

Ano IV
V. 18
nov/dez. 2011

PUBLICAÇÃO

ESTUDOS JURÍDICOS

REVISTA INVESTIDURA

PUBLICAÇÃO DO PORTAL JURÍDICO INVESTIDURA

ISSN 1983-747X

 REVISTA
INVESTIDURA



INVESTIDURA
PORTAL JURÍDICO

REVISTA ELETRÔNICA INVESTIDURA

Publicação eletrônica bimestral editada pelo
Portal Jurídico Investidura
Florianópolis / SC – Brasil
Número 18, Ano IV, Dezembro de 2011.

EDITORES RESPONSÁVEIS

Diego Nunes
Gustavo Henrique Carvalho Schiefler
Igor de Souza Rodrigues
Ricardo de Holanda Janesch

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Gustavo Henrique Carvalho Schiefler
Ricardo de Holanda Janesch

ENDEREÇOS ELETRÔNICOS

<http://www.revista.investidura.com.br>

Os artigos assinados são de inteira responsabilidade de seus autores. As opiniões neles emitidas não exprimem o ponto de vista da Revista Eletrônica Investidura. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

SUMÁRIO

Affonso Celso Puppe Neto

O EXAME CRIMINOLÓGICO PARA OS CONDENADOS EM REGIME SEMI-ABERTO SEGUNDO O CÓDIGO PENAL E A LEI DE EXECUÇÃO PENAL: UMA GARANTIA IRREMOVÍVEL OU UMA FACULDADE CASUAL? 4

Camilla Barroso Graça

Claudean Serra Reis

RESPONSABILIDADE E IMPUTABILIDADE DO PSICOPATA FRENTE À ATUAL LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA 14

Felipe Neves Caetano Ribeiro

IMUNIDADES DIPLOMÁTICAS: BREVE ESTUDO ACERCA DE SEUS FUNDAMENTOS E APLICABILIDADE 24

Denise Heuseler

Gisele Leite

CONSIDERAÇÕES PRINCÍPIOLÓGICAS SOBRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA .. 36

O EXAME CRIMINOLÓGICO PARA OS CONDENADOS EM REGIME SEMI-ABERTO SEGUNDO O CÓDIGO PENAL E A LEI DE EXECUÇÃO PENAL: UMA GARANTIA IRREMOVÍVEL OU UMA FACULDADE CASUAL?

por **Affonso Celso Pupe Neto**

Acadêmico do 8º Semestre da Faculdade Atlântico Sul/ Anhanguera do Rio Grande.

RESUMO

A partir da verificação de uma incoerência textual havida entre o art. 35 do Código Penal (c/c art. 34 da mesma codificação) e o art. 8º, *parágrafo único* da Lei de Execução Penal, boa parte da doutrina e jurisprudência assentou conceito no sentido de que o exame criminológico passou a ser medida disponível aos critérios do juiz nos casos em que o réu seja condenado a pena em regime inicial semi-aberto. Todavia, diante do princípio da *individualização da pena* e de uma análise semântica levada a efeito especificamente sobre os mencionados dispositivos da lei penal, a questão que suscita irrespondida é: o exame criminológico aos condenados em regime inicial semi-aberto é uma garantia inexorável ou uma faculdade pontual? O presente trabalho demonstra os fundamentos em que se baseia este autor, bem como sua conclusão acerca da temática de referência.

Palavras-chave: Execução Penal; Princípios Constitucionais; Individualização da Pena; Semântica; Subsunção.

THE EXAMINATION FOR CRIMINOLOGY CONVICTED UNDER SEMI-OPEN ACCORDING TO THE CRIMINAL CODE AND CRIMINAL LAW ENFORCEMENT: A WARRANTY OR COLLEGE CASUAL UNSHAKABLE?

Abstract

From the verification of an inconsistency between the text regarded art. 35 of the Criminal Code (c / c art. 34 the same encoding) and art. 8, sole paragraph of Law of Penal Execution, much of the doctrine and concept became law in the sense that criminological examination became available as the criteria of the judge in cases where the defendant is sentenced to the initial semi-open regime. However, before the principle of individualization of punishment and a semantic analysis carried out specifically under the aforementioned provisions of the penal law, which raises the question unanswered is: criminological examination convicted in the initial scheme is a semi-open or a

guarantee inexorable college point? This work demonstrates the fundamentals on which this author and his conclusion about the theme of reference.

Keywords: Criminal Enforcement; Constitutional Principles; Individualization of Punishment; Semantics; Subsumption.

1. DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Sucedido o processo penal e sendo o ato final da persecução uma sentença que determine a condenação do réu, o indivíduo sancionado deverá, em determinados casos, ser recolhido à estabelecimento carcerário para dar início ao cumprimento da pena que lhe foi imposta. Para isso, já no ato sentencial o julgador determina expressamente que sejam diligenciados movimentos cartorários para que se realize a abertura do respectivo processo de execução penal, por onde se tratará em específico das particularidades a serem logradas no cumprimento da sanção designada ao condenado, posto que, a atual Constituição Federal é taxativa ao determinar em seu art. 5º, XLVI que a *lei regulará a individualização da pena*.

Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 32) caracteriza a individualização da pena como o princípio – penal material, penal executivo e, sobretudo constitucional - que “*tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus*”.

Assim sendo, em consequência de o princípio insculpido constitucionalmente se tratar de uma norma de eficácia contida, urgiu como necessário que se instrumentalizasse com minúcia os meios de iniciação, individualização e curso do cumprimento de uma pena imposta, através de leis inferiores, que produzissem uma verdadeira especialização sobre o tema em comento.

2. DA (FALACIOSA) COLIDÊNCIA HAVIDA ENTRE OS ARTS. 34 C/C 35 DO CP versus O ART. 8º, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEP

No sistema penal brasileiro, o cumprimento da pena dá-se, via de regra, em coerência ao que estatui a Lei nº. 7.210 de 11 de julho de 1984, que para fins cotidianos foi nominada de *Lei de Execução Penal*. É nesse regramento que se encontram os meios de satisfação da expiação penal em sentido estrito. Há na lei em vigília, por exemplo, o dimensionamento minucioso dos meios que o apenado poderá tornar-se apto à concessão de regalias (art. 56), ou os meios de admoestação ou punição cabíveis ao indivíduo que desencadear turbulências carcerárias diversas (art. 49 e ss.).

Todavia, em sendo a sentença fixadora de sanção penal um instrumento que, verdadeiramente influi na seara dos *direitos materiais do indivíduo*, o código penal atraiu para sua

competência – ainda que de forma genérica – a implementação de diretivas idôneas a nortear a execução das sanções penais constituídas.

Ocorre que mediante essa concorrência regencial havida entre a Lei de Execução Penal e o Código Penal, é possível extrair em um cotejo entre os dois sistemas normativos que há uma disparidade (aparentemente) gritante entre ambos no que tange ao condenado a cumprir de pena em regime inicial semi-aberto, ser submetido (ou não) ao exame criminológico em momento contemporâneo ao seu ingresso na respectiva colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

A seu turno, o Código Penal no seu art. 34 fixa como regra básica do regime fechado que *O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.* Após, a mesma codificação ao voltar atenção à pauta das regras do regime semi-aberto, consigna no art. 35 que *“Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto.”*. De fácil compreensão, que no acorde das prescrições contidas na legislação material penal denota-se que o exame criminológico surge como uma condição inexorável para o início do cumprimento da pena, nos regimes fechado e semi-aberto.

De outro vórtice, a Lei de Execução Penal traz em seu teor dispositivos que, igualmente, regulamentam a questão da necessidade de submeter o condenado ao exame criminológico. Com efeito, o artigo 5º da legislação referida emana de si a tonalidade do preceito constitucional da individualização da pena, pois, determina que *“Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.”*. Ocorre, que o epicentro da controvérsia surge quando a LEP, no art. 8º, parágrafo único, estatui o seguinte:

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo **poderá** ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto. (GRIFAMOS)

Posto isso, e potencializado o tema em razão de as comentadas leis que norteiam a aplicação do tema em análise terem sido promulgadas em data idêntica, sobrevieram vozes doutrinárias e jurisprudenciais bradantes, que, arrimadas na evidente incoerência havida entre o art. 35 do Código Penal e o art. 8º da LEP, julgaram o exame criminológico como sendo facultativo aos indivíduos condenados em regime inicial semi-aberto. Dentre os ilustres defensores desse entendimento, convém expor, de início, o labor de Fernando Capez (2007, p. 385) que em seu Manual de Direito Penal assim disserta sobre a assimetria havida entre os preceitos legais em análise:

Diante da indisfarçável contradição entre o art. 35 do Código Penal – que estabelece ser compulsório e imprescindível o exame criminológico para que o detento ingresse no regime semi-aberto – e o parágrafo único do art. 8º da Lei n. 7.210/84 – que dispõe, expressamente ser facultativo tal procedimento, ao usar o vocábulo “poderá” -, deve prevalecer a regra da Lei da Execução Penal, que é posterior, dado que direito material sempre precede ao formal.

