

Em verdade, nessas situações, o juízo de tipicidade é realizado pelo intérprete. Há um juízo de pequena reprovabilidade, insuficiente para justificar uma grande intervenção estatal por meio da sanção penal. É, desta forma, impreciso dizer que não há tipicidade nesses casos.

O Direito Penal só deve limitar-se a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes.²⁰⁵

204 PAIVA, Rangel Martino de Oliveira. Princípio da insignificância e atipicidade penal, Revista Jurídica da FAMINAS – V. 3, N.1, Jan.-Jul. de 2007, p.105-106.

205 MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Julio César Faira Editor. Montevideo-Buenos Aires. 2001, p.124.

Diversamente, a teoria da pena se ocupa da função do Direito Penal dentro da sociedade, das formas de punição, das finalidades da sanção e das formas de individualizá-la e quantificá-la.

Desse modo, a verificação de que qualquer pena, por menor que seja, é desproporcional ao mal causado pelo agente diz respeito à aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito da teoria da pena, e não à aplicação do princípio da insignificância, que não permite que se levem em consideração aspectos atinentes à vida pretérita do acusado.

Dessa forma, a conclusão pela exclusão da tipicidade material em qualquer caso de insignificância se mostra frágil. O juízo de tipicidade material diz respeito à verificação da existência de lesividade no caso concreto, e não à quantificação dessa lesividade. Assim, diante do delito relativamente insignificante, não se deve questionar da pouca ou muita lesividade do comportamento para efeitos de constatação de atipicidade material do fato. Deve-se indagar a pouca ou muita lesividade para o afastamento ou para a aplicação da pena.

O juízo de proporcionalidade da pena não diz respeito à tipicidade em seu aspecto material, mas sim à proibição de excesso que incide nos casos em que a imposição de sanção criminal se mostra inadequada à consecução dos fins visados pela lei.

A atipicidade da conduta não seria excluída quando se tratasse de delito relativamente insignificante, mas quando se realizasse juízo de proporcionalidade entre a sanção e a reprovabilidade da conduta, capaz de solucionar satisfatoriamente a dificuldade do STF em fundamentar as decisões em torno da insignificância, pois torna possível que o juiz considere circunstâncias típicas ao busca a pena justa e necessária à reprovação e à prevenção, sem que isso implique em considerar outros aspectos do tipo dentro do juízo objetivo de tipicidade. A aferição da proporcionalidade da sanção não se confunde com a utilização do princípio da insignificância como mero corretivo político criminal, pois o emprego de corretivos necessita de raciocínio jurídico, o que não acontece com o princípio da proporcionalidade.

7. JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE E DE TIPICIDADE NO STF

Nos casos concretos, a indistinção entre o que se aplica na teoria do delito e o que incide na teoria da pena parece estar na base do questionamento jurisprudencial a respeito da insignificância e dos pressupostos objetivos de aplicação. Neles, há circunstâncias relativas à tipicidade que se mostram relevantes para fins de reprovação e de imposição da pena.

O reconhecimento da diferença entre a insignificância absoluta e a relativa e das peculiaridades de cada uma é necessário para se afastar a tipicidade através do princípio da insignificância em cada caso. Destarte, quando o caso é de insignificância relativa, não é do princípio da insignificância propriamente dito que se trata, mas, mais precisamente, do princípio da proporcionalidade.

O STF vem tratando a atipicidade como desproporcionalidade da sanção, o que revela uma ausência de percepção de diferenciação entre os delitos absolutamente e relativamente insignificantes.

8. JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE E CONTUMÁCIA DELITIVA

Interessante ressaltar que as decisões nos casos em que há contumácia delitiva poderiam ter outra fundamentação por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito da teoria da pena. Nos casos de contumácia delitiva serviriam para ilustrar descompassos entre os próprios julgados do STF a respeito da insignificância pela quantidade de acórdãos sobre a matéria, que indica a frequência com que a situação é submetida ao exame do Judiciário.

Como exemplo, temos dois casos envolvendo o princípio da insignificância foram julgados pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. No primeiro caso, o *Habeas Corpus* nº 135404, em que o bem tutelado era o meio ambiente, os ministros negaram, por unanimidade, a

aplicação do princípio. No outro caso, *Habeas Corpus* nº 137290, que envolveu a tentativa de furto de dois frascos de desodorante e cinco frascos de gomas de mascar, a Turma, por maioria de votos, deferiu o pedido.

No caso do HC nº 135404²⁰⁶, um pescador foi denunciado no Paraná por ter, durante o período de defeso e com apetrechos proibidos, pescado 25 quilos de peixe. O réu foi condenado à pena de um ano de detenção pela prática do crime previsto no artigo 34 da Lei de Crimes Ambientais, substituída por prestação de serviços à comunidade. A Defensoria Pública pedia a concessão da ordem buscando a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que a quantidade de peixes apreendidos não seria capaz de violar o bem jurídico penalmente tutelado.

O relator, ministro Ricardo Lewandowski, justificou que, neste caso, o bem atingido não é uma empresa, mas o meio ambiente. Nos autos foi demonstrada a existência de reiteração delitiva. Por se tratar de um bem altamente significativo para a humanidade – meio ambiente –, o relator afirmou que, na hipótese, o princípio da insignificância não se aplica. A decisão, nesse caso, foi unânime.

Enquanto que no HC nº 137290²⁰⁷, uma mulher foi denunciada pela prática do crime de furto tentado por tentar subtrair de um estabelecimento comercial dois frascos de desodorante e cinco frascos de goma de mascar.

A insignificância foi requerida em virtude da inexpressividade do valor dos bens que se tentou furtar e foram restituídos ao estabelecimento comercial.

Ao votar pelo indeferimento do HC, o ministro relator Ricardo Lewandowski lembrou que a jurisprudência do Supremo exige que, para aplicação do princípio da insignificância, se analise se o acusado não é

206 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 135404. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=335447>. Acesso em 01/05/2017.

207 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 137290. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=335447>. Acesso em 01/05/2017.

reincidente ou contumaz e que não se trate de furto qualificado. “A conduta em si mesma, delito tentado de pequeno valor, se reveste de insignificância, mas o contexto revela que a acusada, no caso, é pessoa que está habituada ao crime”, afirmou, votando pelo indeferimento do *Habeas Corpus*.

O ministro Edson Fachin acompanhou o relator, por entender que a reiteração criminosa está demonstrada exaustivamente nos autos. Ao abrir a divergência e votar pelo deferimento do HC, o ministro Dias Toffoli observou que, nesse tipo de conduta, em que há vigilância, inexiste tipicidade, porque a agente poderia ser abordada dentro do supermercado e cobrada.²⁰⁸

Na maioria dos casos ocorre, no máximo, insignificância relativa, pois há gravidade, reprovabilidade e lesividade do fato, o que já é amplamente reconhecido pelo STF.

Entretanto, as justificativas apresentadas são contestáveis do ponto de vista da precisão, pois se limitam a dizer que o Poder Judiciário não pode pactuar com as sucessivas reiterações de conduta delitiva, sem indicar uma motivação jurídica nem o raciocínio que está por traz do afastamento do princípio da insignificância.

A diferença entre delitos absolutamente e relativamente insignificantes, bem como entre as consequências penais por eles gerados é bastante apropriada quando se discute, num mesmo caso concreto, insignificância e reincidência. Quando o juiz percebe que a reincidência tem relevância no seu processo de convencimento, ainda que se trate de pequeno delito, deve afastar a discussão do eixo da insignificância da teoria do delito e levá-la ao campo do princípio da proporcionalidade na teoria da pena.

A solução proposta parece capaz de conciliar os sentidos de justiça e equidade e produzir decisões que contem com fundamentação um pouco mais consistente, menos heterogênea e capaz de privilegiar a segurança jurídica e a sistematicidade do Direito.

A insignificância absoluta dispensa quaisquer considerações acerca da verificação da lesividade verificada. O fato, por si só, não é delituoso, pois não

208 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=335447>. Acesso em 01/05/2017.

está presente qualquer ameaça ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora. Independente das circunstâncias pessoais de quem pratica o fato ou de quem é por ele atingido, pois não há lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado.

Quando há insignificância relativa, existe desvalor de ação, de resultado ou de ambos. Mesmo que a lesão provocada não justifique a imposição de uma pena criminal, há afronta ao bem jurídico que se quer resguardar.

Essas observações conduzem à conclusão de que o princípio da insignificância como causa atipificante pode ter um âmbito de incidência muito mais restrito do que o que lhe vem sendo dedicado.

Num país como o Brasil, em que a jurisprudência desse princípio tem relação íntima e inegável com questões de política criminal, especialmente no que tange às condições do sistema carcerário, da justiça penal e da função de prevenção geral do Direito Penal, não distinguir a inexistência de tipicidade material da desproporcionalidade da sanção resulta em uma forma de injustiça da punição pela inexistência de fato típico. Por menor que seja a relevância da lesão ou do perigo, capaz até de conduzir o julgador ao afastamento da sanção através da aplicação do princípio da proporcionalidade, continua havendo fato típico.

Assim, é necessário que se diferencie a insignificância absoluta da insignificância relativa para efeito de exclusão do fato típico ou de exclusão da sanção.

No primeiro caso, exclui-se, de fato, a tipicidade material da conduta e sequer se cogita do ilícito penal. No segundo, diante da desproporção que se geraria pela imposição de qualquer sanção pelo julgador ao aplicar pena, não afasta a tipicidade e nem a antijuridicidade do comportamento.

Nesse último caso, a decisão que aplica o princípio da proporcionalidade pode vir a servir como elemento de valoração negativa para casos futuros em que o mesmo agente venha a cometer outro pequeno ilícito, caracterizando-se a contumácia delitiva. Sequer haveria violação ao princípio da inocência, pois a decisão que deixa de aplicar sanção não negaria a existência de ilícito penal praticado pelo acusado.

Considerando-se a existência dessas duas situações, seria possível justificar a imposição de sanção no caso de réu que faça da pequena criminalidade o seu modo de vida. Esse não deve receber o mesmo tratamento daquele que pratica isoladamente uma conduta delitiva isolada. Nessas hipóteses, o que há é verdadeira insignificância relativa a qual, conforme se constate a contumácia delitiva do agente, leva ao aumento da valoração negativa atribuída às ocorrências futuras, deixando de aplicar o princípio da proporcionalidade para fins de excluir a sanção.

Diante das considerações expostas, entende-se que é necessário primeiro indagar se há lesividade do bem jurídico no fato praticado. Presente a lesividade, mesmo mínima, deve o juiz afastar o princípio da insignificância propriamente dita no que diz respeito à infração absolutamente insignificante e verificar se é ou não o caso de se aplicar o princípio da proporcionalidade para excluir a injustiça da pena no caso concreto.

9. CONCLUSÃO

O princípio da insignificância, apesar de não estar positivado na legislação brasileira, à exceção do Direito Penal militar, é um princípio de interpretação da lei, que vem ganhando espaço na prática penal. Sua aplicação vem se difundindo e não é mais possível negar sua relevância.

Apesar dos benefícios da aplicabilidade do princípio, que privilegia a justiça em detrimento do formalismo exacerbado, é preciso tomar cuidado para que a sua aplicação desordenada não coloque em risco a segurança jurídica e a isonomia esperada do Direito Penal.

A posição em relação ao princípio da insignificância como causa excludente de tipicidade em qualquer hipótese em que se verifica uma infração de bagatela é contestável, pois nem toda infração de bagatela mostra-se isenta de lesividade, gravidade e reprovabilidade do fato face ao bem jurídico protegido.

Distinguir a insignificância absoluta da insignificância relativa, bem como as consequências a que cada uma conduz, pode aumentar o potencial

de convencimento dos julgadores e privilegiar a coerência do Direito Penal. De fato, a infração absolutamente insignificante conduz à atipicidade da conduta e por outro lado, a infração relativamente insignificante deveria levar o intérprete a concluir pela desproporcionalidade da sanção.

As decisões do STF indicam que há uma incongruência em considerar no exame de tipicidade elementos a respeito do grau de reprovabilidade do comportamento, impossibilitando isentar de pena quem pratica, reiteradamente, pequenos delitos que não teriam repercussão penal. Contudo, ainda não está esclarecido em que circunstâncias fatos concretos de pouca relevância podem levar à atipicidade da conduta ou à inaplicabilidade da sanção.

Neste contexto, permanece a necessidade de se aprofundar o debate sobre essas questões, com o objetivo de superar as fragilidades conceituais apontadas neste trabalho. Nesse sentido, a distinção entre juízo de atipicidade e juízo de desproporcionalidade da pena apresenta-se como interessante abordagem dos desafios enfrentados na adoção do princípio da insignificância.

A jurisprudência não costuma distinguir crime de bagatela, onde é cabível o princípio da insignificância, de outras situações quando considera a irrelevância penal do fato. Ora leva em conta o valor do bem jurídico lesado, ora despreza-o para levar em consideração a atividade desempenhada pelo agente e em outra ocasião afasta a incidência do princípio por ser o réu reincidente.

A caracterização de um crime como de bagatela tem se mostrado altamente controvertida, notadamente em relação aos critérios que devem nortear o seu acolhimento ou não. Para a caracterização de um crime como de bagatela, importa reconhecer que não há tipicidade material, não obstante presente a tipicidade formal.

A jurisprudência, notadamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, fixou critérios genéricos a serem observados para que um crime seja considerado como de bagatela, que acabou gerando insegurança jurídica.

Determinado que o fato é penalmente irrelevante, pouco importa a personalidade do réu, inclusive porque, no momento da tipicidade, o Direito

Penal é um direito do fato e não do autor, sendo indevida qualquer análise da personalidade do acusado.

Enquanto o legislador não se definir com clareza sobre se deveria adotar o princípio da insignificância ou o da irrelevância penal do fato, a jurisprudência continuará oscilando ora num, ora noutro sentido, ou confundindo os princípios.

E nossa realidade mostra que ainda existe um longo caminho a trilhar. A lei deveria valer para todos, contudo vivemos em um país onde o debate sobre o princípio da insignificância continua atual e urgente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 135404. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=335447>. Acesso em 01/05/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 137290. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=335447>. Acesso em 01/05/2017.

CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do Princípio da insignificância aos Crimes que Tutelam Bens Jurídicos Difusos**. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011, p. 91.

MORAES, Voltaire de Lima. **Reflexões sobre o crime de bagatela**. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 37, n. 1, p. 14, jan./jun. 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Julio César Faura Editor. Montevideo-Buenos Aires. 2001, p.124.

PAIVA, Rangel Martino de Oliveira. **Princípio da insignificância e atipicidade penal**, Revista Jurídica da FAMINAS – V. 3, N.1, Jan.-Jul. de 2007, p.105-106.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. **A Objetividade do Princípio da Insignificância**, p. 6. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/129-109-Dezembro-2001. Acesso em 26/05/2017.

A LEGÍTIMA DEFESA NA SISTEMÁTICA DA TEORIA TRIPARTIDA DE DELITO

Regilane Bezerra Barros Pereira

Orientadora Educacional da UNITER. Licenciada em
Historia pela FACHUSC
Bacharel em Administração de Empresas pela
Universidade de Pernambuco – UPE
Bacharel em Direito pela FACESF
Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damas da
Instrução Cristã.

Resumo: Considerando que o nosso Ordenamento Jurídico admite a legítima defesa como causa de excludente de ilicitude à luz da teoria analítica do crime, à proposta do estudo será uma análise discursiva sobre os seus fundamentos a luz da sistemática teoria tripartidária do delito em análise paralela do funcionalismo de Roxin e a proteção de bens jurídicos. Na seara penal como não há consenso doutrinário no que se refere ao conceito analítico de crime, o estudo propõe averiguar a corrente majoritária defendida por penalistas de renome mundial.

Palavras chaves: Teoria tripartida. Legítima defesa. Delito

Sumário: 1 introdução; 2. A legítima defesa na sistemática da teoria tripartida de delito; 3. a legítima defesa e o funcionalismo de roxin; 4. fundamentos da legítima defesa; 5. proteção de bens jurídicos; conclusão; referências

INTRODUÇÃO

O instituto da legítima defesa tem sua origem na própria História do Homem, isto porque o instinto de preservação da vida, por exemplo, antecede a todo e qualquer codificação penal. O propósito do estudo é investigar a construção dogmática do objeto da concepção jurídica de moderação defensiva, desde a evolução até o reconhecimento do Direito da Legítima Defesa propriamente dito na legislação contemporânea.

Com efeito, o propósito do estudo é investigar a construção Histórica do dogmática da legítima e do objeto da concepção da teoria tripartida do delito e os pontos de interseção defendido por Roxin desde a sua evolução até o reconhecimento do direito da legítima defesa propriamente dito na legislação contemporânea através de uma breve exposição da construção e evolução Histórica do instituto da Legítima Defesa e seus fundamentos legais desde os primórdios do Direito Penal, dentro da concepção e abordagem do Direito Romano, o Direito Germânico, o Direito Canônico, o Direito Medieval até o

Direito Contemporâneo; analisados a partir dos seus conceitos, extensão, avanços e retrocessos na sua construção dogmática.

Quando o legislador estabeleceu no artigo 25 do Código Penal Brasileiro os requisitos da reação em Legítima Defesa, procedeu de forma genérica, sem estabelecer o conteúdo material dela, no caso, quais são os critérios materiais para definir o uso moderado dos meios.

Dessa forma, coube à doutrina, primordialmente, criar tais critérios. Apesar de muitos esforços dogmáticos, ainda pairam dúvidas quanto à aferição do uso moderado quando confrontado com casos reais. Parece-nos que ainda é imprescindível um estudo mais aprofundado do tema para tornar mais clara e precisa a sua definição.