Ainda, mantendo-se nesse mesmo posto conceitual assim se manifesta sobre o tema Cléber Masson (2010, p. 575):

De acordo com o art. 35, *caput*, do Código Penal, o exame criminológico, a exemplo do que ocorre no regime fechado, é obrigatório no início do cumprimento da pena no semiaberto. Prevalece, contudo, o entendimento de que esse exame é facultativo, não obstante a posição contrária permita uma mais adequada individualização da pena, em face da regra prevista no art. 8º., parágrafo único, da Lei de Execução Penal (princípio da especialidade): “Ao exame de que trata este artigo **poderá** ser submetido o condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime semi-aberto” [...]

Por certo, que a argumentação trazida pelos insígnis cientistas aqui homenageados possui razoável sustentação, porquanto o raciocínio efetivado sobre a fórmula da solução lógica de antinomias é, de fato, consagrada aos casos onde se percebe a prejudicial colidência entre dois estabelecimentos normativos de mesma hierarquia contemporaneamente válidos e eficazes.

Porém, malgrado se deva – e não se esteja a sonegar - deferência ao entendimento diverso, concebemos que o art. 8º, parágrafo único da Lei nº. 7.210/84 não trouxe consigo uma norma conflitante ao que dispôs o art. 35 da Lei nº. 7.209/84, no que tange a obrigatoriedade do Exame Criminológico aos que ingressem na execução de um regime penal semi-aberto, sendo que, portanto, não deflagrou uma verdadeira antinomia normativa, no tocante que descabe assim a fundamentação sobre a fórmula de solução lógica proposta por Norberto Bobbio, que mereça a aplicação do princípio da especialidade.

Cabe ainda, asseverar para o entendimento de Celso Delmanto (2010, p. 229) que, escudando-se no princípio *favor libertatis* aduz para a facultatividade da aplicação do exame criminológico ao condenado em regime inicial semi-aberto:

1. *Exame Criminológico (LEP, art. 8º e parágrafo único)*. Ao tratar do exame criminológico para os que iniciam o cumprimento da pena em regime fechado, o art. 8º, *caput*, da LEP usa a expressão “será submetido a”. Já ao cuidar do exame criminológico para os que começam o cumprimento da pena em regime semiaberto, o parágrafo único desse artigo utiliza a palavra “poderá”. Por esse motivo, em virtude do princípio *favor libertatis*, entendemos ser tal exame facultativo para o regime inicial semiaberto, devendo o juiz, caso o entenda necessário, fundamentar sua decisão.

Igualmente, no que tange ao posicionamento do ilustre doutrinador paulista Celso Delmanto, concebemos pela impossibilidade de alegar-se o princípio do *favor libertatis* ao caso, porquanto a instituição da análise psicosocial do apenado é, além de tudo, uma garantia fundamental deste, para que a pena seja aquilatada às suas reais necessidades, bem como para que sirva como um paradigma central para a própria defesa deste indivíduo.

3. QUANDO O DIREITO TROPEÇA NA LEI INTERPRETADA AO “PÉ DA LETRA”: DESMISTIFICANDO O CARÁTER SEMÂNTICO A QUE IMPLICA A TERMINOLOGIA “*PODERÁ*” DO ART. 8º, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

O entendimento por nós aqui exposto, deriva, em princípio, de uma percepção acurada da funcionalidade do vernáculo *poderá* em meio ao parágrafo único do art. 8º da Lei 7.210 e da interpretação instrumental dos dispositivos das leis especiais penais a partir do paradigma norteador máximo, qual seja este, a Constituição Federal bem como de acordo com o princípio da *individualização da pena*, elementar tanto no direito penal material quanto no direito penal executivo.

Inicialmente, de se notar que a palavra *poderá* é plenamente capaz de suprir duas conotações. Senão vejamos:

Genuinamente, o termo *poderá* surge como uma conjugação do verbo *poder*, precisamente na 3ª pessoa do tempo futuro, no modo indicativo. Assim sendo, essa palavra cumpre-se primariamente como um demonstrativo de *capacidade*, de *prerrogativa*, de *concessão*. Adquire esse tom, quando, por exemplo, se diz que:

O indivíduo que em tempos passados não podia reclamar petição ao poder público, de agora em diante poderá.

De forma secundária, o vernáculo em comento se apresenta como uma qualidade de concessão facultativa, quando conjugado no modo subjuntivo (se), como compreende a doutrina majoritária ser o caso do dispositivo mencionado. Assim será, na situação que se exemplifica a seguir:

*O garoto poderá **ou não** entender de álgebra.*

Atente-se, que nesse caso, quando em meio à oração o *poderá* é aplicado, lhe sobrevém automaticamente a conexão ao termo *ou não*, ao passo que, no primeiro exemplo a palavra em pauta, enquanto efetiva derivação do termo *poder*, dá tons à frase de que havia ali uma verdadeira

concessão de prerrogativa ao indivíduo, que, anteriormente impedido de agir de determinada forma, a partir da aplicação do termo passa a lograr dessa competência.

Ao mais, entendendo-se que o artigo 8º, parágrafo único da LEP trouxe consigo uma norma facultativa se está a dotar esse dispositivo como uma *norma de permissão omissiva*, pois, de acordo com o que diz Luis Sergio Fernandes de Souza (2005, p. 20) “*um comportamento com o status deôntico de facultativo (omissão permitida) nada mais é do que um comportamento indiferente ou proibido, conforme a comissão seja ou não permitida.*”.

Adiante, inobstante a exemplificação acima versada aparente verdadeira tautologia dispensável, é fundamental que se fixe uma diferenciação acerca dos sentidos adquiridos em meio a uma oração pelo vernáculo *poderá*, porquanto é a partir dessa consciência que se compacta o entendimento de que o exame criminológico é regra inflexível a ser perfeccionada sobre o apenado que parte em ingresso ao regime inicial semi-aberto.

Defensor do mesmo entendimento ora laborado – ainda que se utilizando de fundamentação diferenciada – Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 304) destaca em sua obra “Individualização da Pena” que o Exame Criminológico cumpre indispensável função ao referencial básico à realização inicial eficaz da garantia constitucional da individualização da pena:

Ora, ainda que se diga que esse exame será realizado no início do cumprimento da pena, destina-se ele a garantir a correta *individualização executória* da pena, não se podendo concluir que esta foi e está sendo satisfatória, mormente considerando-se que diretores de presídio não possuem conhecimento técnico especializado para a visualização criminológica do condenado, se não for elaborado outro exame criminológico.

É indubitável que para que a pena seja individualizada, há que se verificar em específico as condições psicológicas em que o indivíduo se encontra no momento do início da expiação da sanção penal.

Interessante ainda colacionar o posicionamento de Nucci (2006, p. 310) em seu Código Penal Comentado, quando o insigne doutrinador assim versa:

39. Exame Criminológico de classificação do regime semi-aberto: segundo o Código Penal, esse exame é obrigatório, embora no art. 8º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal preceitue ser facultativo. O mais indicado, no entanto, é seguir o estipulado no Código Penal, tendo em vista que a realização do exame é benéfica ao condenado.

De se notar, que malgrado o mestre paulista considere que a Lei de Execução Penal traga em seu art. 8º, parágrafo único que o exame criminológico é facultativo aos condenados em regime inicial semi-aberto - o que, vale lembrar, não se alia ao nosso já fundamentado posicionamento - de outro vórtice, concordamos com o posicionamento do autor em comento ao passo que o mesmo dá

especial atenção ao fato de que a análise psicossocial é um benefício a que o apenado tem direito, porquanto essa verificação técnica é o instrumento idôneo para que se estabeleça um referencial de como o indivíduo chegou psicologicamente ao sistema carcerário.

Trata-se, pois, de ter consciência de que existe um rol de elementos que, diferentemente da resolução antinômica proposta por boa parte da doutrina, aponta com contundência para a necessidade da feitura do laudo psicológico, ao passo que, diferentemente de uma imposição prejudicial a tutela dos direitos fundamentais do apenado, o exame criminológico lhe resguarda a otimização da garantia de uma pena adequada.

Outro representante da doutrina que se pareia ao entendimento que ora nos propomos a defender é Cezar Roberto Bittencourt (2006, p. 574 – 575). O ilustre autor, ao deferir específica atenção ao problema surgido – ou criado (?) – pelo cotejo entre os arts. 34 e 35 do Código Penal e 8º, Parágrafo Único da Lei de Execução Penal, em seu Tratado de Direito Penal tece os seguintes argumentos:

Essa contradição é aparente. Temos dois diplomas legais que regulam um mesmo tema. Um deles, o Código Penal, determina a realização obrigatória do exame criminológico, quando o regime inicial de cumprimento de pena for o semi-aberto (art. 35). O outro, a Lei de Execução Penal, não proíbe a realização do exame, pelo contrário, permite, embora não obrigue como faz o Código Penal. Também não impede que outro diploma legal, da mesma hierarquia determine sua realização. Não. E é exatamente o que ocorre: o Código Penal, ao regulamentar a matéria, entendeu necessária e conveniente a realização obrigatória do exame criminológico, em ambos os regimes (fechado e semi-aberto), para melhor individualizar a execução da pena e, assim, atender esse postulado constitucional, pois o diagnóstico criminológico está para a correta execução da pena privativa de liberdade assim como os exames clínicos e radiológicos estão para o tratamento dos pacientes de Medicina.

E, ainda mantendo atenção aos ensinamentos de Bittencourt, na mesma obra, assim emite o autor seu expresso posicionamento em relação ao tema central em análise:

Concluindo, se há dois estatutos legais regulando o mesmo assunto, um criando *uma obrigação* e outro, *uma faculdade*, evidentemente prevalece a norma cogente, sem que se possa vislumbrar uma contradição ou mesmo a derrogação de um pelo outro (ambos entraram em vigor na mesma data). Um estatuto faculta, outro determina: cumpre-se a determinação. Não há incompatibilidade.

Inobstante nosso posicionamento difira levemente do que preleciona o douto jurista gaúcho – eis que não vislumbramos a facultatividade havida em razão do *poderá* contido no parágrafo único do art. 8º da LEP – é coerente o que o mesmo afirma, ao passo que, não se pode compreender a existência de uma incompatibilidade entre normas, e assim valer-se do critério de

solução de antinomias, taxando que a feitura do exame criminológico nos condenados ao regime inicial semi-aberto, quando em verdade não há de fato a mencionada contradição. Nestes casos, forte no que afirma Bitencourt, deve prevalecer a regra cogente, que determina um comportamento comissivo e obrigatório.

4. DA NECESSIDADE DE PRIMAR-SE POR UMA INTERPRETAÇÃO COERENTE AO TEXTO CONSTITUCIONAL E SUAS GARANTIAS

Há ainda, como elemento capital de finalização dos fundamentos que embasam a posição aqui defendida, a inafastável (re)leitura que **deve** ser instituída sobre o Código Penal e a Lei de Execução Penal em relação a subsunção que tais normas têm de apresentar em relação a Constituição Federal.

Com efeito, na consciência de que as normas que atualmente tratam acerca do exame criminológico foram editadas ambas no ano de 1984, e tendo sido nossa Supra Norma promulgada em 1988, é inevitável, e mais, é imprescindível, que haja uma readequação da legislação infraconstitucional aos paradigmas adotados pela lei máxima, pois, como bem há na própria nomenclatura, a lei é *infraconstitucional*, e, nesse tocante, se relega ao que há disposto na norma máxima. Nesse espectro, cabe escudamento nas palavras de Aury Lopes Júnior (2010, p. 284-285):

[...] a Constituição (e principalmente seus princípios) e os Princípios Gerais do Direito são cruciais, até porque o sistema penal deve passar pelo filtro constitucional. Tudo deve se conformar à Constituição. Os princípios (especialmente os constitucionais) são normas fundamentais ou gerais do sistema. São o próprio espírito da norma, eis que dela emergem. São fruto de uma generalização sucessiva.

É o que a doutrina Constitucional intitulou de *interpretação conforme a Constituição*. Segundo Alexandre de Moraes (2006, p. 12) a “*finalidade, portanto, dessa regra interpretativa é possibilitar a manutenção no ordenamento jurídico das leis e atos normativos editados pelo poder competente que guardem valor compatível com o texto constitucional.*” Sem embargo, que na vigência de uma constituição atenta aos Direitos e Garantias Fundamentais do indivíduo, e diante de uma contradição aparente entre normas, é básico que, antes mesmo da utilização de sistemáticas lógicas de resolução de antinomias, se faça uma quesitação sobre como o Poder Constituinte se manifestou sobre o assunto.

A reflexão do efeito das normas infra-constitucionais deve sempre passar por uma interpretação espelhada nas Garantias Fundamentais fixadas pela Supra Norma. Assim sendo, é de se notar que quando se estiver defronte a uma dificuldade de resolução interpretativa legal, há que se voltar o raciocínio para a Constituição Federal e, a partir daí reiniciar a verificação

hierárquica, levando a efeito uma varredura dos preceitos insculpidos na Carta Magna, e, dessa origem, dar curso aos demais métodos de desagravo de um empecilho interpretativo.

Destarte, nesse ponto, em referência ao tema central deste trabalho, a Carta Excelsa é clara ao determinar no art. 5º, XLVI que a *lei regulará a individualização da pena*, dando conta de que é primordial que haja uma sanção personalíssima para cada indivíduo, devendo-se utilizar de todos os recursos viáveis para que se alcance este fim constitucionalmente pretendido.

5. DA RESPOSTA CONCLUSIVA

Com efeito, sob a guarda do que ora resta exposto nesse trabalho, não se estará a incorrer em erro, quando se afirma que exame criminológico é fundamental, pois, conforme Beccaria (2009, p. 22) “*Cada homem tem a sua maneira de ver; e o mesmo homem, em épocas distintas vê diversamente os mesmos objetos*”, ao passo que, portanto, deve-se tomar uma base do indivíduo quando este ingressa ao cárcere apenatório, para que lhe seja garantido direito a sua *dignidade humana*, e também, inclusive, se tenha, a fins de política estatal, um paradigma de verificação da (in)competência do sistema penal e sua função ressocializadora.

Nesse jaez, em conclusão, no que tange a análise do tema em comento, não há - defronte ao contexto havido entre as normas (ditas) contraditórias – espaço para a aplicação do método de solução de antinomias, porquanto não há efetiva colidência entre estas, bastando assim, para a eficiente resolução da problemática, a análise coerente da semântica textual dos artigos, bem como a adequação dos mesmos ao paradigma contido na Constituição Federal referente ao princípio da individualização da pena, sistema que, se devidamente aplicado, de acordo com os fundamentos que restam expostos neste trabalho, apontam para a resposta do quesito formulado no título do presente artigo, qual seja este o da *obrigatoriedade da imposição do exame criminológico aos condenados em regime inicial semi-aberto como garantia irremovível*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. 10. reimpressão., (2009) São Paulo: Martin Claret, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º ao 120). 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELMANTO, Celso, et. al. Código Penal Comentado. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

MASSON, Cléber Rogério. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – vol. 1. 3ª. ed. rev. atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. Manual de Execução Penal: teoria e prática – de acordo com a lei nº. 9.714/98. São Paulo: Atlas, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Código Penal Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. O Papel da Ideologia no Preenchimento das Lacunas do Direito. 2. ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NOTAS

[1] – Tanto a Lei nº. 7.209 que veio a reformar a parte geral do código penal, quanto a Lei nº. 7.210 cujo título se deu “Lei de Execução Penal” foram publicadas na data de 11 de julho de 1984.

[2] - Nesse sentido, Bobbio (1995, p. 92) elenca 03 critérios de solução das antinomias, que são o *critério cronológico*, o *critério hierárquico* e o *critério da especialidade*.