Todavia, o instituto é reconhecido desde os primórdios como Direito primário, inerente ao ser humano; o estudo justifica-se ainda especialmente dada sua relevância no universo jurídico e na sociedade como um todo, por estar sempre viva e intensa a discussão acerca de sua fundamentação e por estarem entre os institutos mais sensíveis as mudanças políticas fundamentais, além de um tema extremamente polêmico.

A precisão cirúrgica que se deve examinar uma situação que contemple a legítima defesa é indiscutível; tendo em vista que estando presentes e satisfeitos todos os requisitos inerentes ao instituto e plenamente comprovados tem-se por excluída a ilicitude do fato típico.

No entanto, a discussão acerca do reconhecimento da Legítima Defesa é imprescindível considerando que todo ser humano está sujeito a um ataque contra a sua integridade física.

Fato é que, na fase processual reiteradamente os representantes do Ministério Público e Advogados invocam a legítima defesa para manifestar os interesses dos envolvidos, lastreados no conceito de que aquele que age para proteger Direito próprio ou de terceiros não atua contra o Direito e sim conforme ele.

Todavia, vale asseverar que o nosso conhecimento não é imutável, mas sempre provisório a depender do avanço científico.

2. A LEGÍTIMA DEFESA NA SISTEMÁTICA DA TEORIA TRIPARTIDA DE DELITO

Conforme conhecemos não há consenso doutrinário no que se refere ao conceito analítico do crime. Dentre as teorias vejamos as duas correntes principais: Teoria Bipartida e Teoria Tripartida que compreendem as correntes majoritárias; ambas defendidas por penalistas de renome, o que promove debates polêmicos e críticas severas na esfera penal.

Segundo os adeptos da Teoria Tripartida, o crime só pode ser compreendido precisamente à partir do momento que o fato seja considerado Típico, Antijurídico e Culpável; bastaria a ausência de apenas um desses elementos para que não tenhamos crime.

A condição para que não exista o crime, reside em que o fato seja considerado atípico ou que contemple uma das hipóteses de exclusão previsto no artigo 23 incisos I, II, III do Código Penal, seja elas: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de Direito; ou ainda que possivelmente esteja amparado por alguma excludente de culpabilidade.

Nesse contexto, aquele que por sua vez é considerado inimputável, embora tenha cometido um fato típico e antijurídico, não cometeu crime, pois, não estão presentes todos os requisitos analíticos do crime; por ausência de culpabilidade, segundo o que aduz o Código Penal e os defensores dessa Teoria como por exemplo podemos citar Von Liszt, Beling, Rudbruch e Hans Welzel.

A Legítima Defesa prevista no nosso ordenamento Jurídico no artigo 25 caput diz: “Entende-se em Legítima Defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão atual ou iminente, a Direito seu ou de outrem”, consiste em uma das excludentes genéricas de ilicitude e consequentemente exclui o crime.

MIGUEL REALE JR diz que: “A ausência de um dos elementos constitutivos impede a adequação típica da legítima defesa. Bem como, requer

que aquele que age em defesa própria mas subsidiariamente em defesa da lei, que use dos meios necessários com moderação²⁰⁹”.

3. A LEGÍTIMA DEFESA E O FUNCIONALISMO DE ROXIN

O Funcionalismo Penal tem sua origem após revolução dos penalistas na Alemanha nos anos de 1970, ocorreu após o movimento finalista e muitos dos seus fundamentos foram incorporados, recebeu também o nome de pós-finalismo.

Diversos foram os esforços ao longo do século XX visando desenvolver e sistematizar a teoria do delito. Vale consignar que os debates não limitou-se a esfera Penal, houve contribuição da filosofia, da história do pensamento e da sociologia, visando estruturar um sistema funcional que se opusesse ao sistema penal finalista que construiu suas bases na ontologia. Deste modo, o sistema funcional nasce a partir dessa integração com as ciências sociais.

O funcionalismo surge inicialmente na Inglaterra na década de 30, e a função social é o que define esta corrente. A proposta inicial seria abolir o tecnicismo jurídico, pretendendo assim adequar o tipo penal a sua função propriamente dita, que seria a garantia da paz social através do desenvolvimento das políticas criminais, daí a origem desse sistema denominado: funcional como supracitado.

Os sistemas clássico e finalista são questionados pelo funcionalismo Penal no âmbito da validade conceitual no que se refere à conduta, atribuindo à teoria da imputação objetiva, uma vez que o Direito assume o papel de regulador social, visando assim à harmonia social e funcionamento através do pleno desempenho do Direito Penal, não se limitando a lei seca, contudo, sem implicar em um livre arbítrio jurisdicional; cabendo-lhe interpretá-la e empregá-la da melhor forma conforme o ordenamento jurídico.

Não obstante, quando se fala de causas de justificação, não pode ter a pretensão de se chegar a conceitos prontos e estanques, uma vez que, a partir de tais causas de exclusão da ilicitude, são percebidas as mudanças ocorridas na sociedade,

1 REALE JÚNIOR, Miguel. **Antijuridicidade concreta**. São Paulo: Bushatsky, 1974.

na cultura e no Direito, e dessa forma, deve sempre estar adequando tais conceitos as exigências supracitadas²¹⁰.

Apresenta o funcionalismo duas vertentes:

- 1) O Funcionalismo Moderado dualista ou de política criminal – Liderado por CLAUS ROXIN. (Escola de Munique)
- 2) O Funcionalismo radical, monista ou sistêmico – de Günther Jakobs.

CLAUS ROXIN, é o maior representante do Funcionalismo teleológico, se contrapondo no Funcionalismo radical da Escola de Bonn, de Günter Jakobs.

Preocupava-se o funcionalismo de ROXIN, com a finalidade do Direito Penal, enquanto Jakobs concentra sua defesa na finalidade da pena. Jakobs entende relevantes as necessidades sistêmicas, adequando-se a elas o Direito penal. Enquanto ROXIN propõe uma finalidade política criminal considerando princípios, garantias e valores. O funcionalismo defende uma política criminal onde a dogmática jurídica fosse ao encontro das finalidades do Direito Penal.

Esta valorização do funcionalismo a política criminal tem como resultado grandes críticas, que tem como consequências uma fusão com a dogmática penal, ocorrendo uma confusão legislativa entre legislador e o aplicador das normas.

Em 1970 as ideias de ROXIN ganham ampla notoriedade após a publicação da obra: Política Criminal e Sistema de Direito Penal. Pretendia transpor as ideias ontológicas do finalismo e causalismo, norteadas pelo aspecto teleológico do Direito Penal; visando superar a sistemática da teoria do delito, através de critérios dogmáticos da política criminal. Construiu novos entendimentos a cerca da teoria da pena, bem como, entre o fato e o autor.

ROXIN assevera que o crime compreende três requisitos: Tipicidade, Antijuridicidade e Responsabilidade, onde a pena tem finalidade preventiva, e por força da teoria da imputação objetiva do resultado, se faz necessário que a conduta gere um risco e o resultado consequência do mesmo.

Nas palavras de ROXIN, que sistematiza cada elemento do delito, se não vejamos:

²¹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal* – parte general. Madri: Guitas, 1997. p. 572.

As concretas categorias do delito – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – devem se sistematizar, se desenvolver e ser contempladas, em princípio, sob o prisma da função político-criminal. Estas funções são de distinta natureza: o tipo está sob o *leitmotiv* da determinação legal, ao que frequentemente se reduziu unicamente à legitimação da dogmática; os tipos servem realmente à realização do princípio *nullum crimen* e dele se deve derivar a estruturação dogmática. A *antijuridicidade*, pelo contrário, é o setor das soluções sociais aos conflitos, o campo no qual se chocam os interesses individuais opostos ou as exigências sociais com as necessidades do indivíduo. Por último, a categoria delitiva que tradicionalmente denominamos *culpabilidade* tem, na realidade, muito menos a ver com averiguação do poder atuar de um modo distinto, algo empiricamente difícil de se constatar, que com o problema normativo de se e até que ponto, nos casos de circunstâncias pessoais irregulares ou condicionadas por uma situação, convém aplicar uma sanção penal a uma conduta que, em princípio, possui uma pena cominada. Para responder a esta questão deve-se incluir no trabalho dogmático tanto a função limitadora da pena que representa o princípio da culpabilidade como as considerações da prevenção geral e especial²¹¹.

O autor propõe inicialmente através do seu sistema, a unificação entre o Direito Penal e Política criminal, proposto por Von Liszt através das reformas das diversas categorias sistemáticas. Isso se traduz segundo o próprio Roxin em duas plataformas centrais: “a teoria da imputação ao tipo objetivo e a ampliação da culpabilidade à categoria da responsabilidade”.

ROXIN entende que o termo Injusto Penal é mais adequado, uma vez que a antijuridicidade contempla todo o ordenamento .

A culpabilidade e a prevenção andam de mãos dadas e resultará na responsabilidade do agente. No que tange a responsabilidade, tratada pela doutrina como culpabilidade ROXIN trata dos elementos valorados com relação a Pena. O requisito da responsabilidade é neste interim, a culpabilidade do agente mas, não o único, deve-se observar a real necessidade preventiva de punir.

De todo o exposto, Roxin propõe um sistema Jurídico Penal que se contrapõe exatamente por não associar a critérios ontológicos como finalidade ou causalidade mas, pelos preceitos normativos estabelecidos pela política-criminal. Reformando assim as demais categorias do delito; o injusto passa

²¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal* – parte general. Madrid: Guitas, 1997. p. 144 - 146

para o contexto da imputação objetiva e a culpabilidade remeterá a teoria da responsabilidade.

4. FUNDAMENTOS DA LEGÍTIMA DEFESA

Na concepção de JACSON ZILIO ele defende que:

El precepto permissivo de la Legítima Defensa, que justifica la realización de la parte positiva del tipo de injusto, se fundamenta históricamente em um argumento individualista: aunque el ciudadano haya transferido al Estado el monopolio de la violencia social, excepcionalmente, el instinto de autoconservación del hombre debe prevalecer frente al injusto agresor. El sentido común diría que quien se defiende de una agresión injusta que ponga em peligro su propia vida, no tiene motivos para dejarse matar²¹².

Conforme expõe JORGE DE FIGUEIREDO DIAS:

A Legítima Defesa surge historicamente como justificador mais sedimentado, mais consensual e até há muito tempo praticamente inquestionado nos traços fundamentais do seu regime. O fundamento justificador dessa situação durante muito tempo foi incontestável, aos poucos e, sobretudo no nosso tempo, questionável²¹³.

A evolução histórica no que se refere aos fundamentos, o tornou um dos poucos assuntos da Dogmática Penal mais questionáveis e discutidos na esfera da Legítima Defesa.

A Doutrina procura entender seus fundamentos à luz de duas correntes antagônicas denominadas de Teoria subjetiva e Teoria objetiva. A Teoria subjetiva defende como sendo legítima pela perturbação de ânimo, já a Teoria objetiva fundamenta que reside na colisão de bens jurídicos. Além dos requisitos de ordem objetivo disposto no Art. 25 do Código Penal caracterizadores da Legítima Defesa necessária, indispensável se faz os de ordem subjetiva, aquela motivada pela vontade de repulsa. O agente deverá ter

²¹² ZILIO, Jacson. *Legítima Defesa*. Las restricciones ético-sociales del derecho a legítima defensa. Buenos Aires Ediciones: Didot, 2012. p. 53.

²¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 404

conhecimento da injusta agressão e da real necessidade de repulsa. A Legítima Defesa se reveste de uma objetividade necessária e quem se defende no mínimo, deve ter ciência e vontade de inibir tal agressão.

O que a Dogmática Jurídica denomina de Legítima Defesa, apresenta um duplo fundamento em paralelo, nós temos o Direito de defender bens jurídicos diante de uma injusta agressão, bem como, o próprio ordenamento é afrontado ante uma agressão ilegítima. Hoje é inclusive o entendimento da doutrina dominante da força justificativa da Legítima Defesa.

Para ENRIQUE BACIGALUPO essa causa de justificação da “Legítima Defesa tem uma terminologia bastante adequada para o que se propõe, considerando que a defesa só pode ser considerada legítima se necessária e a condição fundamental da Legítima Defesa é a necessidade da mesma²¹⁴”.

Segundo JOSÉ CEREZO MIR:

O fundamento da Legítima Defesa consiste em primeiro lugar, na necessidade de repelir Direitos legais frente a uma agressão ilegítima e ao mesmo tempo da necessidade de defender o Ordenamento Jurídico, partindo do princípio que o Direito não deve ceder perante o injusto; caracterizando a Legítima Defesa assim, em um duplo fundamento, como supracitado²¹⁵.

A Legítima Defesa descaracteriza a ação criminosa, quem age em defesa de uma agressão injusta, atual ou iminente, age conforme o Direito, tendo sua conduta reconhecida como válida, legítima. O Estado impõe que os meios necessários sejam proporcionais a agressão, considerando o excesso a sua descaracterização.

Conforme CARNELUTTI, “o dano causado não deve ser superior ao dano evitado, o oposto disso, estaria descaracterizado a moderação; bem como, implicaria em combater um dano injusto, por outro injusto²¹⁶”.

A razão porque deve rejeitar-se qualquer ideia de proporcionalidade no âmbito da Legítima Defesa reside na “injustiça que seria impor ao agredido, por

²¹⁴ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal parte general*. 2ª ed, Madrid, 1999. p. 359-360.

²¹⁵ CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal espanhol*. Madri: Tecnos, 1993. p. 207-211

²¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *O Delito*. Campinas: Peritas Editora, 2002. p. 129

um agressor doloso e censurável, uma limitação de sua liberdade de estar ou da defesa ativa dos seus bens²¹⁷”

Os fundamentos legais estão previstos no nosso ordenamento pátrio em vigor no artigo 23 e regulado pelo artigo 25 ambos do Código Penal. Todavia, o núcleo jurídico da Legítima Defesa tem como essência a autorização concebida pelo Estado para que o indivíduo agredido possa dentro dos limites estabelecidos em lei defender-se da iminente e injusta própria ou de terceiros.

Este preceito declara isento de responsabilidade penal aquele que realiza uma conduta típica de defesa de Direito próprio ou de Direito alheio. Seu efeito como toda causa de justificação é de excluir a antijuridicidade que se presume a toda conduta típica. Contudo, essa conduta não é irrestrita, existem os critérios de necessidade racional, por isso, a Legítima Defesa tem fundamento duplo com base na defesa da pessoa e do mantimento da ordem jurídica, garantindo assim o equilíbrio entre ambos os princípios de proteção. “É lógico afirmar que aquele que defende a pessoa e seus Direitos, também está defendendo a ordem jurídica, pois é precisamente este o que reconhece a pessoa como tal e seus Direitos²¹⁸”.

E deferido ao sujeito através da justificação da excludente de antijuridicidade do instituto Jurídico da Legítima Defesa, a faculdade de autodefesa, contudo, dentro dos limites permissivos; o que configura a exclusão da criminalidade.

Quando defendo minha vida ou a de outrem do perigo de um mal injusto e grave, não evitável por outra forma, e que a ameaça à pessoa humana, não careço de escusa: exerço um Direito, verdadeiro e sagrado; e ainda, melhor dizendo, um verdadeiro e sagrado dever, porque é dever a conservação da própria vida²¹⁹.

Em suma, dois são os fundamentos da força justificativa da Legítima Defesa. Temos de um lado a necessidade de defesa da ordem jurídica, e de outro lado também à necessidade de proteção dos bens jurídicos ameaçados pela agressão. Todavia, vale asseverar que a Legítima Defesa implica na tutela

²¹⁷ CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Direito Penal: parte geral*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2003. p. 48

²¹⁸ RAMÍREZ, MALARÉE. Juan J. Bustos. Hernán Hormazábal, *Lecciones de derecho penal*. Editorial Trola, Madrid, 1999. p. 121-122.

²¹⁹ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Parte geral. vol. 1. Campinas: Izn editora, 2002. p. 213-214.

de um bem agredido injustamente, não implica ou representa uma espécie de transferência/ delegação legal para os indivíduos privados o monopólio Penal do Estado.

5 PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

O instituto do bem jurídico é indispensável ao ordenamento jurídico bem como para o estudo dos operadores do Direito, independente qual seja sua filosofia adotada.

A evolução histórica do bem jurídico está umbilicalmente associada a própria história do delito, considerando que o crime é uma lesão a um bem jurídico. À partir das ideias iluministas que autores como Beccaria, Montesquieu e Voltaire fundamentam a existência de pena como desvalorização de uma prévia lesão jurídica.

Já no Positivismo, Karl Binding estreia o entendimento de que a norma reproduz quais os bens passíveis a serem tutelados, possibilitando dessa forma a intervenção do estado e conseqüentemente as arbitrariedades; se posicionando contra isso Franz Von Liszt, embora positivista, era contrário ao caráter formal da norma.

O maior expoente da teoria funcionalista sistêmica defende que o papel do Direito penal não era a proteção de bens jurídicos, era garantir a validade e vigência das normas jurídicas. Sendo o crime a transgressão da norma penal e a sanção o restabelecimento da obediência do direito.

As teorias constitucionalistas do bem jurídico defendiam a criação de critérios capazes de impor e limitar ao legislador no momento da criação do ilícito penal; da constituição seria derivado o conceito do bem jurídico considerando que a mesma é o documento oficial provedor das diretrizes políticas administrativas e das garantias fundamentais.