[3] – De se ver, ademais, que o princípio geral da individualização da pena contido no direito penal material e direito penal executivo possuem seu sedimento na constituição, sendo que, conforme brilhantemente afirma Sidio Rosa de Mesquita Júnior (1999, p. 31) “*podemos afirmar que o princípio da individualização da pena é constitucional, sendo que o legislador ou julgador que entender diversamente estará violando a própria Carta Magna do País.*”

RESPONSABILIDADE E IMPUTABILIDADE DO PSICOPATA FRENTE À ATUAL LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

por **Camilla Barroso Graça e Claudéan Serra Reis**
Alunos do 7º Período Vespertino do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, apresentado para a cadeira de Tópicos II: Direito e Psicanálise ministrado pelo Professor Moacir Antonio Col DeBella.

RESUMO

Analisa-se os institutos da responsabilidade e imputabilidade no sistema penal. Conceitua-se a psicopatia dando ênfase ao comportamento psicopata apontando suas principais características. Mostra-se como o Direito penal brasileiro trata o psicopata e conclui-se que apesar desses delinqüentes não serem a maioria, são responsáveis pelos crimes mais bárbaros.

Palavra-chave: Imputabilidade. Psicopatia. Sanção. Tratamento. Poder Judiciário

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar o sistema penal brasileiro, no tocante aos crimes cometidos por pessoas com transtornos de personalidade, em especial o psicopata, e os seus efeitos para a sociedade. Para isso é necessário trazermos os conceitos de culpabilidade e imputabilidade.

A partir disso, tentaremos estudar o psicopata, ainda que de forma breve, para analisarmos a capacidade de imputabilidade do mesmo, bem como o tratamento possível a ser realizado.

2 CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Para que possamos analisar o atual sistema penal, no tocante aos crimes cometidos por pessoas com transtornos de personalidade, em especial o psicopata, mister se faz esclarecer, de forma sucinta, o que vem a ser a culpabilidade e quais os seus elementos.

Desde Foucault que o direito “procura distinguir da melhor maneira possível a alienação fingida da autêntica, uma vez que não se condena à pena aquele que está verdadeiramente atingido pela loucura”¹. E será com base nisso que o direito penal brasileiro não penaliza o doente mental, uma vez que aptidão em entender sua atitude criminosa é determinante para a aplicação da pena.

De início, é importante mencionar o conceito de culpabilidade. Para Júlio Fabrini Mirabete a culpabilidade refere-se à “reprovabilidade da conduta do agente, que praticou um fato típico e ilícito, quando o direito lhe exigia um comportamento diferente daquele praticado ou não”². Nesta esteira leciona Rogério Greco:

Culpabilidade diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Reprovável ou censurável é aquela conduta levada a efeito pelo agente, que nas condições se encontrava, podia agir de outro modo³.

Com o envolver dos anos o conceito de culpabilidade vem se aperfeiçoando, tentando encontrar a forma que mais se adapte a realidade, ensejando assim controvérsias acerca de seu custeio. Como forma de sanar essas controvérsias surgiram três teorias, que são a teoria psicológica da culpabilidade, a teoria psicológica-normativa e a teoria normativa pura.

A teoria psicológica da culpabilidade criada por Von Liszt-Beling, afirma que a “culpabilidade é inserida como fator subjetivo ou interno do crime, tendo em vista que é necessário se realizar um liame entre o agente e o fato típico e antijurídico por ele praticado, a ser aferido através do dolo ou culpa em sentido estrito”⁴. Em outras palavras para que haja culpabilidade é necessário que no momento do crime estejam presentes a vontade e a previsibilidade para o resultado da ação.

Como se pode destacar do ensinamento de Júlio Fabrini Mirabete:

Torna-se assim indispensável, para falar em culpa, verificar se no momento do fato estavam presentes a vontade e a previsibilidade necessárias para a consciência do resultado da ação, buscando-se, através do dolo e da culpa, formas da culpabilidade, compor em seu aspecto subjetivo, fundamental para reconhecer a causalidade da ação do agente com o fato ilícito.

1 FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. Coleção Estudos. Dirigida por J. Guinsburg. 3ed. Estudos 61. São Paulo: Perspectiva, 1993, p.139.

2 MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral, arts.1º ao 120 do CP. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010, v.1, p.181.

3 GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.85.

4 OLIVEIRA, Mariana Vasconcelos. **O tratamento dispensado ao criminoso psicopata pela legislação penal brasileira**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, nº 2843, 14 abr. 2011. Disponível em: < jus.uol.com.br/revista/texto/18906 > Acesso em: 12 de maio de 2011.

No entanto, essa teoria não vingou, pois, nela não se explica a relação psíquica entre um sujeito incapaz de prever o resultado da ação, de forma que aquele que sofre coação moral irresistível para praticar determinada ação ou omissão não pode se eximir de culpa ou dolo⁵.

Diante dessas críticas surgiu a teoria psicológica-normativa da culpabilidade, que viu a necessidade de se agregar ao estudo do crime o juízo de reprovabilidade do agente. Para essa teoria a culpabilidade não é só uma conexão psicológica entre o autor e o fato, mas sim um juízo de valoração a respeito de um fato doloso ou culposo. E será por isso, que nesta teoria o dolo e a culpa não podem ser considerados espécies de culpabilidade, mas sim elementos da mesma⁶.

Posto isso, a culpabilidade ganhou uma nova forma, contendo os seguintes elementos: a imputabilidade, o dolo, a culpa e a exigibilidade, pois é a partir desses elementos que se tem a capacidade de um sujeito ser responsabilizado por sua conduta, a partir de elementos que amoldam a vontade do agente no momento do fato, diante do conhecimento da norma proibitiva daquele. Entretanto, mesmo com as modificações trazidas por essa teoria, o conceito de culpabilidade ainda permaneceu falha, porque o dolo e a culpa ainda estavam inseridos no presente conceito, já que ambos estão contidos na formação psicológica do agente, não sendo possível separá-los da ação⁷.

Em contrapartida, a teoria normativa pura, fundamenta-se na teoria finalista, que preceitua que a ação humana consciente deve ser revestida de uma finalidade, ou seja, a conduta do agente passa a ser avaliada para o cometimento do delito. A partir dessa teoria passou-se a entender a culpabilidade como algo intrínseco ao próprio fato, construindo o que se chama de juízo de culpabilidade onde o juiz no momento da aplicação da pena, realiza uma análise da conduta do criminoso para saber se o dolo ou a culpa foram determinantes para a produção do resultado⁸.

É imperioso registrar que essa é a tese adotada pelo legislador penal brasileiro, já que a nossa responsabilidade é subjetiva, isto é, exige-se a vontade para o cometimento do delito. Na mesma trilha, entende o STJ como se demonstra o HC118267/PB:

HABEAS CORPUS. DOIS ROUBOS DUPLAMENTE AGRAVADOS E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. **CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FUNDAMENTOS CONCRETOS E IDÔNEOS. SANÇÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.**

1. Não há falar em constrangimento ilegal na exasperação da pena decorrente da culpabilidade acentuada do agente, porquanto a premeditação, ao contrário do dolo de ímpeto, está a apontar uma conduta mais censurável, diante do planejamento antecipado da ação criminosa, mostrando-se justificada, portanto, a elevação da pena-base

5 Id.

6 Id.

7 Id.

8 Id.

sob esse argumento. (...) (HC 118.267/PB, Rel. Ministro JORGE MUSSI QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 03/05/2010) (*grifo nosso*)

Com a leitura desse julgado, se torna fácil perceber que um novo elemento surge para complementar a culpabilidade, que é a consciência da ilicitude do fato, e a partir daí, a doutrina dominante estabelece como elementos da culpabilidade a imputabilidade, o potencial de consciência sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

3 A IMPUTABILIDADE, ININPUTABILIDADE E SEMI-IMPUTABILIDADE PENAL

Cabe agora analisarmos a imputabilidade, que nada mais é do que a capacidade que o agente tem de ser responsabilizado criminalmente pelos seus atos, uma vez que o homem possui a vontade como norte de suas condutas. Restando então ao direito, saber se no momento do crime, o sujeito tinha plenas condições de entender o caráter ilícito dos seus atos, para que, depois possa ser apontado como autor do crime e conseqüentemente ser submetido ao juízo de culpabilidade⁹.

Nessa esteira, afirma Nucci que “a imputabilidade é o conjunto das condições pessoais envolvendo inteligência e vontade, que permite o agente ter conhecimento do caráter ilícito do fato comparando-se de acordo com esse conhecimento”¹⁰. Posto isso, mister se faz destacar que a legislação penal brasileira expõe causas de inimputabilidade para aqueles indivíduos que não possuem capacidade psíquica de entender a ilicitude da sua conduta, como os portadores de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, os menores de 18 anos e a embriagues completa e involuntária. Conforme preceitua os arts. 26, 27 e 28 do Código Penal.

Para averiguar a inimputabilidade do agente, surgiram três critérios, o primeiro é o biológico, no qual bastava que o agente comprovasse mediante perícia medica a doença mental. O segundo é o critério psicológico onde basta a demonstração que o agente não tinha capacidade de compreender os seus atos. E por fim o último critério que é o biopsicológico no qual o agente inimputável é aquele que no momento do crime tinha afastada a capacidade de entendimento e determinação, este último foi o critério adotado pela legislação brasileira¹¹, como se retira do art.26 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 26: É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardo era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento

9 Id.

10 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.276-277.

11 OLIVEIRA, **Op. Cit.**

De acordo com esse entendimento, percebemos que inimputável é o indivíduo que não é capaz de responder por atos penalmente praticados, e que o legislador elencou algumas causas de exclusão da imputabilidade, como já referidas acima. No entanto como nosso foco, no presente trabalho é a personalidade psicopática, trataremos apenas dos portadores de doença mental e desenvolvimento mental retardado.

A luz do preceptivo em epígrafe permitiu-se notar que o legislador trouxe de forma bem vaga a doença mental não especificando que tipo de doença pode se encaixar nesse título, já que, se tem doenças transitórias, permanentes, orgânicas, funcionais e toxicológicas. O professor Flávio Augusto Monteiro de Barros, se posicionando sobre o assunto diz: “a expressão doença mental deve ser tomada em sentido amplo, compreendendo todas as enfermidades que eliminam totalmente a capacidade de entender ou de querer” 12.

Evidencia-se, portanto, que a doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardado de forma isolada no momento do crime não remove a imputabilidade do agente, pois, apenas a doença mental por si só não autoriza a punição do infrator, devendo ser observado o aspecto de consciência do infrator no momento do delito¹³.

Por fim, vale a pena, falarmos da semi-imputabilidade ao qual diz respeito ao sujeito que não tem total consciência dos seus atos, ou seja, o sujeito não é incapaz por completo. A diferença entre os dois institutos padece na sanção, no instituto da inimputabilidade o sujeito do crime é absolvido e submetido à medida de segurança, enquanto que o sujeito ativo do instituto da semi-imputabilidade ele tem a pena reduzida e pode ser submetido a tratamento¹⁴.

4 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS PSICOPATA

O conceito de psicopatia inicialmente tratava-se como termo geral para a doença mental, vindo a adquirir aspectos de comportamento antissocial. J. ALVES GARCIA os conceitua:

Chamamos personalidades psicopáticas a certos indivíduos que, embora apresentem um certo padrão intelectual, algumas vezes até elevados, exibem através de sua vida distúrbios da conduta, de natureza anti-social ou que colidem com as normas éticas, e que não são influenciáveis pelas medidas médicas e educacionais ou insignificamente modificáveis pelos meios curativos e corretivos¹⁵.

12 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**: parte geral. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.1, p. 381.

13 OLIVEIRA, **Op. Cit.**

14 *Id.*

15 GARCIA, J. Alves. **Psicopatologia Forense**. 2º ed. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1958

Avançando no tempo, uma nova opinião de aproximação da psicopatia como transtorno mental surgira, embalada com os estudos de Hervey Milton Cleckley, que firmou o termo psicopatia, elencando as primeiras características do sujeito psicopata como sendo:

Aparência sedutora e boa inteligência; ausência de delírios e de outras alterações patológicas do pensamento; ausência de "nervosidade" ou manifestações psiconeuróticas; não confiabilidade; desprezo para com a verdade e insinceridade; falta de remorso ou culpa; conduta antissocial não motivada pelas contingências; julgamento pobre e falha em aprender através da experiência; egocentrismo patológico e incapacidade para amar; pobreza geral na maioria das reações afetivas; perda específica de *insight* (compreensão interna); não reatividade afetiva nas relações interpessoais em geral; comportamento extravagante e inconveniente, algumas vezes sob a ação de bebidas, outras não; Suicídio raramente praticado; vida sexual impessoal, trivial e mal integrada; falha em seguir qualquer plano de vida.

J. ALVES GARCIA opina que o que caracteriza a psicopatia é a imaturidade ou anomalia dos instintos, de que derivam as reações emocionais e estéticas da personalidade, as quais se mostram inadequadas aos estímulos e as exigências sociais. O seu sintoma nuclear é esta incapacidade de aprender pela experiência as normas da sociabilidade e bom senso, ou ainda de ajustar-se pela assimilação e pela correção às modificações ou inovações ocorrentes no grupo comunal ou histórico em que deve atuar¹⁶.

Existe a tendência em encaixar os psicopatas como criminosos psicóticos, ou simplesmente como loucos, porém esse conceito meramente taxativo não pode ser aceito, uma vez que todo psicopata tem a potencial consciência de seus atos, o que exclui a possibilidade de considerá-los como doentes mentais, como bem assevera a psiquiatra brasileira Ana Beatriz Barbosa Barros. No entanto, em termos médicos-psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais. Esses indivíduos não são considerados loucos, nem apresentam qualquer tipo de desorientação. Também não sofrem delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como a depressão ou o pânico, por exemplo). Ao contrário disso, seus atos criminosos não provêm de mentes adoecidas, mas sim de um raciocínio frio e calculista combinado com a total incapacidade de tratar as outras pessoas como serem humanos pensantes e com sentimentos.

A Associação Americana de Psiquiatria¹⁷ (*American Psychiatric Association*) atribuiu psicopatia como *distúrbio da personalidade sociopata* ou *reação antissocial*, elencada e definida pelo Manual Diagnóstico e Estatístico dos Transtornos Mentais (*Diagnostic and Statistical of Mental Disorders – DSM*), como se vê:

16 Id.

17 OLIVEIRA, Mariana Vasconcelos

A expressão [personalidade antissocial] é reservada basicamente para indivíduos que estão sem socializar, e cujos padrões de conduta lhes levam a contínuos conflitos com a sociedade. São incapazes de uma lealdade relevante com indivíduos, grupos e valores sociais. São extremamente egoístas, insensíveis, irresponsáveis, impulsivos e incapazes de se sentirem culpados e de aprender algo com a experiência do castigo. Seu nível de tolerância de frustrações é baixo. Inclina-se a culpar os outros ou a justificar de modo plausível sua própria conduta

4.1 PSICOPATAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Devido à falta de empatia, característica inseparável dos psicopatas, reside uma grande probabilidade de esses indivíduos adentrarem no mundo criminoso quando motivados pela ânsia da plena e única satisfação de seu ego. Cumpre então registrar como o psicopata é tratado na realidade brasileira, quais são as medidas atualmente em uso.

A falta de sentimentos do psicopata vem contribuir para sua inserção no meio criminoso, uma vez que será irrelevante, do ponto de vista moral, sua preocupação com o posicionamento da sociedade diante dos seus atos criminosos, bem como com a conseqüente punição estatal às suas condutas.

Como exemplo da manifestação da psicopatia no criminoso¹⁸, na década de 1990, Francisco de Assis Pereira foi apresentado ao Brasil como o "maníaco do parque", o qual, sob o pretexto de impulsionar a carreira de modelo de onze mulheres no estado de São Paulo, as estuprou violentamente, tendo como palco da ação criminosa o Parque do Estado, local onde escondeu o corpo das vítimas que matou.

Depois de ser submetido a vários exames periciais, para avaliar se o grau de psicopatia que o acometia prejudicava sua capacidade de autodeterminação perante os crimes, os médicos nacionais e internacionais concluíram que o "maníaco do parque" tinha potencial consciência do caráter criminoso de suas ações, resultando na condenação a 143 anos de prisão.