CLAUS ROXIN, maior representante dessa corrente, defende a ideia de que a única restrição prévia à eleição dos bens jurídicos reside nos princípios da constituição. Para ele, no Estado Democrático social de Direito, o Direito Penal exerce dupla função: Proteção dos bens jurídicos com punição nos casos de violação e garantia das prestações públicas necessárias para

existência digna do cidadão, sempre tendo em vista a garantia de uma vida de paz em sociedade.

A função e pressuposto do Direito Penal é a tutela do bem jurídico, dentro dos limites da legalidade para tal intervenção. O Estado fará a intervenção sempre que um bem jurídico penalmente tutelado for violado através de condutas criminalizadoras que ofendam tais bens jurídicos socialmente relevantes.

O artigo 25 do Código Penal prevê a defesa própria ou de terceiros, bem como, todas as legislações atualmente também aceitam tal possibilidade de defesa de qualquer bem jurídico.

A defesa “a direito seu ou de outrem” abarca a possibilidade de defender legitimamente qualquer bem jurídico. O requisito da moderação da defesa não exclui a possibilidade de defesa de qualquer bem jurídico, apenas exigindo uma certa proporcionalidade entre a ação defensiva e a agressiva, quando tal seja possível, isto é, que o defensor deve utilizar o meio menos lesivo que tiver ao seu alcance.

O bem jurídico marca os limites legais da atuação do Direito penal, como limitador do *ius puniendi*.

A atuação legislativa ilimitada do Estado não, o Estado Democrático de Direito, para tanto, existem princípios normativos que limitam na esfera jurídico-penal o poder punitivo, a oposto disso, estaríamos diante de um Direito antidemocrático, inconstitucional e autoritário.

Assim a função limitadora ao legislador e ao *ius puniendi* está ilustrada a partir de uma série de princípios que impõem restrições ao poder punitivo do estado, oriundos do próprio Direito Penal.

A doutrina majoritária costuma enunciar uma série de princípios tanto penais quanto processuais. Garantias como o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, o princípio da intervenção mínima, o princípio da necessidade e utilidade da intervenção, o princípio da culpabilidade, o princípio da responsabilidade subjetiva, de proibição de penas desumanas e degradantes, da orientação das penas privativas de liberdade à ressocialização do autor, o princípio da presunção de inocência, o princípio da legalidade, o princípio da igualdade perante a lei, o direito da pessoa a não declarar contra si

mesma, etc...Garantem uma menor violência, deslegitimando o exercício absoluto da potestade punitiva exercida pelo Estado.

Neste contexto, fica claro que a única restrição do legislador é derivada da constituição como assevera ROXIN:

O ponto de partida correto consiste em reconhecer que a única restrição previamente dada ao legislador se encontra nos princípios da Constituição. Portanto, um conceito material de bem jurídico vinculante político-criminalmente só pode derivar do contido plasmado na lei fundamental, do nosso Estado de Direito baseado na liberdade do indivíduo, através dos quais se marcam seus limites ao poder punitivo do Estado²²⁰.

O ordenamento jurídico é responsável por tutelar os bens jurídicos importantes para a coletividade, ficando a cargo do direito penal cuidar das lesões mais relevantes, não solucionadas pelos demais ramos do direito. Contudo, o conceito de bem jurídico não é um consenso entre os doutrinadores, assim vejamos:

HANS WELZEL, pai do finalismo penal, considerou como valor ético-social, isto é, um “bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente”. Disse também que bem jurídico é “todo estado social desejável que o direito quer resguardar de lesões²²¹”.

De acordo com sua concepção constitucionalista, ROXIN entende o bem jurídico como:

circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada uma sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nesses objetivos.²²²

EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI afirmam que “bem jurídico tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com o objeto, protegido pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”.

²²⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal* – parte general. Madri: Guitas, 1997. p. 55

²²¹ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*: parte general. 11. ed. Santiago: Editora jurídica de Chile, 1997. p. 5

²²² ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2009. p. 74

Na lição de NELSON HUNGRIA, “Bem é tudo aquilo que satisfaz a uma necessidade de existência humana (existência do homem individualmente considerando a existência do homem em estado de sociedade)²²³”.

ANÍBAL BRUNO aduz o bem jurídico como:

Tudo o que pode satisfazer uma sociedade humana e, nesse sentido, é tutelado pelo Direito. São interesses fundamentais do indivíduo e da sociedade, que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes elevam a categoria de bens jurídicos, julgando-os merecedores da tutela do Direito, ou, em particular, da tutela mais severa do Direito Penal interesses de valor permanente, como a vida, a liberdade, a honra; ou variável, segundo a estrutura da sociedade ou as concepções de vida de determinado momento²²⁴.

De uma forma condensada poderíamos concluir, considerando como bens jurídicos valores relevantes e fundamentais para a sociedade e para sua coexistência pacífica, tutelado pelo Direito Penal, através da tipificação do comportamento, visto que o tipo tem como objetivo tutelar o referido valor, que se traduzirá no bem Jurídico.

CONCLUSÃO

Analisando a evolução do instituto da Legítima Defesa na Dogmática Jurídica Penal, com base no elemento constitutivo da estrutura analítica do crime, percebe-se que o desenvolvimento cultural de toda e qualquer civilização, reflete diretamente no seu Ordenamento Jurídico, os crimes sempre fizeram parte de todas as nações desde os primórdios da humanidade e antecede a qualquer norma do Direito Positivo. E por crime entende-se dentro do seu conceito analítico sendo, todo fato típico, antijurídico e culpável.

Vale consignar que o nosso Ordenamento Jurídico contemporâneo não estabelece com precisão o que pode ser abarcado no conceito de Legítima Defesa. Foi possível portanto constatar que esse papel tem sido da Doutrina e

²²³ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao código penal*. V. I, t.II. Rio de Janeiro: forense, 1978. p. 168.

²²⁴ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral: introdução, norma penal, fato punível**. v. 1, 5. ed. Rio de Janeiro: forense, 2003. p. 56.

da Jurisprudência para trazer as limitações da Legítima Defesa através dos princípios norteadores da necessidade e proporcionalidade a cada caso concreto.

As investigações sobre o reconhecimento e desenvolvimento da Dogmática Penal da Legítima Defesa, muito embora nos remetam à ideia de antiguidade clássica que compreende o Século XVIII, onde sua concepção, autonomia, delimitação do objeto e finalidade específica, tiveram sua Gênese consagrada através do Direito natural, e dentro de uma perspectiva menos jurídica; salientemos, outrossim, que a partir do Século XIX o instituto e seus fundamentos são apreciados sob alicerces científicos e os esforços Doutrinários acerca dos parâmetros que justificam a excludente é plenamente demonstrável na vasta literatura com foco na proporcionalidade entre a conduta agressiva e a defensiva.

Neste contexto, inclusive, surgem às divergências nas construções Doutrinárias do conceito analítico do crime à luz das teorias majoritárias Bi e Tripartida do delito, as quais exerceram fortes influências no Brasil, em virtude da complexidade do fenômeno do crime.

REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Enrique, **Derecho penal parte general**. 2ª ed, Madrid, 1999.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral: introdução, norma penal, fato punível**. v. 1, 5. ed. Rio de Janeiro: forense, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **O Delito**. Campinas: Peritas Editora, 2002.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Parte geral.vol. 1. Campinas: lzn editora, 2002.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Direito Penal: parte geral**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2003.

CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal espanhol**. Madri: Tecnos,1993.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao código penal**. V. I, t.II. Rio de Janeiro: forense,1978.

RAMÍREZ, MALARÉE. Juan J. Bustos. Hernán Hormazábal, **Lecciones de derecho penal**. Editorial Trolla, Madrid, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Antijuricidade concreta**. São Paulo: Bushatsky, 1974.

ROXIN, Claus. **Derecho penal** – parte general. Madri: Guitas, 1997.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Santiago: Editora jurídica de Chile, 1997.

ZILIO, Jacson. **Legítima Defesa**. Las restricciones ético-sociales del derecho a legítima defensa. Buenos Aires Ediciones: Didot, 2012.

**OS PROBLEMAS DA RELAÇÃO MÍDIA-DIREITO PENAL A PARTIR DA LEI
Nº 11.923/09: ESTUDO DE CASO DA TIPIFICAÇÃO DO SEQUESTRO
RELÂMPAGO**

Fernando Rogério Pessoa Vila Nova Filho

Mestrando em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã-FADIC.
Graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE.

RESUMO: Enquanto sistema autônomo espera-se que o Direito não se sujeite a pressões resultantes das demais instituições que compõem a sociedade, sob pena de perder a própria identidade e coesão. Em particular, o Direito Penal é tido como *ultima ratio* sobretudo porque se volta à aplicação da sanção jurídica de maior gravidade, o que exige maior atenção em suas normas. Todavia, a observação da atividade legislativa penal indica uma conclusão diversa, posto que se verifica a sua utilização para fins sobretudo simbólicos a partir de influências estranhas ao mundo jurídico. Um caso exemplar neste sentido é a problemática do sequestro relâmpago e a contribuição da mídia para a elaboração da Lei nº 11.923/09. Com o objetivo de apontar, neste caso específico, a influência da mídia para formação de um novo tipo penal, optou-se, no primeiro item, em expor o panorama legislativo. Em seguida, compreender no que consistiu o sequestro relâmpago foi o escopo do segundo item. Após, se estabeleceu juízo de tipicidade do fato antes da reforma, revelado a desnecessidade da alteração normativa. Por fim, foram tecidos comentários conclusivos sobre o papel prejudicial da mídia neste caso específico.

Palavras-chave: Direito Penal. Mídia. Criminologia. Sequestro relâmpago.

Sumário: Introdução: a necessidade de coesão do sistema jurídico (penal); 1. Da legislação existente antes da lei nº 11.923/09; 2. O fenômeno do sequestro-relâmpago; 3. Do juízo de tipicidade do sequestro relâmpago antes da Lei nº 11.923/09; 4. Críticas ao novo tipo penal do artigo 158, §3º do Código Penal; Conclusão: avaliação do papel da mídia no caso estudado; Referências.

INTRODUÇÃO: A NECESSIDADE DE COESÃO DO SISTEMA JURÍDICO (PENAL)

No plano ideal clássico o sistema jurídico deveria operar segundo suas próprias regras de forma coerente, de maneira que cada novo elemento que lhe é introduzido mostrar-se-ia compatível com os demais, especialmente se pretende atuar de forma justa²²⁵ ou se pretende constituir-se de forma válida²²⁶.

²²⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Págs. 110-113.

²²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Págs. 223-232.

Todavia, partindo de abordagem pragmática, Tércio²²⁷ identifica que a complexidade inerente à sociedade naturalmente se reflete no dinamismo do ordenamento, com “regras de calibração” que se modificam ao longo do tempo e, muitas vezes, de forma contraditória sem que isso retire sua higidez ou coesão.

Partindo dessa última perspectiva e aplicando-a no microcosmo que é o Direito Penal, tem-se que eventuais antinomias entre suas normas não ferem de morte o sistema repressivo, posto que aceitáveis se mantida a coesão do sistema, permitindo um grau mínimo de estabilidade. Contudo, isto não significa que devem ser irrestritamente toleradas, tampouco incentivadas, afinal um dos valores jurídicos basilares e que na seara penal assume importância ímpar é a segurança jurídica – vide o papel da legalidade na dogmática penal denunciado desde Beccaria²²⁸.

Outro elemento que exige o enfrentamento mais incisivo às incoerências normativas é o fato das normas penais atingirem diretamente a liberdade das pessoas. É necessário que a descrição das condutas incriminadas seja acompanhada por outras normas que guardem com ela correspondência. Inviável, neste sentido, a proibição da mesma conduta por tipos penais, e sanções, diversos.

Isto posto, uma das etapas básicas para evitar contradições é compreender a estrutura do Direito Penal. A tipificação de qualquer comportamento exige estudo prévio das condutas que já estão incriminadas e domínio do sistema de penas adotado, para, somente então, ser possível identificar vácuos normativos que necessitam ser solucionados em razão das exigências sociais. Significa dizer, em outras palavras, que criar tipos penais não deve, nem pode, consistir em uma atividade automática de descrever condutas e sanções ao bel prazer, mas o resultado de uma complexa operação com vistas a preservar a identidade e coerência do sistema.

Neste panorama, a Lei nº 11.923/09 promoveu alteração no Código Penal inserindo o parágrafo 3º ao seu artigo 158 e tipificando a conduta de constranger mediante restrição da liberdade de alguém como condição

²²⁷ JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito**. Págs.155-165.

²²⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**.

necessária para a obtenção da vantagem econômica. Tal novidade teve como escopo combater o crescimento do sequestro relâmpago, conduta objeto de grande preocupação por parte dos legisladores, consoante se verificará ao longo deste artigo.

Enquanto a tipificação de condutas se mostra um processo natural da atividade jurídico-legislativa, uma análise mais detalhada acerca da referida lei revela aspectos relevantes sobre o modo de funcionar do sistema jurídico e dos elementos que o influenciam, a exemplo da mídia, objeto de destaque neste texto. Isto porque os meios de comunicação sociais, além de serem a fonte principal de informações sobre os acontecimentos públicos, constituem importante canal entre as autoridades e a população, transmitindo os anseios desta e impulsionando, ao menos indiretamente, a ação daqueles.

1. DA LEGISLAÇÃO EXISTENTE ANTES DA LEI Nº 11.923/09

Desde o advento do Decreto-lei nº 2.848/40 a restrição da liberdade é tutelada em diversos aspectos. Inicialmente, como fim em si mesmo, a teor do artigo 148 do Código Penal. Ocorre que é rara a sua ocorrência desvinculada de interesses subjacentes, sendo mais comum possuir finalidade específica, em geral, lucrativa. Assim, busca-se coagir a vítima através do cerceamento do seu direito de ir, vir e permanecer, para a obtenção de vantagem patrimonial. O artigo 159, de *nomen juris* Extorsão Mediante Sequestro, bem demonstra como a aludida ação está relacionada a tal objetivo.

A restrição da liberdade como meio para obter dinheiro, contudo, pode ocorrer em diversos momentos do *iter criminis*, seja para forçar a vítima a realizar determinada ação, seja para obter recompensa pela sua restituição, ou para garantir o resultado útil do delito. Na redação original do Código Penal, somente o mencionado artigo 159 fazia menção expressa ao sequestro como meio para prática do delito prescrevendo: "sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: pena - reclusão, de seis a quinze anos, e multa, de cinco contos a

quinze contos de réis"²²⁹. Destaque-se que em 1990 a Lei nº 8.072 majorou a sanção para o patamar que se mantém até hoje, qual seja, reclusão de oito a quinze anos, não havendo mais previsão de multa.

Nesse delito, não obstante a existência de divergência doutrinária²³⁰ quanto a sua interpretação, pois o preceito primário não traz como núcleo do tipo o verbo constranger, entende-se se tratar de uma modalidade especial do delito de extorsão (art. 158), acolhendo-se, portanto, o magistério de Nélson Hungria no sentido de que há uma qualificação da pena pela utilização do sequestro como meio empregado para efetivação da ameaça²³¹. Assim sendo, a vantagem é obtida através de uma ação da vítima ou de um terceiro, mas não do sujeito ativo do crime.

Para a sua adequação típica, importante que o sequestro tenha se dado para obter vantagem com o resgate da vítima. Portanto, é indiferente a sua duração, desde que tenha idoneidade de passar à vítima que a restrição de sua liberdade está condicionada ao cumprimento da exigência apresentada para o resgate²³².

Isso se revela importante porque há casos em que a restrição da liberdade é meio para garantir uma ação (e resultado) já ocorrida, como na hipótese onde há a subtração de um veículo e se restringe a liberdade da vítima apenas para garantir o resultado da conduta delitiva, liberando-a em outra localidade. Nessas situações, inviável a subsunção fática ao tipo ideal previsto no citado artigo, pois a vítima não foi constrangida a agir em determinado sentido, mas sofreu restrição em sua liberdade como medida para assegurar o ato criminoso.

Trata-se, concretamente, do delito de roubo esculpido no artigo 157, que na redação original não previa causa especial de aumento de pena pela restrição da liberdade, circunstância que deveria ser sopesada quando da fixação da pena, no capítulo das circunstâncias judiciais previstas no artigo. 59 da Lei Penal. Somente em 1996 a restrição da liberdade da vítima passou a ensejar o aumento de um terço da pena até a metade.

²²⁹ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**.

²³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 3 v. Pág. 155.

²³¹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 2 v. Pág. 72.

²³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 3 v. Pág. 156.

Haveria situações, ainda, que a vantagem obtida não podia ser considerada como recompensa pelo "resgate", razão pela qual também não se poderia aplicar o artigo 159, melhor se enquadrando a restrição da liberdade como meio de constrangimento para lograr outro tipo de vantagem econômica, incidindo a extorsão simples do artigo 158.

Pois bem, o panorama normativo que se tinha em relação à privação de liberdade para obter certa vantagem, até meados de 2009 - antes da edição da Lei nº 11.923/09, que acrescentou o § 3º ao art. 158 era o seguinte: a) extorsão mediante sequestro prevista no artigo 159; b) o delito de roubo, artigo 157, inciso V; e c) o crime de extorsão do art. 158; sem mencionar com o delito autônomo de sequestro do artigo 148, todos do Código Penal.

2. O FENÔMENO DO SEQUESTRO-RELÂMPAGO

No início dos anos 2000, o notável desenvolvimento tecnológico possibilitou a popularização dos caixas eletrônicos ao redor do país, ainda que sua efetiva criação remonte a década de 1960 na Inglaterra²³³. Facilitou-se o acesso às contas bancárias, pois há dispensa do intermédio de um funcionário do estabelecimento, sendo permitida ao próprio cliente a realização de operações correlatas, tais como emissão de extrato, realização de transferências, pagamentos e, principalmente, do saque direto na conta, tarefas que hoje integram o cotidiano de qualquer pessoa.