Resta-nos entender qual tipo de tratamento é dispensado aos psicopatas na realidade brasileira desde a ocasião da descoberta da manifestação do transtorno de personalidade até sua sanção final. Necessariamente, cumpre registrar os tipos de sanções penais admitidas em nosso país. Por primeiro, aos indivíduos conscientes da sua conduta criminosa (imputáveis) caberão, de acordo com o art. 32 do Código Penal Brasileiro, as penas privativas de liberdade, a serem cumpridas em regime aberto, semiaberto ou fechado, de acordo com a quantidade de pena fixada na sentença (33, § 2º, CPB); as restritivas de direitos, que poderão ser substituídas por prestação de serviços comunitários (44, § 2º); e a multa, a ser paga em pecúnia, que é independente ou cumulada com as outras espécies de pena.

18 OLIVEIRA, Mariana Vasconcelos

Já para os inimputáveis, aqueles comprovadamente incapazes de compreender o feito de sua conduta, incumbirão as medidas de segurança, uma vez que se criou a ideia de que "não seria possível cobrar de quem não possuía noção do valor dos seus atos". Sendo assim, estas pessoas não serão encarceradas, mas sim internadas em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, sujeito a tratamento ambulatorial (art. 96 do CP), com regime disciplinado no Título VI do Código Penal.

Quanto aos agentes semi-imputáveis, a pena é aplicada, porém reduzida, podendo ser substituída pela internação do agente, conforme reza o art. 98 do Código Penal: "na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial".

Em suma, os agentes imputáveis são submetidos a penalidades, os inimputáveis à medida de segurança e os semi-inimputáveis poderão ser penalizados, sempre beneficiados com a redução de pena, ou ainda internados em hospitais psiquiátricos, de acordo com o entendimento do juiz, observados os critérios legais.

Isto posto insta esclarecer em qual destas situações os psicopatas está inserido. A Psiquiatria, predominantemente, tem desenvolvido a tese de que os psicopatas são conscientes de seus atos, muito embora comprometidos aos estímulos criminosos anteriores ao crime. Esta aceção aproxima-se do Direito Penal brasileiro no momento em que se fixou a teoria normativa pura da culpabilidade como forma de responsabilização do indivíduo, a qual exige a compreensão do delito pelo criminoso aliada a sua liberdade de escolha em praticá-lo ou não. Atestada a personalidade psicopática do sujeito criminoso pela perícia técnica, significa dizer que o psicopata entende o que é o crime, possui sua capacidade cognitiva preservada, mas poderá não controlar seus estímulos à prática criminosa, comprometendo sua liberdade de opção no momento do fato, por ter sua vontade reduzida em decorrência da perturbação de comportamento anteriormente presente, possibilidade prevista no parágrafo único do art. 26 do CP, conhecida como semi-imputabilidade.

Como decorrência da semi-imputabilidade, o agente, em regra, irá receber o quantum da pena inferior ao que recebem os imputáveis (art. 26, parágrafo único do CPB), e, em casos de privação de liberdade, estará aprisionado com os demais sujeitos criminosos, onde poderá exercer seu comportamento dissimulado sob o sistema prisional para livrar-se antecipadamente, ou até mesmo estimulando a prática criminosa dos demais encarcerados.

Apesar de os psicopatas não serem presença maior em presídios pelo mundo inteiro, cabe registrar que estão em primeiro lugar na lista como responsáveis pelos crimes mais violentos, e ainda dos que apresentam maior propensão à reincidência delituosa, isto em face da elevada carência de compaixão por qualquer ser humano, ocasião em que se revela a necessidade da utilização de instrumentos específicos contra os criminosos psicopatas.

5 CONCLUSÃO

Como foco deste trabalho, procuramos verificar os meios vigentes acerca do tratamento dispensado aos psicopatas criminosos, pelo que concluímos que o atual modelo de execução penal do Brasil é completamente carente de estrutura física e de pessoal para lidar com os criminosos psicopatas, apesar de a Psiquiatria, conforme mencionado, alertar a necessidade deste cuidado.

Não serve como forma de punição aos psicopatas somente o cárcere, uma vez que apresenta inteira indiferença aos institutos penalizadores diante da sua carência afetiva. E sem o adequado acompanhamento "brincarão" com o sistema carcerário, tendo em vista que poderão manipular a realidade apresentando bom comportamento para serem beneficiados com a progressão de regime, por exemplo, voltando mais rápido à convivência com a população.

Ao mais, tratamentos psicoterapêuticos não mostram eficiência aos psicopatas, não sendo positiva a sua internação em manicômios judiciários; além disso, os psiquiatras garantem não haver cura do transporte de personalidade psicopata.

Assim, é necessário que a administração penitenciária do nosso país volte suas atenções para os psicopatas criminosos, os quais, embora representem uma parcela pequena da população carcerária, são responsáveis pelos mais violentos crimes, refletindo a ânsia social de se ver protegida de sujeitos como esses.

REFERÊNCIA

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**: parte geral. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.1.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. Coleção Estudos. Dirigida por J. Guinsburg. 3ed. Estudos 61. São Paulo: Perspectiva, 1993.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral, arts.1º ao 120 do CP. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010, v.1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Mariana Vasconcelos. **O tratamento dispensado ao criminoso psicopata pela legislação penal brasileira**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, nº 2843, 14 abr. 2011.

Disponível em: < jus.uol.com.br/revista/texto/18906 > Acesso em: 12 de maio de 2011.

IMUNIDADES DIPLOMÁTICAS: BREVE ESTUDO ACERCA DE SEUS FUNDAMENTOS E APLICABILIDADE

por **Felipe Neves Caetano Ribeiro**

Advogado. Bacharel em Direito pela Pontifícia
Universidade Católica de Goiás

Resumo: este artigo aborda, de maneira sucinta, as imunidades conferidas aos agentes diplomáticos no exercício de suas funções e as características dessa prerrogativa. Abordam-se, também, as principais teorias existentes acerca do fundamento jurídico das imunidades diplomáticas: teoria da extraterritorialidade, teoria do caráter representativo e teoria da necessidade funcional. Por último, realiza-se breve explicação acerca das imunidades penais e civis conferidas aos agentes diplomáticos, ao mesmo tempo em que se estabelecem as diferenças existentes entre as imunidades nessas duas áreas. Ressalta-se, ao longo deste estudo, a coerência dos dispositivos da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas com a teoria do interesse funcional como fundamento jurídico das imunidades diplomáticas.

Palavras-chave: imunidades diplomáticas; fundamento jurídico das imunidades diplomáticas. Imunidade civil agente diplomático; imunidade penal.

Abstract: this article aims at briefly approaching immunities attributed to diplomatic agents in their functions and the characteristics of this prerogative. This article also aims at approaching the main theories related to the legal basis of diplomatic immunities: the theory of extraterritoriality, the theory of personal representation and the theory of functional necessity. This research will also entail a brief explanation of penal and civil diplomatic immunities and, simultaneously, establish the main differences between these two areas. The whole explanation in this article will be focused on the coherence verified between the Vienna Convention on Diplomatic Immunities and the theory of functional necessity as the legal basis of diplomatic immunities.

Key words: diplomatic immunities; the legal basis of diplomatic immunities; the civil immunity of diplomatic agents; the penal immunity of diplomatic agents.

1. INTRODUÇÃO

Ao iniciar a abordagem do tema das imunidades diplomáticas, é necessário conceituá-lo, considerando-se que a compreensão do termo “imunidades diplomáticas” será importante para a análise dos fundamentos e da aplicabilidade desse instituto.

A imunidade é o atributo de quem se mantém alheio, inerte, aos efeitos produzidos por determinado acontecimento, situação, pessoa ou coisa. Pode ser conceituada, também, como a condição de quem não se sujeita a algum ônus ou encargo que lhe é imposto ou que é imposto aos demais¹.

A imunidade diplomática, à semelhança de outros institutos encontrados em diversos ramos do Direito, como a Imunidade parlamentar, por exemplo, configura espécie de imunidade jurídica. As imunidades diplomáticas relacionam-se, diretamente, com o Direito internacional e com as relações internacionais, porquanto têm o objetivo de conferir efetividade e segurança às missões diplomáticas e, conseqüentemente, à diplomacia, sendo consideradas imprescindíveis para sua realização e existência.

Nas palavras de Sérgio Eduardo Moreira Lima:

“A palavra imunidade se origina do latim *immunitas*, *immunitatis*, qualidade de imune, isto é, livre ou isento de encargos, obrigações, ônus ou penas. A imunidade é prerrogativa, outorgada a alguém para que se exima de certas imposições legais em virtude do que não é obrigado a fazer ou a cumprir certos encargos ou obrigações determinados em caráter geral. É no campo das relações internacionais que este conceito goza de maior relevância. A imunidade diplomática consiste na soma de isenções e prerrogativas concedidas aos agentes diplomáticos para assegurar-lhes, no interesse recíproco dos Estados, a independência necessária ao perfeito desempenho de sua missão”²

A imunidade diplomática retira da jurisdição do Estado acreditado (aquele que recebe a missão diplomática) os agentes diplomáticos enviados pelo Estado acreditante, visando, desse modo, conferir-lhes a liberdade necessária para a realização e para o sucesso da missão diplomática da qual estão incumbidos.

São inúmeras as definições atribuídas a esse instituto por doutrinadores, referindo-se, em todos os conceitos, à segurança que essa prerrogativa aporta aos agentes diplomáticos e às suas missões. Verifica-se que, desprovidos da imunidade diplomática, os agentes diplomáticos poderiam sofrer intervenção do Estado acreditado, o que impossibilitaria o consenso, a negociação e a prática da diplomacia, a qual consiste, basicamente, no exercício das relações entre os Estados (considerando-se as funções do diplomata de negociar, informar e representar) e é caracterizada pela isonomia.

1 FERREIRA, Sérgio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio, O Minidicionário da língua portuguesa*. Editora Nova Fronteira, 2001. p. 378.

2 LIMA, Sérgio Eduardo Moreira. *Imunidade diplomática Instrumento de Política Externa*. Editora Lumen Juris, 2004, p. 22.

As missões diplomáticas tratam de assuntos que englobam, diretamente, os interesses dos Estados no âmbito de suas relações internacionais. Assim, ausente o instituto das imunidades diplomáticas, as negociações e as relações entre os países estariam sob o risco da imposição daquele que, conforme a situação, estivesse em posição vantajosa ou que lhe possibilitasse o uso de coerção. Nesse contexto, pode-se afirmar que as imunidades diplomáticas contribuem para a manutenção de uma ordem internacional mais equânime e pautada na legalidade, voltada para a negociação e para a obtenção pacífica de resultados efetivos.

Segundo Miguel Ângelo Ciavareli Nogueira dos Santos e Vincenzo Rocco Sicari, respectivamente:

“A execução das funções de uma missão diplomática – órgão das relações externas dos Estados – não seria possível se o Estado acreditado não garantisse a ela e aos seus componentes aquele complexo de tratamentos necessários à sua liberdade, ao seu decoro, à sua independência e, sobretudo, à sua segurança”³

“...são formas de garantia nas relações internacionais entre os Estados soberanos, pressupõem a representação política desses Estados no estrangeiro, decorrentes das necessárias atividades diplomáticas, que regulam os interesses recíprocos das nações. Estão ligadas à necessidade de se proteger os agentes ou representantes de países no estrangeiro, no exercício de suas funções de diplomacia. O *nomen juris* delas, portanto, é apropriado e aceito pela doutrina”⁴

Dessa forma, as imunidades diplomáticas caracterizam-se, principalmente, pela segurança e pela independência da qual revestem as missões diplomáticas e os seus membros, permitindo-lhes exercer suas funções de maneira plena e eficaz. Pode-se destacar como atributo das imunidades diplomáticas a isenção concedida ao agente diplomático, subtraindo-o da jurisdição do estado em que se encontra acreditado. Essa isenção pode ocorrer de maneira absoluta em determinadas situações (imunidade penal) e de maneira parcial em outras situações (imunidade civil).

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DAS IMUNIDADES DO AGENTE DIPLOMÁTICO

O estudo da Imunidade Diplomática, ou de qualquer outro instituto, exige o deslinde prévio de seu fundamento jurídico, a fim de que o estudo possa ser feito em observância à finalidade do tema que se pretende pesquisar. No caso das imunidades do agente diplomático, no decorrer de sua evolução histórica, verifica-se o surgimento de três principais teorias que visam fundamentar e

3 SICARI, Vincenzo Rocco. O Direito das Relações Diplomáticas. Editora Del Rey, 2007, p.123.

4 DOS SANTOS, Miguel Ângelo Ciavareli Nogueira. Imunidades Jurídicas. Editora Juarez de Oliveira 2003, p.117.

legitimar sua existência: a teoria da extraterritorialidade, a teoria do caráter representativo e a teoria do interesse da função, também chamada de Teoria do Caráter funcional.⁵

2.1 Teoria da Extraterritorialidade ou Exterritorialidade

Essa teoria, que teve origem no século XVI⁶, de autoria de Grotius⁷, teve grande importância para a evolução do instituto da imunidade diplomática, considerando-se que norteou sua aplicação durante praticamente três séculos.

O conceito de extraterritorialidade teve, ao longo de sua existência, duas vertentes: de acordo com a primeira vertente, chamada de extraterritorialidade fictícia, o agente diplomático, embora esteja vivendo no Estado acreditado, não deixou, de fato, o território do Estado acreditante, razão pela qual se mantém imune à jurisdição do Estado acreditado; de acordo com a segunda vertente, chamada de extraterritorialidade real, o local da Missão diplomática configuraria prolongamento territorial do Estado acreditante, o que justificaria o fato de a jurisdição do Estado acreditado não alcançar os membros que compõem a missão diplomática.

Nas palavras de Sérgio Eduardo Moreira Lima, a teoria da extraterritorialidade:

“Vale-se de uma ficção para sustentar que o agente supostamente estaria fora do território (*fingitur esse extra territorium*) no qual exerce suas funções, de modo a não estar subordinado à lei da nação estrangeira onde viva. Da extraterritorialidade fictícia passou-se à teoria da extraterritorialidade real, segundo a qual o próprio local da missão diplomática representaria uma extensão do Estado acreditante e não estaria, assim, sujeito à jurisdição do Estado acreditado”⁸

Embora reconhecida a importância dessa teoria para a evolução do Direito Diplomático, a extraterritorialidade não foi o critério adotado pela Convenção de Viena sobre Relações diplomáticas, já que essa teoria apresenta falhas, sobretudo devido ao fato de que o agente diplomático não está, completamente, alheio à jurisdição do Estado acreditado. Embora possa estar protegido pela imunidade, o agente diplomático deve, em consonância com o artigo 41, §1º, da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, respeitar as leis e os regulamentos do Estado em que se encontra.

2.2 Teoria do Caráter Representativo

5 LIMA, Sérgio Eduardo Moreira. Imunidade diplomática Instrumento de Política Externa. Editora Lumen Juris. 2004, p. 29.

6 IDEM, p. 29.

7 SICARI, Vincezo Rocco. O Direito das relações diplomáticas. Editora del Rey, 2007. p.125.

8 LIMA, Sérgio Eduardo Moreira. Imunidade diplomática Instrumento de Política Externa. Editora Lumen Juris, 2004. p. 29/ 30.

A teoria do caráter representativo consistiu, em um primeiro momento, na ideia de que o agente diplomático representaria o próprio soberano do Estado que o acreditou. Portanto, a ideia central da teoria do caráter representativo consubstanciava-se no fato de que, por representar, diretamente, um soberano, o agente diplomático não teria que se submeter a outro soberano (princípio *par in parem non habet iudicium*).

Nas palavras de Vincenzo Rocco Sicari:

“Tal teoria se originou na época monárquica, quando as relações internacionais eram consideradas da mesma forma que as relações pessoais entre os príncipes e os reis. Os diplomatas, por sua vez, eram vistos como representantes diretos dos mesmos.

Na época contemporânea, a missão e os seus agentes representam o Estado acreditante. Portanto, aqueles se beneficiam dos privilégios e das imunidades diplomáticas porque o Estado acreditado, reconhecendo a dignidade e a liberdade dos mesmos, respeita, ao mesmo tempo, a dignidade e a liberdade do próprio Estado acreditante”⁹

Ao longo dos anos, essa teoria manteve sua importância e respaldo, deixando, porém, de vincular-se ao soberano para vincular-se ao Estado, que é representado pelo agente diplomático. De certa forma, a teoria do caráter representativo sempre esteve relacionada ao Estado acreditante, visto que, à época de seu surgimento, a figura do Estado confundia-se com a própria pessoa do soberano – absolutismo monárquico –, como pode ser ilustrado pela célebre frase atribuída a Louis XIV: “L'état c'est moi” – “O Estado sou eu”.