No entanto, se de um lado a vida dos usuários de serviços bancários foi facilitada, o mesmo pode ser dito em relação a aqueles que buscam obter vantagem patrimonial através da prática de crimes. Isso porque não era mais preciso render o bancário direto no caixa - o que necessariamente deveria ocorrer em horário de expediente, período no qual há maior segurança -, sendo suficiente "conduzir" o titular de conta bancária ao caixa eletrônico, obrigando-o a fornecer a senha para efetuar o saque e, no mesmo instante, receber o produto do delito. O *modus operandi*, portanto, foi igualmente simplificado, podendo ser praticado, inclusive, em horário noturno, momento em que a segurança é notoriamente diminuída.

²³³ PIMENTEL, João Paulo. **Caixa eletrônico faz 40 anos.**

Diante desses elementos indicados, torna-se possível compreender, em certo aspecto, o grande crescimento no País da prática de condutas dessa natureza a partir do novo milênio, pois coincide com a popularização de mecanismos de automação bancários, facilitando o acesso dos usuários a sua conta bancária - a qualquer hora do dia ou da noite - e, ao mesmo tempo, tornando-os mais vulneráveis aos criminosos.

É importante abrir um parêntesis para frisar que não se pretende afirmar que os elementos acima indicados explicam o fenômeno delitivo, pois isto demandaria incursão na psique dos agentes criminosos, além da adoção da falsa premissa de ser possível delimitar os motivos que levam o criminoso a delinquir, como pretende fazer a Criminologia positivista, segundo a qual a criminalidade é algo ontológico, prévia ao Direito Penal, o qual somente lhe reconhece e positiva²³⁴. Apenas se quer apontar que a facilidade para sua prática contribuiu em alguma medida para sua ocorrência, sem olvidar a existência de uma vasta gama de fatores de até maior importância. Zaffaroni²³⁵ já destaca que embora não representem a totalidade de crimes praticados, a criminalidade “grosseira” é o alvo preferencial das instâncias de criminalização secundária, figurando como protagonista nos dados estatísticos.

Nessa quadra, a sociologia criminal atual - Criminologia Crítica -, com base nas teorias da reação social (*labelling approach*), estuda que o fenômeno da criminalidade não pode ser compreendido sem que se considere a ação do sistema penal como um todo, pois este é quem traz a definição dos fatos como crimes. Assim, estudam-se não só as normas penais, mas o processo em sua inteireza, com ênfase na atividade das instâncias oficiais, polícia e juízes por exemplo.

Para esclarecer, não se imagina o delinquente como algo pré-constituído, como um dado, mas algo construído dentro da própria sociedade, ensejando um afastamento da criminologia liberal, no qual o comportamento criminoso é tido como previamente existente, ontológico, repita-se²³⁶. Nesse

²³⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**. Pág. 35.

²³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho penal: parte general**. Págs. 07-12

²³⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Págs. 86/87.

ponto, insta destacar que, segundo leciona Nilo Batista²³⁷, o compromisso da imprensa com a agenda neoliberal é ponto sensível para compreender a vinculação existente entre a mídia e o Direito Penal.

Ademais, é útil esclarecer que os dados jornalísticos a seguir apontados tem a finalidade de evidenciar o tratamento dado pela mídia ao fenômeno do sequestro-relâmpago, sem desconsiderar a existência da propalada "cifra negra", a criminalidade oculta, que não chega aos números oficiais. Insta lembrar que a informação repassada pelos meios de comunicação de massa é selecionada mediante certo procedimento, que eminentemente envolve interesses, bastando relembrar do adágio segundo o qual não existe informação inocente. Assim sendo, os números publicados não retratam a realidade da criminalidade, mas nos dizeres de Vera Regina de Andrade, da criminalização²³⁸. Firme nessas assertivas, é possível compreender de modo mais completo o processo encampado pelas agências de comunicação no trato do sequestro-relâmpago.

Pois bem, retornando ao escorço histórico, o aumento exponencial da ocorrência de delitos dessa natureza, que se conveniu denominar de "sequestro-relâmpago" chamou a atenção da mídia, fato que não causa surpresa, tendo em vista a predileção por temas desse jaez. Em entrevista ao portal eletrônico Conjur - que será posteriormente aprofundada -, Zaffaroni afirmou que são as pessoas mortas por roubo que chamam a atenção das agências de comunicação, muito embora tal fato ocupe somente a quarta posição na lista das causas de morte na Argentina²³⁹.

Digno salientar que ênfase na violência não é exclusiva da contemporaneidade, haja vista sua ocorrência em tempos anteriores. Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior²⁴⁰ afirmam, nessa senda, que na Idade Média os bárbaros narravam histórias de assassinato entre os povos que percorriam. Ademais, execuções públicas se constituíam em espetáculo que fascinava as pessoas.

²³⁷ BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. Pág. 04

²³⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**. Pág. 50 (nota de rodapé).

²³⁹ ITO, Marina. **Função do direito penal é limitar o poder punitivo**.

²⁴⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu *apud* FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. **Um estudo acerca das relações entre a política criminal da sociedade de risco e a mídia**. Pág. 103.

Por sua vez, Luhmann²⁴¹ já afirmou que transgressões à norma, não só jurídica, possuem atenção especial das notícias, e assumem, com frequência, natureza de escândalo. Como efeito, tem-se o reforço da ressonância – que pode originar um sentimento geral de que todos foram atingidos – e afasta manifestações de compreensão e de desculpas sobre a aludida transgressão, levando, inclusive, ao desconhecimento da normalidade do desvio.

Exemplo de como as agências de mídia passaram a noticiar o sequestro relâmpago, a Folha de São Paulo noticiou que de 1999 a 2000 houve um crescimento de 75% (setenta e cinco por cento) na taxa de crimes por cem mil habitantes²⁴². Segundo o Blog do Noblat²⁴³ somente em janeiro e fevereiro de 2004 ocorreram 94 (noventa e quatro) delitos dessa espécie, representando 1 (um) a cada 14 (catorze) horas.

O Jornal O Globo, em sua edição *online*, informou que no Rio de Janeiro foram registrados 219 (duzentos e dezenove) casos de sequestro-relâmpago em 2005, o que representou um aumento de 14% (catorze por cento) em relação ao ano anterior²⁴⁴.

O aumento de crimes relacionado a caixas eletrônicos foi de tal monta que a Câmara de Vereadores do Rio de Janeiro chegou a aprovar projeto de Lei em 2003 no qual se determinava a retirada de tais objetos das ruas²⁴⁵. Em suma, para evitar que pessoas fossem sequestradas e obrigadas a fornecer a senha do cartão para que fossem efetuados saques nos caixas, a solução encontrada foi a de retirar os terminais eletrônicos. De fato, é inegável que os números referentes a tal delito caíram drasticamente (e seriam estampados sem o maior pudor nos noticiários), mas não é de números que atinge a verdadeira segurança ou paz social.

De forma não tão drástica, a Associação Brasileira de Bancos (Febraban), em meados de 2002, anunciou que os caixas eletrônicos funcionariam somente das 06h às 22h, em vez de estarem sempre abertos,

²⁴¹ LUHMANN, Niklas. **A Realidade dos meios de comunicação**. Págs. 60-61.

²⁴² CORRÊA, Alessandro Silva. **Sequestro é o crime que mais cresce no Brasil**.

²⁴³ NOBLAT, Ricardo. **A cidade dos sequestros**.

²⁴⁴ Polícia tenta desarticular quadrilha de sequestro relâmpago. **O Globo**.

²⁴⁵ Projeto acaba com caixas eletrônicos nas ruas. **O Globo**.

como medida para evitar a prática de sequestros relâmpagos nos horários mais críticos²⁴⁶.

Uma das medidas adotada para frear a prática desse delito, no Estado de São Paulo, partiu do então Governador Geraldo Alckmin, o qual recomendou, em Diário Oficial, aos Delegados de Polícia que registrassem e tipificassem a conduta como sendo Extorsão mediante Sequestro, que possui pena elevada em relação aos demais tipos "cabíveis", como medida para influenciar que tais fatos fossem assim qualificados²⁴⁷.

É curioso observar a pretensão do poder executivo de alterar a qualificação jurídica de determinado fato através de simples recomendação aos delegados para tipificarem o fato a teor do artigo 159 do Código Penal, desconsiderando toda a construção teórica fornecida pela doutrina - no que tange em especial ao juízo de tipicidade - bem como a desvinculação dos agentes processuais - juízes e membros do Ministério Público - ao indiciamento efetuado pelo delegado de polícia.

Pelos motivos já apresentados, tal medida foi de pouca utilidade prática. A Folha de São Paulo, nesse sentido, relatou que:

Na prática, o que ocorreu foi a simples inclusão do seqüestro relâmpago - no qual a vítima é obrigada a fornecer a senhas, sacar dinheiro ou fazer compras - entre os boletins de ocorrência pelo crime de extorsão mediante sequestro - aplicado para casos com cativo e pedido de resgate -, sem que isso se traduzisse na responsabilização correspondente dos criminosos na justiça.²⁴⁸

Demonstrando em números, a reportagem indica que entre janeiro de 2004 até novembro de 2005 foram registrados 1.704 (mil setecentos e quatro) boletins policiais de extorsão mediante sequestro, porém somente 235 (duzentos e trinta e cinco) casos foram denunciados à Justiça com a respectiva capitulação, ou seja, 14% (catorze por cento). Acrescentou ainda, que a mudança da capitulação jurídica dada à conduta também partiu da Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, além da Delegacia Geral de Polícia, com o intuito de inibir a ação dos criminosos com o aumento da pena.

²⁴⁶ FOSCHINI, Ana Carmen. **Por segurança, caixas eletrônicos continuam fechados entre 22 horas e 6 horas.**

²⁴⁷ Sequestros relâmpagos. **O estado de São Paulo.** Pág. 03

²⁴⁸ PENTEADO, Gilmar. **Punição por sequestro relâmpago não muda.**

Está suficientemente evidenciado, pelo exposto, que o sequestro-relâmpago passou a fazer parte da rotina da população brasileira, os noticiários trazidos bem demonstram isso, assim como já foram antecipadas algumas medidas adotadas para coibir tal prática. Contudo, revela-se de grande importância analisar como o Poder Judiciário enfrentou tal questão, isto é, qual a capitulação jurídica conferida ao delito em comento. E a doutrina, como se posicionava sobre a matéria?

3. DO JUÍZO DE TIPICIDADE DO SEQUESTRO RELÂMPAGO ANTES DA LEI Nº 11.923/09

De plano, cumpre repisar a conduta comumente chamada de sequestro relâmpago. Esta se dá quando o sujeito ativo sequestra determinada pessoa para obter desta, em geral, o cartão de crédito e a respectiva senha da conta bancária para, ao final, dirigir-se ao caixa eletrônico e sacar dinheiro da mesma. A manutenção da vítima em poder do agente serve como meio de garantia em caso da senha não ter sido corretamente revelada, além, é claro, de ser o modo pelo qual se constrange a vítima, geralmente aliada a realização de ameaças.

Uma vez conhecida a conduta, passa-se a estudar em que tipo penal ela se enquadra, isto é, se a ação se subsume a um tipo penal. Assim, o juízo de tipicidade é um processo mental através do qual se verifica se a conduta praticada é proibida por um tipo penal²⁴⁹.

A doutrina é vacilante quanto a melhor tipificação dessa conduta, havendo posicionamento em ambos os sentidos. Em 2008, para Luiz Regis Prado²⁵⁰, por exemplo, o sequestro relâmpago devia ser enquadrado como delito de roubo majorado pela restrição da liberdade da vítima. Por outro lado, Cezar Roberto Bitencourt²⁵¹ entendia em 2005 que o sequestro-relâmpago subsumir-se-ia ao tipo penal do art. 159 do Código Penal, extorsão mediante sequestro, em razão da maior gravidade da conduta, pois o resultado final da

²⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 1 v. Pág. 388

²⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal**. 2 v. Pág. 354.

²⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 3 v. Pág. 103

conduta seria imprevisível e aleatório, podendo ensejar, inclusive, violência sexual.

O imbróglio sobre a correta tipificação existente na época também chegou aos jornais. A anteriormente destacada matéria da Folha de São Paulo, na qual demonstrava a ineficaz tentativa feita pelos Delegados de Polícia de capitular o sequestro relâmpago como extorsão mediante sequestro, também registrou a distinção de posicionamentos. Segundo a matéria, a própria polícia admitiu que o delito deveria ser tido como roubo, pois entendiam que a legislação penal exigia a participação de uma terceira pessoa que fosse alvo de extorsão para configuração. De outro lado, foi entrevistado Promotor de Justiça que defendia a aplicação da extorsão mediante sequestro para casos desse jaez, pois o mesmo Código Penal não demandava a presença de uma terceira pessoa, mas sim que se exigisse da vítima algo em troca de sua liberdade²⁵².

Não se pode negar os pontos de contato entre os mencionados delitos, haja vista que em ambos há o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa para a obtenção de vantagem patrimonial. A pena, inclusive, é a mesma, fazendo com que se afirmasse que eventuais erros interpretativos não causariam graves prejuízos²⁵³.

Torna-se importante, logo, acentuar as distinções entre o roubo e a extorsão, para que seja possível o perfeito juízo de tipicidade do que se comungou chamar de sequestro-relâmpago. Para Guilherme de Souza Nucci²⁵⁴, a diferença entre os dois delitos reside no fato de que no roubo a coisa está à disposição do agente delituoso, de sorte que a colaboração da vítima não é imprescindível - o autor traz como exemplo a entrega de um carro pela vítima que é ameaçada ao ter arma de fogo apontada contra si. No outro caso, quando a obtenção da coisa passa necessariamente pela colaboração da vítima, por maior que seja a violência efetivada, se está diante de extorsão. O exemplo trazido, oportunamente, é o da tentativa de realização de saque em agência bancária, mediante fornecimento de senha através de ameaça à vítima.

Segundo Nélson Hungria:

²⁵² PENTEADO, Gilmar. **Punição por sequestro relâmpago não muda.**

²⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 3 v. Pág. 136.

²⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** Pág. 158.

No roubo o agente subtrai ele mesmo, mediante violência ou ameaça, a coisa de quem a detém, mas na extorsão, diversamente, é a vítima quem a entrega mediando, geralmente, intervalo de tempo entre o meio coativo e a ação do ofendido, que deve fazer, deixar de fazer ou tolerar que se faça alguma coisa, o que não acontece no roubo²⁵⁵

É nesse contexto que reside, em essência, a principal distinção entre os delitos referidos. Não é por outra razão que os núcleos dos tipos penais são verbos diferentes. No roubo é utilizado o verbo subtrair, indicando que a coisa é arrebatada, tirada do poder de seu detentor. Já na extorsão, o núcleo do tipo consiste em constranger, dando ênfase que alguém é constrangido a agir em determinado sentido²⁵⁶.

É imperioso destacar, também, que em alguns casos a violência, ou a ameaça, é de tamanha magnitude que não se pode considerar qualquer vontade da vítima. Quando alguém possui uma arma apontada contra a sua cabeça, não resta alternativa senão obedecer ao coator. Nesse caso, como identificar se está diante de roubo ou de extorsão?

Seguindo o critério anteriormente esposado, a conclusão dependerá da resposta a seguinte questão: a participação da vítima era imprescindível para a obtenção da vantagem patrimonial? Caso o sujeito passivo se recusasse a agir, o delinquente ainda lograria êxito em seu agir? Na hipótese de resposta afirmativa, tem-se que o fato melhor se amolda ao crime de roubo. Em sendo negativa a resposta, tipificada está a extorsão.

Logo, se mesmo diante da ameaça de morte o ofendido negar-se a entregar seu aparelho celular, o criminoso pode simplesmente arrancá-lo por meio de violência, enquadrando-se no artigo 157 do Código Penal. Noutra situação, se a ordem fosse a de assinar determinado cheque, por mais violenta que seja a ação do sujeito ativo, o cheque não será assinado sem uma conduta da vítima, incidindo o artigo 158 do mesmo Código.

A partir de tais informações, entende-se o porquê do legislador ter previsto expressamente no delito de roubo que o objeto material do crime é coisa alheia móvel, ao passo em que previu uma ação no delito de extorsão.

²⁵⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 7 v. Pág. 66.

²⁵⁶ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**.

Via de regra, a coisa móvel pode ser obtida mediante força, ainda que a vítima relute. Uma ação, por outro lado, exige o comportamento da vítima.

Frise-se que não se mostra relevante a existência de um terceiro alvo da extorsão, conforme noticiou a reportagem da Folha de São Paulo acerca do entendimento dos milicianos. O foco deve ser colocado no que se pretende obter com a violência e qual o papel da vítima para a sua obtenção.

Retornando para o juízo de tipicidade, já foi dito que a extorsão mediante sequestro é modalidade autônoma de extorsão, razão pela qual os elementos necessários para configuração daquele crime são os mesmos deste. A diferença reside no fato de que o sequestro é meio específico de infligir violência. Assim, o primeiro passo para resolução da questão é definir seu enquadramento como roubo ou extorsão. Em seguida, existindo restrição da liberdade da vítima, antes da edição da Lei nº 11.923/09, será o caso de roubo majorado (art. 157, inciso V) ou extorsão mediante sequestro (art. 159), sem considerar a hipótese de concurso material dos delitos "puros" com o sequestro do artigo 148, quando a restrição da liberdade não tiver ligação direta com a obtenção da vantagem patrimonial.

Como dito, o sequestro relâmpago consiste no ato de privar a liberdade de alguém com o fito de efetuar saques no caixa-eletrônico. Para tal, a restrição da liberdade figura como meio de coação, para que seja fornecido não só o cartão bancário, mas a senha. Sem este último elemento, de nada adianta a ação criminosa, pois é requisito imprescindível para efetuar o saque na agência bancária. A senha não consiste em coisa alheia móvel, mas em algo presente, na maioria das vezes, no intelecto do agente. Assim, por maior que seja a violência perpetrada, exige-se uma ação da vítima para que a vantagem pretendida seja obtida.

Ora, se há a necessidade de um comportamento da vítima, se a coisa não pode ser subtraída, mas obtida mediante constrangimento, trata-se de extorsão. E, ainda, se houve a privação da liberdade como meio para a prática delitiva, é caso de extorsão mediante sequestro.

Observe-se que não há maiores problemas em admitir que a entrega da senha bancária seja uma condição ou preço do resgate. Sem o fornecimento da mesma, a vítima não terá seu direito de ir, vir e permanecer

restituído. Trata-se, evidentemente, de condição para a liberação do ofendido. Assim, encontra-se perfeitamente tipificada, em tese, a conduta do sequestro relâmpago, uma vez preenchidos todos os requisitos do juízo de tipicidade, sem olvidar das especificidades que o mundo fenomênico, em sua pluralidade, pode trazer e alterar a tipificação original do fato.

Portanto, chega-se à conclusão de que o fato que se popularizou no início dos anos 2000, denominado de sequestro relâmpago, deve ser tipificado como extorsão mediante sequestro, artigo 159 do Código Penal, quando bem entendidas as distinções entre roubo e extorsão. Todavia, não se pode negar que a jurisprudência à época – conforme relataram as diversas reportagens acima destacadas – era vacilante quanto à tipificação da referida conduta, sendo isso um dos motivos apontados para a necessidade de criação de um novo tipo penal. Contudo, a divergência jurisprudencial é inerente a todo ordenamento jurídico, já que nenhum texto possui interpretação unívoca.

Em meados de 2008, contudo, já é possível encontrar no Superior Tribunal de Justiça movimento no sentido de uniformizar a jurisprudência, em que diversos arestos consignam que a diferença entre roubo e extorsão reside, em essência, no comportamento da vítima^{257 e 258}.

4. CRÍTICAS AO NOVO TIPO PENAL DO ARTIGO 158, §3º DO CÓDIGO PENAL

A lei nº 11.923/09 inseriu no Código Penal a seguinte norma

Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente

A primeira crítica que surge à novidade legislativa é sobre a alegada necessidade de criação de um tipo penal autônomo. Tal argumento, frise-se, foi levantado até pela própria Ordem dos Advogados do Brasil, conforme se percebe de matéria encontrada no sítio eletrônico da Autarquia. Segundo narra a notícia, o então Secretário-geral adjunto do Conselho Federal da OAB,

²⁵⁷ BRASIL. Superior tribunal de justiça. HC 102.613/SP

²⁵⁸ BRASIL. Superior tribunal de justiça. HC 86.127/RJ.

Alberto Zacharias Toron, elogiou a aprovação do projeto de lei que tipificou o sequestro relâmpago, pois essa conduta não poderia ser tipificada como sequestro em razão da rápida duração da privação de liberdade, havendo, assim, uma lacuna no ordenamento jurídico²⁵⁹.

Tal tese não se sustenta pelos argumentos até então esposados. Não se trata de fato atípico, mas de conduta já tipificada a teor do artigo 159 do Código Penal. Por mais que existissem, à época, divergências sobre o correto enquadramento típico do fato em análise, o fato é que em hipótese alguma se pode considerar que a conduta era atípica.

O recurso a tal argumento não resiste a uma análise detalhada do ordenamento e demonstra o grau de atenção dispensado pelos legisladores no momento de criação de uma norma, diga-se de passagem, incriminadora. Em verdade, trata-se de recurso retórico que exerce seu papel perante à sociedade no sentido de demonstrar um papel ativo na busca de soluções dos problemas sociais que se apresentam. Ser o autor da lei que incrimina o sequestro relâmpago, sem dúvidas, consiste em disputado predicado.

A segunda crítica refere-se a pena. Sendo capitulado como extorsão mediante sequestro, a pena prevista para esse delito é de reclusão de oito a quinze anos. Como visto a nova norma prevê pena de reclusão de seis a doze anos, isto é, uma sanção mais branda. Não se está defendendo a majoração da sanção, mas busca-se demonstrar que no anseio de criar um tipo penal específico, que reprimisse de forma dura o sequestro relâmpago, o legislador brasileiro abrandou a pena que seria originariamente aplicada. Faltou, mais uma vez, técnica aos membros do Congresso Nacional.

É curioso, nesse ponto, atentar para a seguinte matéria encontrada no sítio eletrônico Lei & Ordem. Segundo Jorge Lodello, ex-policial e pesquisador criminal entrevistado pelo portal, "o aumento da pena é ponto positivo do projeto. Afinal, de acordo com especialista, o sequestro-relâmpago é um dos crimes que mais levam as vítimas a problemas emocionais (...)"²⁶⁰. No mesmo caminho, a Folha de São Paulo, ao noticiar a sanção do Projeto de Lei que tipificou o crime de sequestro-relâmpago, consignou que "o principal efeito

²⁵⁹ Toron elogia PL que torna sequestro relâmpago crime de extorsão. **OAB**.

²⁶⁰ Projeto que tipifica crime de seqüestro-relâmpago aguarda decisão final do Congresso. **Lei & Ordem: Direito, Jurisprudência, Doutrina e Cidadania**.

prático da decisão, inclusive, é uma punição mais rigorosa aos sequestradores"²⁶¹.

É curioso destacar como a pena sempre assume papel principal nas manchetes. Nilo Batista já denunciava tal circunstância, afirmando que as agências de comunicação de massa creem na pena como "rito sagrado para solução de conflitos (...) não há atrito: todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas"²⁶².

Talvez por esta razão, como forma de reparar o erro cometido, há quem busque aumentar a pena do delito em foco para o patamar de sete a catorze anos de reclusão. O Deputado Federal Geraldo Thadeu, por meio do Projeto de Lei nº 3892/12, possui tal escopo. Apensado ao referido PL encontra-se outro, de número 5132/13, de iniciativa da Deputada Keiko Ota, que pretende incluir tal delito como crime hediondo, quando houver resultado morte.

CONCLUSÃO: AVALIAÇÃO DO PAPEL DA MÍDIA NO CASO ESTUDADO

É bastante perceptível que a divulgação do aumento da ocorrência do sequestro relâmpago pela mídia foi acompanhada pelo discurso penal no sentido de enrijecer o tratamento normativo da conduta. Seja pela recomendação de um novo juízo tipificante, seja com a sugestão de criação de um novo tipo penal, a resposta para o fenômeno delitivo cingia-se à atividade puramente legislativa.

A mídia, portanto, fomenta o que Silva Sánchez²⁶³ denomina de "sensação social de insegurança". Segundo o autor, os meios de comunicação de massa desempenham papel central na sociedade globalizada e são responsáveis por transmitir uma imagem da realidade. Ocorre que a informação pode não retratar com fidelidade o mundo fático, haja vista a necessidade de se filtrar aquilo que será notícia. A eleição do que será

²⁶¹ Sequestro relâmpago ganha pena maior. **Folha de São Paulo**.

²⁶² BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. Pág. 04

²⁶³ SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do direito penal**. Págs. 32-38.

repassado observa alguns critérios como hierarquização segundo o grau de importância; e tematização, consistente na transformação do assunto em debate social. Acima disso tudo, como metacritério, encontram-se o imediatismo e o interesse jornalístico, o qual pode se pautar pela audiência ou pela conformidade com os interesses socioeconômicos controladores de determinado agente comunicativo²⁶⁴. Acrescente-se, ainda, a velocidade impressionante pela qual o que é novo se torna velho e o surgimento de multivariadas fontes de conteúdo e se tem a receita da necessidade contínua e irrefreada pela audiência, sacrificando, muitas vezes, a qualidade da informação

Para lidar com este sentimento inflado, no mínimo, pelas agências de comunicação o Direito Penal se apresenta como a melhor solução diante da ineficácia dos demais meios: basta a edição de uma lei para o surgimento de um tipo penal a enquadrar a conduta desejada. De modo simples, o Estado dá uma resposta aos reclames sociais sem grande dispêndio de energia, transmitindo a imagem de conduta proativa na “luta contra o crime”.

Ao arrepio das críticas já lançadas e voltando ao Projeto de Lei nº 3892/12, que tenciona aumentar as penas do delito em questão, direciona-se os olhos para as respectivas justificativas. Em síntese, o então Deputado Geraldo Thadeu enunciava o endurecimento da pena com fundamento no elevado potencial lesivo da ação - que exigiria uma reprimenda igualmente grave - e a facilidade de seu cometimento, resultando no aumento de sua ocorrência nas grandes e médias cidades, elementos esses que tornavam o combate a tal infração "em vultoso desafio para policiais e autoridades das áreas de segurança pública"²⁶⁵.

Por mais de uma vez foi dito no bojo deste trabalho, com ênfase em dados obtidos em meios de comunicação, que a simples tipificação de uma conduta não a torna menos frequente. Entretanto, o que se mostra é a atividade legislativa em sentido contrário. A aludida Deputada Keiko Ota arremata a justificação do seu projeto com a seguinte assertiva:

²⁶⁴ FUENTES OSORIO, Juan. **Los Medios de Comunicación y El Derecho Penal**. Pág. 03

²⁶⁵ Disponível em
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=15556BA40C279FFEFBA13760F3D42A8.proposicoesWeb2?codteor=993405&filename=PL+3892/2012>

Com efeito, o rigor impingido aquele que pratica sequestro relâmpago ainda é pequeno, não atingindo os patamares das punições aplicadas aos autores de crimes hediondos. A lei não prescreve tratamento suficientemente rigoroso para essa conduta, logo não tem o condão de evitar o aumento da ocorrência de novas infrações²⁶⁶.

Em poucas palavras, a atividade legiferante parece ser regida pela seguinte equação lógica: pena leve, aumento de crimes; pena dura, diminuição de crimes. Toda a ciência penal se reduz a uma simples matemática.

Por todo o exposto, é notório que a inovação trazida pela Lei nº 11.923/09 não possui razão de existir. Não acarretou diminuição das ocorrências do sequestro-relâmpago e abrandou a pena originariamente aplicada embora tivesse a pretensão de entregar tratamento mais rigoroso. Então se pergunta o porquê da máquina legislativa ter sido posta em movimento para algo que estava fadado ao insucesso.

É curioso ressaltar que processo semelhante ocorreu com a extorsão mediante sequestro (delito da mesma natureza ao ora estudado), ocasionando a sua inclusão na Lei de Crimes Hediondos em 1990. Alberto Silva Franco²⁶⁷ relata que à época a opinião pública, provocada pelos meios de comunicação de massa, repercutiu de forma intensa tal delito, embora sua ocorrência se limitasse, em sua maioria, às camadas mais altas da sociedade. Todavia, emissoras de televisão, jornais e outros meios passaram a dar ênfase nesse assunto, incutindo a necessidade de imposição de tratamento mais duro. A cobertura do sequestro de Abílio Diniz, e posteriormente de Roberto Medina, com foco no sofrimento de ambas as famílias, contribuiu para sensação de que um tratamento mais rigoroso era necessário.

A doutrina mais abalizada²⁶⁸ aborda o fenômeno, expansão do Direito Penal, comentando que as campanhas do movimento "Lei e Ordem" levam à crença de impunidade total, "o político prende e o juiz solta". Seguindo a mesma linha de raciocínio, há quem sustente haver atualmente uma enorme

²⁶⁶ Disponível

em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1064621&filename=PL+5132/2013

²⁶⁷ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. Pág. 159.

²⁶⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **A mídia e o direito penal**. Pág. 16.

necessidade de atender a opinião pública²⁶⁹, representada no caso estudado, pelas pressões dos meios de comunicação. Assim, os poderes costumam agir de forma a agradar a referida opinião, sem que busquem efetivamente solucionar o problema.

Trata-se, à evidência, de mais uma manifestação do direito penal simbólico. O objetivo não é tratar a fundo o problema, a criminalidade, mas dar uma resposta aos meios de comunicação que tanto os pressionam. O Direito Penal simbólico tem função política, repassando à população a imagem que se escolheu. Com efeito constante uso dos símbolos na seara penal tem dois escopos: legitimação do poder político, conversível em votos; e legitimação do próprio Direito Penal como programa seletivo de controle social, reduzindo cada vez mais as garantias constitucionais²⁷⁰.

Tal fenômeno acarreta em um procedimento legislativo declarativo-formal²⁷¹, porquanto apenas se pretende inserir na norma penal os anseios (e respostas) presentes na opinião pública sobre os temas conflituosos existentes na sociedade, opinião esta retratada pelos meios de comunicação de massa, sem que se pondere se essa medida será eficiente para a solução do problema.

No caso da tipificação do sequestro relâmpago, se está diante de um dos papéis exercidos pelo Direito Penal: conferir uma sensação de tranquilidade aos setores hegemônicos da sociedade, combatendo a imagem de insegurança repassada pelos meios massivos de comunicação. Basta uma releitura das manchetes acima mencionadas para observar a mensagem transmitida pela mídia, levando a crer que o sequestro relâmpago teve sua incidência aumentada em razão da omissa legislação penal e das penas leves que até então eram aplicadas.

Neste tema, importante são as lições de Paulo Queiroz²⁷² ao afirmar que o Estado não está legitimado a criar normas penais - que por sua natureza atingem de modo direto direitos dos cidadãos - sob o argumento de transmitir

²⁶⁹ BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico**. Pág. 22.

²⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Política Criminal: Realidades e ilusões do discurso da pena**. Pág. 56.

²⁷¹ DIÉZ RIPOLLÉS, José Luiz. **El derecho penal simbólico y los efectos de la pena**. Pág. 66.

²⁷² QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**. Pág. 53.

tranquilidade e segurança. O Direito Penal não pode ser utilizado para fins tão rasos, encobrindo as raízes dos problemas sociais subjacentes a toda manifestação delituosa. A sociedade reclama, em seu âmago, pela diminuição do número de delitos, e não o aumento de delinquentes encarcerados.

Pouco importa se o fato é tipificado a teor do art. 157, 158 ou 159, disso cuida a dogmática. No entanto, conforme enuncia Bertold Brecht, o que está normalizado corre o risco de não mais ser percebido criticamente, perdendo-se a capacidade de se indignar²⁷³.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Traduzido por Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002

BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista do IBCCRIM, ano II, 1994.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 42, 2003. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13245-13246-1-PB.pdf>>. Acessado em 30.03.2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Traduzido por José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. 3 v.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2005. 3 v.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Traduzido por Maria Celeste C. J. Santos. 6ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acessado em 26.02.2018 às 19h50min.

BRASIL. **Superior tribunal de justiça**. Habeas-corpus nº 102.613/SP, Relator: Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, Julgado em 26 de agosto de 2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acessado em 26.02.2018 às 21h15min.

²⁷³ BRECHT, Bertold *apud* STRECK, Lenio Luiz. **Quem São Esses Cães e Gatos que nos Olham Nus**.

BRASIL. **Superior tribunal de justiça**. Habeas-corpus nº 86.127/RJ, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, Julgado em 21 de fevereiro de 2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acessado em 26.02.2018 às 21h17min.

CORRÊA, Alessandro Silva. Sequestro é o crime que mais cresce no Brasil. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 12 de novembro de 2001, Cotidianos. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1211200117.htm>>. Acessado em 26.02.18 às 20h45min.

DIÉZ RIPOLLÉS, José Luiz. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. **Boletín mexicano de derecho comparado**. Vol. XXXV, 2002. Disponível em <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710303#>>. Acessado em 29.03.2015 às 20h35min.

FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Um estudo acerca das relações entre a política criminal da Sociedade de risco e a mídia. **Liberdades**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 10, 2012.

FOSCHINI, Ana Carmen. Por segurança, caixas eletrônicos continuam fechados entre 22 horas e 6 horas. **Veja**. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/noticia/arquivo/seguranca-caixas-eletronicos-continuem-fechados-22-horas-6-horas>>. Acessado em 27.01.2015.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FUENTES OSORIO, JUAN L. Los medios de comunicación y el derecho penal. **Revista electrónica de ciência penal y criminológica**. Granada, nº 07/16, 2005. Disponível em <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>>. Acessado em 27.02.2018 às 16h30min.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1942. 2 v.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 7 v.

ITO, Marina. Função do direito penal é limitar o poder punitivo. **Consultor jurídico**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>>. Acessado em 20.02.2018

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Traduzido por Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

NOBLAT, Ricardo. A cidade dos sequestros. **O Globo**. Blog do Noblat. Disponível em <<http://noblat.oglobo.globo.com/noticias/noticia/2004/07/a-cidade-dos-sequestros-17079.html>>. Acessado em 27.01.2015

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PENTEADO, Gilmar. Punição por sequestro relâmpago não muda. **Folha de São Paulo**. São Paulo, Cotidiano, 17 de janeiro de 2006, pág. C3

PIMENTEL, João Paulo. Caixa eletrônico faz 40 anos. **Gazeta do povo**. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/tecnologia/caixa-eletronico-faz-40-anos-aiwkw248ujv2421mvdzen9xzi>>. Acessado em 26.02.2018 às 20h07min.

Polícia tenta desarticular quadrilha de sequestro relâmpago. **O Globo**. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/rio/policia-tenta-desarticular-quadrilha-de-sequestro-relampago-4570164>>. Acessado em 27.01.2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 2 v.

Projeto acaba com caixas eletrônicos nas ruas. **O Globo**. Rio de Janeiro, Matutina, 25 de outubro de 2003, pág. 16

Projeto que tipifica crime de seqüestro-relâmpago aguarda decisão final do Congresso. **Lei & ordem**: direito, jurisprudência, doutrina e cidadania. Disponível em <<http://www.leieordem.com.br/projeto-que-tipifica-crime-de-sequestro-relampago-aguarda-decisao-final-do-congresso.html>>. Acessado em 17.03.2015 às 13h15min.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Política criminal: realidades e ilusões do discurso da pena. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, nº 12, ano 7, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **A mídia e o direito penal**. São Paulo: Boletim IBCCRIM, nº 45, 16 de agosto de 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Traduzido por Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Sequestros relâmpagos. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 17 de agosto de 2004, Editorial, pág. 03.

Sequestro relâmpago ganha pena maior. **Folha de São Paulo**. Disponível em <<http://www.agora.uol.com.br/policia/ult10104u552693.shtml>>. Acessado em 17.03.2015 às 13h20min.

STRECK, Lenio Luiz. Quem são esses cães e gatos que nos olham nus. **Consultor Jurídico**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-06/senso-incomum-quem-sao-caes-gatos-olham-nus>>. Acessado em 24.03.2015 às 16h40min.

Toron elogia PL que torna sequestro relâmpago crime de extorsão. **OAB**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia/10781/toron-elogia-pl-que-torna-sequestro-relampago-crime-de-extorsao>>. Acessado em 27.02.2018

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho penal**: parte general. 2a ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1v.

GÊNESE HISTÓRICA DO ERRO E SUA INTERPRETAÇÃO FRENTE ÀS TEORIAS DA CULPABILIDADE

Pedro Avelino de Andrade
Advogado Criminal

Pós-graduado em Novas Questões de Direito Penal e Processual Penal-
FADIC

Pós-graduado em Direito Penal Economico- IBCCRIM/Faculdade de Coimbra
Mestre em História das Ideias Penais- FADIC

Resumo: O erro é, segundo os penalistas, um dos temas mais difíceis dentro da dogmática penal por necessitar aferir, dentro do claustro psíquico do agente, o desconhecimento ou ignorância do caráter antijurídico da conduta. Nesse contexto, revela-se extremamente importante a investigação da gênese histórica de tal instituto e sua interpretação segundo as teorias da culpabilidade, justamente porque a responsabilidade criminal do indivíduo, nos moldes do direito penal moderno, fundamenta-se na culpabilidade, sendo consequência natural a isenção ou atenuação da pena àquele que atue em erro.

Palavras-chave: Culpabilidade. Erro. Teorias da culpabilidade.

Abstract: Jurists consider error as one of the most difficult subjects within criminal dogmatic precisely because it needs to determine whether the agent, within his/her psychic cloister, had the knowledge or ignorance of the anti-legal character of his/her conduct. In this context, the investigation of historical genesis of error, and its interpretation according to culpability theories, reveals extremely important because the criminal liability of individual, framed in the modern criminal law, is grounded on culpability, being a natural consequence the exemption or mitigation of the sanction to whom act in error.

Keywords: Culpability. Error. Culpability theories.

Sumário: Introdução; 1. Do embrião do erro à dicotomia *error juris-error facti*; 2. O positivismo e a codificação: a falácia do panconhecimento da lei; 3. Historiografia das teorias da culpabilidade e a hermenêutica do erro; 4. Viragem conceitual do erro de tipo e de proibição no Brasil; 5. Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo investigar a gênese histórica do erro no direito penal, sendo esse instituto um alicerce imprescindível para a edificação da teoria do delito.

No campo do direito penal, institutos como o erro e seus aspectos subjetivos continuam sendo temas dos mais inquietantes, em constante desafio aos agentes jurídicos que os enfrentam.

É um vocábulo diminuto, mas dotado da mais profunda repercussão jurídica, vez que está intrinsecamente ligado com a (in)consciência da antinormatividade, o que, em última análise, deságua na existência ou não da culpabilidade.

Para iniciar a investigação tal instituto, indispensável sua conceituação. O erro, segundo Abbagnano, pode ser considerado como *“todo juízo ou valoração que contrarie critério reconhecido como válido no campo a que se refere o juízo, ou aos limites de aplicabilidade do próprio critério.”*²⁷⁴

Transportado para o mundo jurídico, o erro, no dizer de Aníbal Bruno, *“impede o agente de alcançar a representação real do fato.”*²⁷⁵ É, portanto, a não coincidência entre o conhecimento do sujeito e a realidade.

Segundo Cirino dos Santos, *“o conhecimento exclui o erro e o erro indica desconhecimento sobre qualquer objeto”*²⁷⁶, ressaltando que, para o direito penal, tanto o erro quanto a ignorância²⁷⁷ redundam ao mesmo lugar.

De igual forma, para Munhoz Netto, a separação do erro da ignorância é despiciendo, vez que os dois institutos constituem desconformidade cognoscitiva. Não há, por isso mesmo, inconveniente em unificar, no terreno jurídico, os dois conceitos, dada a identidade das consequências que produzem.²⁷⁸

²⁷⁴ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 341.

²⁷⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 109.

²⁷⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba: Editora Fórum, 2004.

²⁷⁷ Segundo Abbagnano, ignorância é a “imperfeição do conhecimento, mais precisamente a deficiência, inseparável do saber humano e devida às limitações do homem.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 534.

²⁷⁸ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 3.

De toda forma, o agente que atua em erro ignora a condição reprovável de sua conduta, sendo esse desconhecimento – ignorância – ou representação não conforme a realidade

O tema é complexo, tanto que Figueiredo Dias, em “O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal”, inaugura sua tese congregando a impressão de diversos penalistas sobre a matéria, que são uníssomos em eleger o instituto do erro como objeto mais difícil para a dogmática penal.²⁷⁹

Nessa toada, Brandão explica a complexidade do instituto se dá em virtude de que:

o tema do erro envolve os conceitos de ação, tipo, antijuridicidade e culpabilidade. Por exemplo, todo erro não prescinde da ação humana, porque o direito penal há muito abandonou a responsabilidade objetiva, onde até os animais eram processados e castigados, para debruçar-se só sobre as condutas do homem. Não prescinde, igualmente da tipicidade, posto que o erro de tipo é uma falta ou ausência de conhecimento sobre dados, quer fáticos, quer normativos, que estão expressos no tipo legal. Não prescinde da antijuridicidade, porque o erro de proibição é a falta de consciência da mesma. Não prescinde da culpabilidade visto que o erro é uma ausência da inculpabilidade.²⁸⁰

Por outro lado, a dogmática penal diz que o conceito de erro deve ser decomposto e classificado segundo a teoria finalista da ação. Ao isolar o gênero erro, a mencionada teoria possibilita a modificação de seus objetos, um dia *fato e lei* e, sob a ótica finalista, reaparecem como *tipo e consciência de antijuridicidade*.

²⁷⁹ Assim diz Figueiredo Dias: “Para não nos tornamos fastidiosa a prova desta afirmação, limitamo-nos a alguns depoimentos da maior autoridade. Assim R. V HIPPEL, *Bewusstsein Vorwort*: a mais importante e a mais difícil das questões da doutrina geral do crime; SAUER, Z 51/164: Nenhum capítulo de toda a doutrina do dolo e mesmo de todo o direito penal é tão cheio de significação prática e tão difícil como o do erro de direito. Ele pertence ao trabalho diário da justiça penal, ao mesmo tempo que põe em questão os alicerces da nossa ciência. É o calcanhar de Aquiles da doutrina do crime; ROXIN, MKrim 1961/211: trata-se da questão praticamente mais significativa da parte geral do direito penal; SCHAFFTEIN, OLG Celle-Fests 175: O problema do erro tem preocupado nos últimos quinze anos, mais do que todas as outras questões da dogmática jurídico-penal, tanto a teoria como a jurisprudência suprema; e Arthur KAUFMANN, Z 76/543: Nenhum outro problema jurídico-penal tem sido, nos últimos anos e mesmo nas últimas décadas, tão esgotante e também tão apaixonadamente tratado como o problema do erro.” FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **O problema da consciência da ilcitude no Direito Penal**. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 1-2.

²⁸⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Inconsciência de antijuridicidade**: sua visão na dogmática penal e nos tribunais brasileiros. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, v. XLI, n.º 1., 2000, p. 253

O tema, longe de ser meramente abstrato, teórico, é expansivo e suscita as mais variadas discussões. Apresenta, nada obstante, evidente interesse prático, quer para o aplicador da lei penal, quer para o sujeito da jurisdição.

A investigação apresenta repercussões, ainda, frente à dogmática penal moderna, que se baseia na responsabilização subjetiva do agente, fortalecendo – o que se denominou entre os doutrinadores – o direito penal da culpabilidade²⁸¹. O erro, então, dada a já mencionada complexidade, demandaria um estudo mais detalhado e atencioso pela doutrina²⁸².

Considerando que a responsabilidade criminal do sujeito, nos moldes do direito penal moderno, fundamenta-se na culpabilidade, é natural se imaginar que ninguém possa ser punido sem se levar em consideração a consciência da ilicitude da conduta.

É possível justificar a presente pesquisa no aparente vazio normativo, no âmbito do direito penal, acerca do erro de proibição, o que torna dificultosa a sua aplicação nos casos concretos.

Com base nisso, o presente artigo se ocupa de realizar uma análise histórica sobre o instituto do erro, com a finalidade de investigar o surgimento da dicotomia tradicional e fornecer, assim, a base necessária para a análise da dicotomia do erro à luz da teoria finalista da ação. O aspecto histórico, assim, se revela fundamental porque fornece subsídios importantes na construção conceitual do erro.

Ultrapassada as primeiras impressões cognitivas do erro, oportuno discorrer sobre a origem do referido instituto.

1. DO EMBRIÃO DO ERRO À DICOTOMIA *ERROR JURIS-ERROR FACTI*

Só faz sentido discutir o erro, em seu aspecto jurídico, quando é possível verificar o critério da culpabilidade, isto é, a responsabilização

²⁸¹ O princípio da culpabilidade afasta a responsabilidade objetiva pelo simples resultado; a responsabilidade criminal passa a ser pelo fato e não pelo autor do fato; e a culpabilidade passa a ser a medida da pena. BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15

²⁸² BRANDÃO, Cláudio. **Erro de proibição: uma análise da sua relevância para a exclusão da culpabilidade**. Recife: Dissertação de mestrado em direito da UFPE, 1998, p.04

subjetiva do agente que voluntariamente praticou fato típico, antijurídico e culpável.

É por isso que na Grécia Antiga o erro não foi objeto de estudo por não haver responsabilidade subjetiva do agente. No entanto, Cláudio Brandão, baseado na obra “As Leis”, de Platão, destaca que foram os gregos os primeiros a tratar do referido instituto, funcionando o erro como uma espécie de atenuante. O autor desenvolve sua linha de raciocínio a partir do seguinte trecho da referida obra de Platão, *verbis*:

Todo aquele que for pego roubando um templo, se for um estrangeiro ou um escravo, terá o estigma de sua maldição marcado a fogo na sua testa e nas suas mãos, além de sofrer o látigo no número de golpes decretados pelos juízes; ademais, será expulso nu para além das fronteiras do país, pois talvez após ser assim punido, possa disciplinar-se para uma vida melhor. (...) mas se qualquer cidadão reiteradamente condenado por esse ato, ou seja, a perpetração de alguma falta gravíssima e infame contra os deuses, os pais ou o Estado, o juiz o considerará como já incurável, reconhecendo que, apesar de todo o treinamento e educação que recebeu desde a infância, não se conteve, a ponto de cometer pior das iniquidades. Para ele a pena será a de morte, o que para os outros [cidadãos] será um exemplo benéfico, pois o verão caído em desgraça e eliminado para além das fronteiras do país²⁸³

Com efeito, Platão faz alusão a uma responsabilização penal diferenciada entre dois grupos: os gregos; e os estrangeiros e escravos. Os escravos e estrangeiros, por não terem sido educados conforme as leis do Estado, deveriam ter punição mais branda que os cidadãos gregos, por não conhecerem a ilicitude de suas condutas – demonstrando, assim, que embora não seja um instituto explorado na Grécia Antiga, seu fim teleológico era utilizado para minimizar a responsabilidade do agente.

Em Roma, cujo legado jurídico é irrefutável, sobretudo na questão do erro por causa da discussão do dolo. Para os romanos, o dolo (*dolus malus*) possuía dois elementos: vontade e consciência da ilicitude – germen da consciência da ilicitude, como entende-se hodiernamente. Brandão ensina que o *dolus malus* era aquele no qual havia uma vontade aliada a um mau

²⁸³ BRANDÃO, Cláudio. **Erro de proibição**: uma análise da sua relevância para a exclusão da culpabilidade. Recife: Dissertação de mestrado em direito da UFPE, 1998, p. 58-59.

propósito, propósito este conhecido e querido pelo agente, qual seja, o dolo valorado pela consciência da antijuridicidade.²⁸⁴

O erro, como dito acima, trata da consciência da antijuridicidade, que tem por conteúdo a antijuridicidade e por objeto a culpabilidade.²⁸⁵ Segundo Lucio Herrera, “*los romanos fueron los primeros en tratar científicamente la cuestión de la intención*”²⁸⁶. E a análise dessa intenção é importantíssima para o estudo do instituto do erro, visto que se encontra intimamente relacionada ao *dolus malus*, que era a intenção aliada ao mau propósito.

Dessa forma, é em Roma que o instituto do erro encontra sua solidez, havendo nítida distinção entre “*error juris*” e o “*error facti*”.²⁸⁷

Cabe ressaltar que o tratamento sobre o instituto do erro, assim como sobre os demais assuntos abordados no período romano, não é uníssono na doutrina, visto que os estudos desenvolvidos pelos romanos não fornecem regras gerais sobre a temática.

Amor y Neveiro, na sua obra “A ignorância da lei no direito penal romano”, adverte que a doutrina sobre a ignorância da lei no direito romano é complexa e casuística, esclarecendo que a matéria é diretamente abordada em “De Juris et Facti Ignorantia” do Digesto (Título VI do Livro XXII), onde se encontra a norma mais ampla, idealizada por Paulo: *juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere* (a ignorância do direito prejudica, a ignorância do fato não prejudica).²⁸⁸

Após a invasão dos Bárbaros e, conseqüentemente, a queda do Império Romano ocidental, cessou, temporariamente, a preocupação com o elemento psicológico do crime, ao qual se relaciona a matéria da ignorância da ilicitude. Objetivista, o direito bárbaro não dava qualquer relevo ao conteúdo moral do delito.²⁸⁹

²⁸⁴ BRANDÃO, Cláudio. **A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal**. Revista de informação legislativa, n 136, 1997, p. 57.

²⁸⁵ Ibid, p. 57.

²⁸⁶ HERRERA, Lucio Eduardo. **El error en materia penal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971, p. 14.

²⁸⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Revista Forense, p. 383.

²⁸⁸ AMOR Y NEVEIRO, Constante. **La ignorancia de la Ley en el Derecho Penal Romano**. In: HERRERA, Lucio Eduardo. **El error en materia penal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971, p. 16.

²⁸⁹ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro, 1978, p. 35.

No direito germânico vigia a responsabilidade penal objetiva, ficando o instituto de erro no ostracismo. Nesse sentido, afirma Figueiredo Dias que

Na Alemanha, p. ex., a ideia de proteger os indivíduos que poderiam ver-se punidos, ainda quando tivessem actuado com a mais recta consciência, por ignorarem leis que – não se encontrando agrupadas as mais das vezes em grandes diplomas e sendo, em todo o caso, confusas, de difícil interpretação e de aplicação quase arbitrária, quando não mesmo escritas em linguagem estranha – estavam fora do alcance do seu conhecimento, aliada posteriormente à reacção contra os excessos legislativos do estado autoritário, conduziu à preservação da relevância do erro de direito e impediu em larga medida a carreira do princípio da inescusabilidade da ignorância da lei penal.²⁹⁰

Apenas com o advento da *Constitutio Criminalis Carolina*, nome empregado pelos alemães²⁹¹, no século XVI, a responsabilidade passou a ser subjetiva. Dessa forma, a responsabilidade criminal ficou condicionada a configuração do dolo. Decerto, como diz Florêncio Filho, a *Constitutio Criminalis Carolina* é um marco para o direito alemão, pois a partir da sua instituição fica claramente verificada a responsabilidade subjetiva do agente, visto que se individualiza a conduta do sujeito ativo a partir do elemento volitivo.²⁹²

Já no direito canônico, o erro de fato foi analisado sob o princípio da *ignorantia facti excusat*, ou seja, quando o agente desconhecer as circunstâncias fáticas do ilícito, incidiria o erro de fato, escusando sua conduta. Distingua-se, ainda o erro de fato evitável e inevitável. Se o erro sobre as circunstâncias fáticas fosse grosseiro, o agente seria responsabilizado penalmente, não incidindo, desta maneira, a escusabilidade do erro de fato.

Nilo Batista ensina que:

A ignorância e o erro sobre os fatos também vicia a vontade, exonerando o sujeito de responsabilidade – desde, é claro, que

²⁹⁰ DIAS, Jorge Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 43.

²⁹¹ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p.

²⁹² FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio Pinto. **Erro no direito penal**: Análise da Relevância da Volição e da Consciência na Construção Conceitual da Dogmática Penal. Recife. Dissertação de Mestrado em Direito na UFPE. Recife, 2009, p. 26.

ele não tivesse o dever de conhecê-los (*oportuit eum scire*). Não é invincibilis (e portanto não escusa) a ignorância grosseira (*crassa et supina*), que o sujeito negligenciou ultrapassar, nem aquela proposital (*affectata*). Graciano inaugura a distinção entre ignorantia iuris naturalis e ignorantia iuris civilis, que estará na base da teoria da relevância do erro sobre direitos locais, estatutários, escusando, como queria Graciano, alguém ausente e distante (*si erat abserns et remotus, excusatur*)²⁹³

Essas matrizes do instituto do erro foram fundamentais para o desenvolvimento do tema, encerrando a dicotomia entre erro de fato e de direito, aperfeiçoando para erro de tipo e erro de proibição.

2. O POSITIVISMO E A CODIFICAÇÃO: A FALÁCIA DO PANCONHECIMENTO DA LEI

Antes de adentrar propriamente na viragem conceitual da dicotomia entre erro de direito-erro de fato em erro de tipo-erro de proibição, cabe discorrer sobre o positivismo jurídico, que influenciou toda a dogmática penal e criou a ficção jurídica da inescusabilidade do conhecimento das leis.

A política é o dínamo da sociedade. Todo conhecimento produzido pela humanidade é influenciado, visceralmente, pela política vigente da época, seja para confirmá-la ou negá-la, mas sempre em sua órbita. Sendo assim, o contexto político é extremamente importante para se analisar os pensamentos da época.

Não se faz, com essa assertiva, uma crítica à interferência da política sobre o direito penal. Pelo contrário. A aceitação do poder que a política tem sobre o direito penal lubrifica a racionalização da norma e do ordenamento. Segundo Zaffaroni, todo conceito jurídico-penal é um conceito político, e também é técnico, visto que toda política possui suas técnicas.²⁹⁴

Sendo o direito penal influenciado pelas circunstâncias políticas de uma determinada sociedade, mostra-se temerário a importação não adaptada das idéias advindas, principalmente aquelas já obsoletas nos países de origem.

²⁹³ BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**, I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 208.

²⁹⁴ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **En torno de la cuestión penal**. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2005, p. 75.

No caso do Brasil, a problematização, além das críticas pertinentes ao pensamento atécnico do político por ventura existente, se intensifica em razão dessa importação tardia, como no caso do positivismo – que influenciou não somente o direito, mas uma enciclopédia de conhecimento.

Com base em Hegel, e sua logicidade, os penalistas vão dizer que só seria considerado como científico ou como verdadeiro o que estivesse dentro do padrão lógico – *só é racional o que é real e só é real o que é racional*. Se a ideia de lógica está na base do pensamento do século XIX, a dogmática penal em formação no século XIX, não poderia ficar alheia ao padrão de racionalidade que naquele tempo existia.

Com o positivismo jurídico, a principal fonte de direito passou a ser a lei escrita e os positivistas, capitaneados por Manzini, fundamentaram na questão política a ideia da obrigatoriedade do conhecimento da lei – que é uma das maiores falácias do ordenamento jurídico.

E os Códigos criados a partir de então vão assimilar essa ideia que não estava na base de formação do direito penal, sendo uma assimilação circunstancial e sem a análise profunda do instituto.

Importante fazer uma diferenciação entre o desconhecimento da lei na época ilmunista e em Roma. Na cidade eterna, o ordenamento jurídico era baseado no direito consuetudinário – não se falando em princípio da legalidade, que foi instituído juridicamente por Feuerbach, apenas no século XIX, apesar de sua abordagem política já ter sido delineada por Beccaria em “Dos Delitos e das Penas”.

E a legalidade surge exatamente para que os cidadãos saibam quais condutas são penalmente relevantes. Por isso, por uma questão de política criminal positivista, criou-se a ficção jurídica do conhecimento geral das leis.

Daí a importância do erro para a dogmática penal, como leciona Zaffaroni:

La persona que no puede saber – o a la que no puede exigírsele que sepa o que comprenda – en la situación concreta, que está actuando de un modo que objetivamente habilitaría el ejercicio de poder punitivo sobre ella, no puede ser sujeto de éste sin violar reglas elementales de racionalidad, que importarían la negación del principio de legalidad o del objetivo político general que de él se deriva. Si el principio de legalidad se establece fundamentalmente para que los ciudadanos puedan conocer y comprender la conminación

penal de su conducta antes de su realización, el principio de culpabilidad es su necesaria consecuencia, al imponer que, cuando por cualquier causa al agente le fuese imposible (o no le fuese razonablemente exigible en la circunstancia concreta) esa comprensión o conocimiento, no pueda ejercerse poder punitivo.²⁹⁵

3. HISTORIOGRAFIA DAS TEORIAS DA CULPABILIDADE E A HERMENEUTICA DO ERRO.

O comportamento humano é extremamente complexo e dotado de infinitas possibilidades, tendo as teorias – tanto do dolo quanto da culpabilidade – ao longo da história tentado abarcar essas condutas em um esquema perfeito de reprovação estatal.

A culpabilidade, segundo Jiménez de Asúa, pode ser definida como o conjunto de pressupostos que fundamentam a reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica.²⁹⁶ É, sem dúvidas, o instituto mais sensível dos elementos do crime em razão da sua essência subjetiva.

O dolo, como anota Jiménez de Asúa, é o paradigma do elemento subjetivo e a espécie principal da culpabilidade²⁹⁷. Assim, arremata Figueiredo Dias, tem-se o dolo como elemento da culpa, abrangendo o conhecimento do tipo e o conhecimento do sentido social da ação e, como outro elemento da culpa, a consciência da ilicitude.²⁹⁸

Assim ensina Jiménez de Asúa, *“debemos exigir en el dolo la consciencia del deber de violar la norma, pero no la consciencia de la antinormalidad en sí como noción profunda de norma en cuanto el Estado la ha hecho suya en referencia a la cultura.”*²⁹⁹

Com efeito, nas lições de Figueiredo Dias, conhecimento do tipo e consciência da ilicitude surgem como elementos de valoração de um substrato cumulativamente constituído pelo tipo e pela ilicitude, ficando assim

²⁹⁵ ZAFFARONI, Raúl Eugenio; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editar, 2006, p. 725.

²⁹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **La Ley y el Delito - Principios del Derecho Penal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 352.

²⁹⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **La Ley y el Delito - Principios del Derecho Penal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 359.

²⁹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 157.

²⁹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **La Ley y el Delito - Principios del Derecho Penal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 361.

fundamentada a solução das teorias do dolo e recusada a das teorias da culpa.

300

Na perspectiva da história da culpabilidade, quatro teorias procuram explicar a localização da consciência da antijuridicidade: a teoria estrita do dolo, a teoria limitada do dolo, a teoria estrita da culpabilidade e a teoria limitada da culpabilidade.

As construções doutrinárias sobre elas derivam da posição do antigo *Reichsgericht* – o alto Tribunal do Império Alemão. O Tribunal desconsiderou a consciência da antijuridicidade, quer como elemento do dolo, quer como elemento da culpabilidade.³⁰¹

A doutrina alemã, diante das injustiças causadas pelo Tribunal do Império, como anota Brandão, criou uma saída para as decisões do RG: deu uma nova interpretação ao art. 59 do Código Penal alemão de 1871, o qual vigorou até a segunda metade desse século.³⁰²

3.1 Teoria estrita do dolo.

A teoria estrita do dolo se baseia na dogmática de Binding, segundo o qual o dolo está integrado pela consciência e voluntariedade de praticar uma conduta antijurídica³⁰³. Assim, para essa teoria, a consciência da antijuridicidade é elemento do dolo e, quando ocorre a sua ausência, o dolo fica excluído. Para que se perfaça o dolo, o conhecimento da antijuridicidade precisa ser atual, pois *dolus significa reprovar al autor el hecho de no haber detenido ante el pensamiento de estar obrando antijurídicamente*³⁰⁴

Dessa forma, como ensina Brandão, o agente precisa efetivamente saber que dirige sua vontade a uma ação antijurídica.³⁰⁵ Nessa concepção, qualquer erro, quer seja de tipo, quer seja de proibição, exclui o dolo. Pelo erro

³⁰⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 154-155.

³⁰¹ MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho penal**. Barcelona: Ariel, 1962, p. 133.

³⁰² BRANDÃO, Cláudio. **A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal**. Revista de informação legislativa, n 136, 1997, p. 59.

³⁰³ CORDOBA RODA, Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoria del delito**. 2 ed. Montevideo: BdeF, 2013, p. 117.

³⁰⁴ BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal: la doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 72.

³⁰⁵ BRANDÃO, Cláudio. **A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal**. Revista de informação legislativa, n 136, 1997, p. 59.

de tipo, exclui-se a vontade de praticar o fato típico e antijurídico, excluindo-se, portanto, o elemento psíquico do dolo; pelo erro de proibição exclui-se a consciência da antijuridicidade, excluindo-se, portanto, o elemento normativo do dolo.

Uma crítica anotada por Tereza Serra é a impunidade dos agentes que incidiam em erro de proibição vez que ao passo que desconheciam a ilicitude de sua conduta, não havia a previsão da punição da norma violada, em sua modalidade culposa, *in verbis*:

Na realidade, a teoria do dolo, tal como foi concebida inicialmente (estrita), conduzia a consequências insuportáveis do ponto de vista jurídico e social, uma vez que, sempre que faltasse a consciência de ilicitude – quaisquer que fossem os motivos – o dolo era afastado, criando-se desta maneira graves lacunas de punibilidade. O mesmo é dizer que, em todos os casos de desconhecimento evitável da proibição, a respeito dos quais não se impunha pena à correspondente conduta negligente, o agente ficaria impune.³⁰⁶

Welzel, de igual forma, critica a teoria estrita do dolo especificamente porque essa teoria parte da premissa de que o dolo é o objeto do injusto penal enquanto que a consciência de antijuridicidade é apenas uma *parte constitutiva da reprovabilidade*³⁰⁷. E arremata:

*El conocimiento de la antijuricidad no es lo que se reprocha al autor, sino el porqué se reprocha al autor el dolo antijurídico. Porqué el autor pudo conocer la antijuricidad y por consiguiente pudo omitir su decisión antijurídica de acción, es que se le hace el reproche.*³⁰⁸

3.2 Teoria limitada do dolo

Essa teoria foi gerida, segundo Córdoba Roda, por iniciativa legislativa através do Projeto Gürtner de 1936, que previa o seguinte:

Actúa dolosamente quien lleva a cabo el hecho con conciencia y voluntad, siendo consciente de obrar el injusto o de infringir la ley (parágrafo a, párrafo 2)... El error es relevante si se basa en una actitud que es incompatible con una concepción sana de Derecho y injusto (parágrafo b)... Actúa por imprudencia el

³⁰⁶ SERRA, Tereza. **Problemática do erro sobre a ilicitude**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 59-60.

³⁰⁷ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 174.

³⁰⁸ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 175.

*sujeto que desconoce que su conducta es antijurídica o antilegal. Si la simple imprudencia no está castigada, al autor se le impondrá la pena de ... (parágrafo c, párrafo 2)*³⁰⁹

Tal projeto legislativo embasou-se na doutrina de Mezger que, num primeiro momento, conforme confessado pelo próprio autor, defendia a teoria estrita do dolo ao lado de Schroeder e Langhin-Rinchsen.³¹⁰

Com efeito, essa teoria foi idealizada para ampliar a teoria do dolo e evitar a ausência de responsabilização que a teoria estrita do dolo não evitava, principalmente quanto aos crimes culposos, pois exigia o conhecimento atual – o que dificultava, quando não impedia a punibilidade.

Não obstante, alerta Assis Toledo, a teoria limitada do dolo, pretendendo superar as falhas da teoria estrita do dolo, inaugurou novos problemas com a possibilidade de punição do indivíduo não por sua conduta, mas por aquilo que é, *daí derivando em linha reta um direito penal do autor de consequências imprevisíveis*.³¹¹

Esclarecedora, sobre o tema, são as lições de Mezger:

Mi opinión personal sobre este debatido problema es la siguiente: Que es inadmisibile la separación entre el dolo y la conciencia de la antijuricidad de la acción. Quien no sepa que obra antijurídicamente, no comete ninguna acción dolosa. Afirmar lo contrario sería ir contra la verdad. La más clara diferenciación que puede darse para la imputabilidad de la acción es que o bien el autor, en la consecución de su fin ha obrado conscientemente contra el Derecho o bien ha obrado con una creencia (aún falsa y evitable) de la juridicidad de su acción. Ahora bien, el problema consiste en si la fórmula regular de culpabilidad del parágrafo 59 es realmente “dolo” en este sentido estricto en todas sus partes o si en determinadas relaciones pueden prescindir de ciertas limitaciones. Creemos que no se puede prescindir de ciertas limitaciones: la ignorancia de la antijuricidad de la acción descansa sobre una concepción que no concuerda ni con el injusto, resulta que esta

³⁰⁹ CÓRDOBA RODA, Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**. Barcelona: Bosch, 1962, p. 108. Em sentido oposto, Figueiredo Dias defende o pioneirismo de Beza dos Santos, que teria primeiro se pronunciado sobre a teoria limitada do dolo, exprimindo a ideia da concepção do dolo como um elemento da culpa de que faz parte a consciência da ilicitude. Assim diz o autor: “*Exatactamente uma década depois desta tomada de posição de Beza dos Santos vem MEZGER a propor, na Alemanha, uma construção absolutamente paralela e que encontrou larga aceitação.*” FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 160.

³¹⁰ MEZGER Edmund. **La Culpabilidad en el Moderno Derecho Penal**. Valladolid: Universidade de Valladolid, 1956, p. 27.

³¹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 283.

ignorancia por sí sola no puede esquivar la forma regular de culpabilidad. Este punto de vista valorativo constituye la consecuencia lógica obligada que resulta de la aplicación de la idea de la “concepción normativa de la culpabilidad”, lo cual nos fuerza a reducir al mínimo posible, como hemos hecho, las inevitables limitaciones.³¹²

De igual forma, Figueiredo Dias:

Qualquer das construções apontadas é, no cunho construtivo-sistemático da expressão, uma *teoria do dolo*, pois reconhece que o dolo é elemento da culpa e mesmo que dele faz parte a consciência actual da ilicitude. No que delas divergem da *estrita* do dolo é só considerarem que não apenas o dolo autêntico (dolo-do-facto + consciência actual da ilicitude) justifica a aplicação ao agente da moldura penal mais grave, mas também outras situações que, não sendo conceitualmente dolo, todavia lhe devem ser equiparadas, para efeitos prático-normativos.³¹³

Como visto, no mesmo esteio da teoria restrita do dolo é o da teoria limitada do dolo: ambas consideram a consciência da antijuridicidade como elemento do dolo, com a diferença de que não mais precisaria ser uma consciência atual, mas potencial.

3.3 Teoria estrita da culpabilidade.

A mudança conceitual, que traslada a teoria do dolo para a culpabilidade, reside na forma de conceber o dolo e do local a ele atribuído na dogmática penal. Herrera explica que, para a primeira teoria, o dolo integra a consciência de antijuridicidade estando, por conseguinte, dentro da culpabilidade; ao passo que a teoria da culpabilidade considera que a consciência de antijuridicidade não integra o dolo, estando este ligado apenas ao elemento volitivo.³¹⁴

Córdora Roda afirma que a teoria da culpabilidade partiu inicialmente do

³¹² MEZGER Edmund. **La Culpabilidad en el Moderno Derecho Penal**. Valladolid: Universidade de Valladolid, 1956, p. 29-31.

³¹³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 161-162.

³¹⁴ HERRERA, Lucio Eduardo. **El error en materia penal**. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1971, p. 86-87. Mezger, no entanto, afirma que apesar do famoso acórdão de 18 de Marco de 1952 do *Reichsgericht*, o qual sacramentou que “a pena pressupõe culpabilidade”, ter sido um grande avanço na dogmática penal, dito Tribunal confundiu-se ao contrapor as teorias do dolo e da culpabilidade, pois, diz o autor, a teoria do dolo é uma teoria da culpabilidade expressa de forma especial. MEZGER, Edmund. **Derecho Penal. Parte General**. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 253

pensamento de von Hippel que, em 1908, adaptando as ideias de van Hammel, afirmou que:

*Se debe distinguir el actuar dolosamente contrario al Derecho, culposamente contrario al Derecho (em el sujeto por error culposos no se presenta el carácter antijurídico de su conducta) e inculpable. Al actuar dolosamente contrario al Derecho le corresponde la pena señalada en la ley. El obrar antijurídico no culpable es impune. A la conducta culposamente contraria al Derecho le corresponde la imposición de una pena atenuada.*³¹⁵

E, segundo Herrera, Graf Zu Dohna é o primeiro que desenvolve de forma clara a teoria estrita da culpabilidade. Com efeito, a teoria estrita da culpabilidade, gerida pelos finalistas³¹⁶, partiu de remodelagem do dolo e da culpabilidade no momento que separou a consciência de ilicitude do dolo, tornando-se elemento autônomo dentro do juízo de tipicidade.

O dolo passa a ser um elemento exclusivamente naturalístico, diferentemente da consciência de antijuridicidade que passa a ser um elemento normativo separado do dolo.

Assim, como sintetiza Florêncio Filho:

Com a teoria extrema da culpabilidade, a falta da consciência de ilicitude mantém o dolo íntegro, excluindo-se apenas a culpabilidade. Assim, o agente que age sem a consciência de antijuridicidade pratica um fato típico e antijurídico, mas não culpável, por faltar a consciência de antijuridicidade, que é elemento autônomo dentro do juízo de culpabilidade.³¹⁷

Com essas mudanças, o instituto do erro, nas suas duas concepções gerais, vão sofrer consequências sensíveis. No erro de tipo, por exemplo, o erro vicia o dolo impedindo-o a abarcar de forma correta os elementos do tipo, enquanto que no erro de proibição anula a consciência da ilicitude por estar agora localizada na culpabilidade.

Por isso, explica Assis Toledo, *é que o erro de proibição exclui, quando inevitável, a culpabilidade. E, como não há crime sem culpabilidade, esta forma*

³¹⁵ CORDOBA RODA, Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**. Montevideo: BdeF, 2013, p. 123-124.

³¹⁶ Muito embora, defende Herrera, não se possa atribuir a paternidade exclusiva a tal corrente. HERRERA, Lucio Eduardo. **El error en materia penal**. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1971, p. 87.

³¹⁷ FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio Pinto. **Erro no Direito Penal: Análise da relevância da volição e da consciência na construção conceitual da dogmática penal**. Recife: Dissertação de mestrado em direito da UFPE, 2008, p. 64.

*de erro impede a condenação, seja por dolo, seja por culpa.*³¹⁸

Brandão ensina que na teoria estrita da culpabilidade, a consciência da antijuridicidade é sempre potencial. Não vai se indagar se o agente tinha efetivamente esta consciência, mas far-se-á um juízo pessoal sobre o sujeito para aferir se ele tinha, naquelas determinadas circunstâncias do cometimento da ação típica e antijurídica, a possibilidade de ter o conhecimento do injusto.

319

Como decifra Assis Toledo:

Aparentemente, a doutrina apresenta-se lógica, inatacável. Erro de proibição evitável, mas que não se evitou – consequência: condenação atenuada por dolo. Tudo bem, se não fosse o pequeno detalhe do crime culposos, já referido, e que aí está distante de nossos olhos. Por que o agente, em certas hipóteses de legítima defesa putativa, não evita, como podia e devia, a prática do crime? De duas, uma: a) por negligência, imprudência ou imperícia; e b) por dolo. Na primeira hipótese o crime só pode ser culposos, jamais com dolo atenuado, por não ser pensável um fato único “culposos-doloso”, verdadeiro monstro mitológico. Na segunda hipótese o crime é um todo doloso.

Com a teoria da culpabilidade, portanto, o erro de tipo exclui o dolo, mas admite a responsabilização por culpa se houver expressa previsão legal e o erro de proibição exclui a consciência de antijuridicidade.

3.4 TEORIA LIMITADA DA CULPABILIDADE

Tanto a teoria estrita da culpabilidade quanto a limitada convergem para a exclusão da consciência de antijuridicidade do dolo. A diferença, todavia, reside no erro quanto às causas de justificação ou discriminantes putativas.

Para a teoria estrita da culpabilidade, fica excluída a consciência da antijuridicidade, ou seja, será erro de proibição; ao passo que na teoria limitada o erro quanto às discriminantes putativas, dependendo do caso, será equiparado ao erro de tipo, excluindo o dolo, ou erro de proibição, excluindo a culpabilidade.

³¹⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 284.

³¹⁹ BRANDÃO, Cláudio. **A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal**. Revista de informação legislativa, n 136, 1997, p. 60.

Como ensina Assis Toledo:

Em suma, a divergência irremovível entre a teoria estrita e a limitada está no tratamento do erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, para primeira erro de proibição, para a segunda uma espécie anômala de erro (erro de tipo permissivo), que produz os mesmos efeitos do erro sobre elemento do tipo, ensejando, portanto, o aparecimento da modalidade culposa.

É a teoria adotada no maior parte da doutrina e da jurisprudência alemã – e pelo Brasil –, a qual diferencia o erro sobre as causas de justificação, ora excluindo a tipicidade, ora excluindo a culpabilidade.³²⁰

Sua adoção, pelo sistema penal brasileiro, foi justificada na Exposição de Motivos da Reforma do Código Penal:

17. É, todavia, no tratamento do erro que o princípio *nullum crimen sene culpa* vai aflorar com todo o vigor no direito legislativo brasileiro. Com efeito, acolhe o Projeto, nos artigos 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (*Tatbestandsirrtum*) e erro sobre a ilicitude do fato (*Verbotsirrtum*). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do artigo 21), mantendo-se no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada "teoria limitada da culpabilidade" (Culpabilidade e a Problemática do Erro Jurídico Penal, de Francisco de Assis Toledo, in Rev. Trib. 517/251).³²¹

4. VIRAGEM CONCEITUAL DO ERRO DE TIPO E DE PROIBIÇÃO NO BRASIL

Como dito acima, em 1925 Graf zu Dhona, analisando o direito romano, revalorizou o instituto do erro, alterando a nomenclatura até então dispensada. De erro de direito para erro de tipo; de erro de fato para erro de proibição. O erro, segundo o autor, deve incidir sobre a consciência da valoração negativa, enquanto que o erro de fato, não poderia incidir só sobre os elementos objetivos, mas sobre todo o tipo penal – *tatbestandirrtum*.

³²⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Comares, 2002, p. 499.

³²¹ Exposição de motivos nº 211, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>

O próprio Welzel reconhece que foi Graf zu Dhona quem deu o passo decisivo para a mudança de panorama no instituto do erro:

*hacia la comprensión de que el juicio de la culpabilidad, lo mismo que en la constatación de la antijuridicidad, nos encontramos ante el resultado de una valoración; separó tajantemente la valoración (reprochabilidad) y el objeto de la misma (dolo) y redujo el concepto de la culpabilidad a la valoración del objeto. Siguiendo el camino iniciado por Dohna, la doctrina de la acción finalista asigna al dolo, que había quedado en aquel autor sin patria, su lugar apropiado, como una especie de la voluntad final de la acción, en el tipo (subjeto) de los delitos dolosos.*³²²

A mudança da interpretação do erro emprestada pela doutrina finalista não se ateve apenas à nomenclatura, mas, principalmente na mudança dos institutos, que até então eram o fato e a lei, passando a ser o tipo e a consciência da ilicitude.

O erro de tipo e o erro de proibição, nos dizeres de Bitencourt, não representam uma simples renovação das normas, mas uma profunda modificação conceitual³²³ em razão da própria consciência de antijuridicidade.

Essa consciência da ilicitude, verdadeira antítese do erro de proibição, é, segundo Welzel:

*El error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (luego, con pleno dolo de tipo). “El autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que estaría permitido” (BGH.); no conoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causa de justificación.*³²⁴

No Código Penal de 1940, vigorava a dicotomia tradicional do erro, qual seja, erro de fato-erro de direito, consoante se pode depreender dos artigos 16 e 17, de referido diploma legal.

Diante da mudança de prisma inaugurada pela forte doutrina alemã, o Brasil, em 1984, reformou parte do Código Penal e passou a adotar a teoria finalista da ação e, por conseguinte, a dicotomia do erro passou a ser erro tipo-

³²² WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 83.

³²³ BITENCOURT, Cezar Roberto e MUÑOZ CONDE, Francisco. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 397.

³²⁴ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1997, p. 196.

erro de proibição, consoante se depreende dos artigos 20³²⁵ e 21³²⁶ de referido diploma legal.

Assim, percebe-se que a dicotomia do erro que passa a vigorar no Brasil, após a reforma ocorrida na parte geral do Código Penal brasileiro em 1984, é a dicotomia finalista, erro de tipo-erro de proibição.

O erro, seja ele de tipo ou de proibição, está umbilicalmente ligado à consciência de antijuridicidade. E essa consciência divide-se pela doutrina, em consciência de antijuridicidade formal e material.

A consciência da antijuridicidade formal exige, para o seu perfazimento, o prévio conhecimento da norma, que dá à conduta o caráter de ilícita, assim, por exemplo, o sujeito só terá consciência da ilicitude de sua conduta furtiva, se conhecer o art. 155 do Código Penal.

Para citar, Franz Von Liszt é um dos autores que defendem tal visão, sustentando que a consciência de antijuridicidade só se consuma se o autor sabe que *“su acto ataca, lesionando o poniendo en peligro, los intereses jurídicamente protegidos, ya sean de un individuo o ya sean de la colectividad”*.

327

Já a consciência da antijuridicidade material, como ensina Brandão, demanda apenas a ciência do caráter anti-social da ação, tendo por base a experiência adquirida na vida em sociedade, sendo chamada de consciência profana do injusto.

Segundo Schröder, se há uma distinção entre erro sobre o tipo e erro sobre a proibição, ela só pode ser o reflexo, como num espelho, da distinção entre tipo e ilicitude enquanto momentos constitutivos autônomos do conceito de crime.³²⁸

³²⁵ **Erro sobre elementos do tipo**

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei..

³²⁶ **Erro sobre a ilicitude do fato**

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

³²⁷ LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. Vol. II. Traducción Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Reus, p. 414.

³²⁸ SCHRÖDER, H. **Die Irrtumsrechtsprechung** des BGH. Z 65/1953. In DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema da consciência da ilicitude no Direito Penal. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 66.

5. CONCLUSÃO

A presente análise, ainda que perfunctória, serve para apontar os inquietantes problemas pertinentes ao instituto do erro. Focou-se na pesquisa histórica do tema pela necessidade de delimitar o âmbito da falta de percepção da reprovabilidade do comportamento, pois, como qualquer instituto do direito penal, o erro não é uma construção isolada no tempo, sendo produto de uma evolução histórica que apenas pode ser compreendido nos dias atuais quando colocado em referência com seus antecedentes históricos.

O germen do problema do erro já era, timidamente, percebido na Grécia Antiga uma vez que, segundo as obras de Platão, havia uma nítida responsabilização penal diferenciada entre dois grupos: os gregos; e os estrangeiros e escravos.

Embora o instituto do erro não tenha sido alvo de estudo pelos gregos, havia uma certa leniência quanto aos escravos e estrangeiros já que, por não terem sido educados conforme as leis do Estado – e por conseguinte não conhecerem o caráter ilícito de suas condutas –, deveriam ter punição mais branda da que os cidadãos gregos.

A problemática do erro vai ganhar corpo científico no direito romano. O legado jurídico de Roma é irrefutável, sobretudo na questão do erro por causa da discussão do dolo. Para os romanos, o dolo (*dolus malus*) possuía dois elementos: vontade e consciência da ilicitude. E a combinação desses dois ingredientes – o mau propósito –, quando conhecido e querido pelo agente, era o dolo valorado pela consciência da antijuridicidade.

A análise dessa intenção é importantíssima para o estudo do instituto do erro, visto que se encontra intimamente relacionada ao *dolus malus*, que era a intenção aliada ao mau propósito. Dessa forma, é em Roma que o instituto do erro encontra sua solidez, havendo nítida distinção entre “*error juris*” e o “*error facti*”.

Após cerca de um milênio de influência do direito romano, os penalistas, com base em Hegel, e sua logicidade, vão dizer que só seria considerado como científico ou como verdadeiro o que estivesse dentro do padrão lógico –

só é racional o que é real e só é real o que é racional. Em razão dessa ideia de lógica estar na base do pensamento do século XIX, a dogmática penal em formação no século XIX, naturalmente, alheia não ficou.

Com o positivismo jurídico, a principal fonte de direito passou a ser a lei escrita e os positivistas, capitaneados por Manzini, fundamentaram na questão política a ideia da obrigatoriedade do conhecimento da lei – que é uma das maiores falácias do ordenamento jurídico.

E os Códigos Penais criados a partir de então vão assimilar essa ideia que não estava na base de formação do direito penal, sendo uma assimilação circunstancial e sem a análise profunda do instituto.

No final do primeiro quarto do século XX, Graf zu Dhona, analisando o direito romano, revalorizou o instituto do erro, alterando a nomenclatura até então dispensada. De erro de direito para erro de tipo; de erro de fato para erro de proibição. O erro, segundo o autor, deve incidir sobre a consciência da valoração negativa, enquanto que o erro de fato, não poderia incidir só sobre os elementos objetivos, mas sobre todo o tipo penal – *Tatbestandirrtum*.

Essa mudança da interpretação do erro emprestada pela doutrina finalista não se ateve apenas à nomenclatura, mas, principalmente na mudança dos institutos, que até então eram o fato e a lei, passando a ser o tipo e a consciência da ilicitude. O erro de tipo e o erro de proibição, dessa forma, não representam uma simples renovação das normas, mas uma profunda modificação conceitual em razão da própria consciência de antijuridicidade.

No Brasil, a redação original do Código Penal de 1940 vigorava a dicotomia tradicional do erro, qual seja, erro de fato-erro de direito, consoante se pode depreender dos artigos 16 e 17, de referido diploma legal. Todavia, diante da mudança de prisma inaugurada pela doutrina alemã, o Brasil, em 1984, reformou parte do Código Penal e a dicotomia do erro passou a ser erro tipo-erro de proibição, consoante se depreende dos artigos 20³²⁹ e 21³³⁰ de

³²⁹ **Erro sobre elementos do tipo**

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

³³⁰ **Erro sobre a ilicitude do fato**

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

referido diploma legal.

Na perspectiva da história da culpabilidade, quatro teorias procuram explicar a localização da consciência da antijuridicidade: a teoria estrita do dolo, a teoria limitada do dolo, a teoria estrita da culpabilidade e a teoria limitada da culpabilidade.

Para a teoria estrita do dolo, a consciência da antijuridicidade é elemento do dolo e, quando ocorre a sua ausência, o dolo fica excluído. Para que se perfaça o dolo, o agente precisa efetivamente saber que dirige sua vontade a uma ação antijurídica. Nessa concepção, qualquer erro, quer seja de tipo, quer seja de proibição, exclui o dolo. Pelo erro de tipo, exclui-se a vontade de praticar o fato típico e antijurídico, excluindo-se, portanto, o elemento psíquico do dolo; pelo erro de proibição exclui-se a consciência da antijuridicidade, excluindo-se, portanto, o elemento normativo do dolo.

A teoria limitada do dolo também considera a consciência da antijuridicidade como elemento do dolo, mas difere que não mais precisaria ser uma consciência atual, mas potencial. Essa teoria foi idealizada para ampliar a teoria do dolo e evitar a ausência de responsabilização que a antiga teoria do dolo não evitava, verificada, principalmente, quanto aos crimes culposos, pois exigia o conhecimento atual – o que dificultava, quando não impedia a punibilidade.

A teoria estrita da culpabilidade, gerida pelos finalistas, partiu da remodelagem do dolo e da culpabilidade no momento que separou a consciência de ilicitude do dolo, tornando-se elemento autônomo dentro do juízo de tipicidade. Com essa mudança, o instituto do erro, nas suas duas concepções gerais, vão sofrer consequências sensíveis. No erro de tipo, por exemplo, o erro vicia o dolo impedindo-o a abarcar de forma correta os elementos do tipo, enquanto que no erro de proibição anula a consciência da ilicitude por estar agora localizada na culpabilidade.

Tanto a teoria estrita da culpabilidade quanto a limitada convergem para a exclusão da consciência de antijuridicidade do dolo. A diferença, todavia, reside no erro quanto às causas de justificação ou discriminantes putativas.

Para a teoria estrita da culpabilidade, fica excluída a consciência da antijuridicidade, ou seja, será erro de proibição; ao passo que na teoria limitada

o erro quanto às discriminantes putativas, dependendo do caso, será equiparado ao erro de tipo, excluindo o dolo, ou erro de proibição, excluindo a culpabilidade.

De se ver, assim, que a teoria finalista, desenvolvida por Welzel, não introduziu, em verdade, nada de novo na dogmática penal, senão apenas deslocou os elementos subjetivos do crime (dolo e culpa) da culpabilidade para o tipo.

Assim, com a passagem do dolo e da culpa para a tipicidade, há uma valoração da vontade da ação, tendo ela que ser direcionada ao fim em que se deu o resultado. É o querer o resultado ocorra e não o mero acontecimento do resultado.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**, I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal**: la doctrina del delito-tipo. Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 72.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTENCOURT, Cezar Roberto e MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. **A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal**. Revista de informação legislativa, n 136, 1997.

_____. **Erro de proibição**: uma análise da sua relevância para a exclusão da culpabilidade. Recife: Dissertação de mestrado em direito da UFPE, 1998.

_____. **Inconsciência de antijuridicidade**: sua visão na dogmática penal e nos tribunais brasileiros. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, v. XLI, n.º 1., 2000.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba:

Editora Fórum, 2004.

CÓRDOBA RODA, Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**. Montevideo: BdeF, 2013.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

_____. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio Pinto. **Erro no direito penal**: Análise da Relevância da Volição e da Consciência na Construção Conceitual da Dogmática Penal. Recife. Dissertação de Mestrado em Direito na UFPE. Recife, 2009.

HERRERA, Lucio Eduardo. **El error en materia penal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Revista Forense.

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Comares, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **La Ley y el Delito - Principios del Derecho Penal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 352.

LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. Vol. II. Traducción Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Reus.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho penal**. Barcelona: Ariel, 1962.

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

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal. Parte General**. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SERRA, Tereza. **Problemática do erro sobre a ilicitude**. Coimbra: Almedina, 1985.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

_____. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal.** Buenos Aires: BdeF, 2004.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **En torno de la cuestión penal.** Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2005.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de derecho penal:** parte general. Buenos Aires: Editar, 2006.