2.3 Teoria da Necessidade Funcional ou Interesse da Função

Segundo a teoria da necessidade funcional ou interesse da função, mais recente que as demais teorias acerca do fundamento das imunidades diplomáticas, a concessão de imunidade ao agente diplomático deve ser atribuída ao aspecto negocial de sua função e à missão a que está vinculado, a qual deve ser exercida de maneira independente e livre, sem subordinações ao Estado acreditado, para que possa atingir os objetivos esperados.

Sérgio Eduardo Moreira Lima, ao abordar a teoria da Necessidade Funcional, escreveu:

“A tendência moderna é, no entanto, a de conceder privilégios e imunidades ao agente diplomático na 'necessidade funcional': as imunidades são outorgadas aos diplomatas porque, de outra forma, não poderiam exercer com independência e adequadamente sua missão. Fossem eles sujeitos à interferência legal e política ou à boa vontade do Estado acreditado ou de seus nacionais, poderiam ser influenciados por considerações de segurança

9 SICARI, Vincenzo Rocco. O Direito das relações diplomáticas. Editora del Rey, 2007. p.126.

e conforto num grau que os prejudicaria materialmente no exercício de suas funções”¹⁰

Desse modo, a teoria da necessidade funcional, combinada à teoria do caráter representativo, confere fundamento jurídico às prerrogativas de imunidade do agente diplomático, conforme se pode depreender da leitura do preâmbulo da Convenção de Viena Sobre Relações Diplomáticas de 1961:

“Os Estados-Partes na presente Convenção, considerando que, desde tempos remotos, os povos de todas as nações têm reconhecido a condição dos agentes diplomáticos; conscientes dos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas relativos à igualdade soberana dos Estados, à manutenção da paz e da segurança internacional e ao desenvolvimento das relações de amizade entre as nações; estimando que uma Convenção Internacional sobre relações, privilégios e imunidades diplomáticas contribuirá para o desenvolvimento de relações amistosas entre as Nações, independentemente da diversidade dos seus regimes constitucionais e sociais; reconhecendo que a finalidade de tais privilégios e imunidades não é beneficiar indivíduos, mas, sim, a de garantir o eficaz desempenho das funções das Missões Diplomáticas, em seu caráter representantes dos Estados; afirmando que as normas de Direito Internacional consuetudinário devem continuar regendo as questões que não tenham sido expressamente reguladas nas disposições da presente Convenção...”¹¹.

Considerando-se a evolução das relações internacionais e o amadurecimento das concepções de Estado e de política, descartou-se, embora reconhecendo sua importância, a teoria da extraterritorialidade, a qual concedia imunidade absoluta ao agente diplomático devido a uma ficção jurídica. Adotaram-se, de maneira complementar, as teorias do caráter representativo e da necessidade funcional. Essas teorias são harmônicas, porque a representação é uma das funções inerentes da Missão Diplomática, cuja realização é feita pelos agentes diplomáticos, de acordo com o artigo 3.º da Convenção de Viena de 1961¹².

Por conseguinte, entende-se que a concessão de imunidade aos agentes diplomáticos, funda-se no fato de representarem interesses de um Estado perante outro, possuindo, sua função, aspecto negocial, cuja independência é imprescindível para a correta manutenção das relações internacionais. Além disso, a teoria do Interesse funcional confere certa limitação ao exercício das imunidades do agente diplomático, o que se harmoniza com os demais artigos da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, e previne o cometimento de abusos e de arbitrariedades.

3. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO PENAL DO AGENTE DIPLOMÁTICO

10 LIMA, Sérgio Eduardo Moreira. Imunidade diplomática Instrumento de Política Externa. Editora Lumen Juris, 2004. p. 32.

11 MELLO, Celso D. de Albuquerque. Tratados e Convenções. 5ª edição. Editora Renovar. p. 32. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. 1961. Preâmbulo.

12 SICARI, Vincezo Rocco. O Direito das relações diplomáticas. Editora del Rey, 2000. p.106.

Consoante a primeira parte do artigo 31, da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, “O agente diplomático gozará da imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado.”¹³. Esse trecho revela o aspecto absoluto da imunidade de jurisdição penal conferida aos agentes diplomáticos e requer que sua interpretação seja feita, conjuntamente, com o §4.º, do mesmo dispositivo, o qual dispõe que “A imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditado não o isenta da jurisdição do Estado acreditante”¹⁴.

Desse modo, a imunidade de jurisdição penal concedida aos agentes diplomáticos no Estado acreditado é absoluta e vale, inclusive, para os atos praticados fora do exercício da função, o que, todavia, não o isenta de responder por eventual crime no seu Estado de origem (Estado acreditante), devendo-se observar, também, o princípio da dupla incriminação¹⁵, que exige que o fato seja tipificado em ambos os países.

O agente diplomático não poderá ser julgado pelos Tribunais do Estado acreditado. Quanto ao cabimento de investigação policial, há divergência na doutrina. José Francisco Resek, ao aludir ao tema da imunidade de jurisdição penal, escreveu que:

“A imunidade não impede a polícia local de investigar o crime, preparando a informação sobre a qual se presume que a Justiça do Estado de origem processará o agente beneficiado pelo privilégio diplomático”¹⁶

Contrapondo-se a essa ideia, o professor Vincezo Rocco Sicari entende que “... os agentes diplomáticos não podem ser perseguidos perante os tribunais do Estado acreditado, nem ser investigados por nenhuma autoridade judiciária ou de polícia”¹⁷.

Por tratar-se de procedimento inquisitivo e informativo (não jurisdicional), o presente trabalho entende que a investigação acerca de ato ilícito praticado por agente diplomático no país acreditado pode ser realizada, inclusive porque se trata de auxílio ao Estado acreditante, o qual deverá receber as informações sobre o eventual fato ocorrido. Entende-se, também, que o procedimento de investigação (inquérito) deverá ser feito com reservas, de maneira a não perturbar as funções exercidas pelo agente diplomático e respeitando os demais limites impostos na Convenção de Viena sobre relações Diplomáticas – inviolabilidade de sua pessoa, residência, bens e correspondência.

13 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Tratados e Convenções*. 5ª edição. Editora Renovar. p. 32. *Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas*. 1961. artigo 31.

14 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Tratados e Convenções*. 5ª edição. Editora Renovar. p. 32. *Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas*. artigo 31, §4.º.

15 LAMBERT. Jean Marie. *Curso de Direito Internacional Público*. Parte Geral. Volume II. Editora Kelps, 2001. p. 288

16 REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. Editora Saraiva, 2006. p. 172.

17 SICARI, Vincezo Rocco. *O Direito das relações diplomáticas*. Editora del Rey, 2007. p.153.

Cumpramos ressaltar, ainda, que a Doutrina Processual Penal brasileira, em consonância com a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, inclui o agente diplomático entre aqueles que não podem ser presos em flagrante “por força de tratados e de convenções internacionais ratificados pelo Brasil”¹⁸.

3.1 Imunidade de Jurisdição Cível e Administrativa

Trata-se de Imunidade referente a processos cíveis e administrativos, sendo que nada impede que o Agente Diplomático figure tanto no polo ativo como no polo passivo da relação processual.

Seguindo a leitura do artigo 31, tem-se a seguinte redação:

“ ...Gozará também da imunidade de jurisdição civil e administrativa, a não ser que de:
a) uma ação sobre imóvel privado situado no território do Estado acreditado, salvo se o agente diplomático o possuir por conta do Estado acreditante para os fins da Missão;
b) uma ação sucessória na qual o agente diplomático figure, a título privado e não em nome do Estado, como executor testamentário, administrador, herdeiro ou legatário;
c) uma ação referente a qualquer profissão liberal ou atividade comercial exercida pelo agente diplomático no Estado acreditado fora de suas funções oficiais...
3. O agente diplomático não está sujeito a nenhuma medida de execução a não ser nos casos previstos nas alíneas 'a', 'b' e 'c', do parágrafo 1.º deste artigo e desde que a execução possa realizar-se sem afetar a inviolabilidade de sua pessoa e sua residência.”¹⁹

Conforme deflui da própria redação do artigo 31 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, a imunidade de jurisdição civil do Agente Diplomático, diferentemente do que ocorre no âmbito penal, não é absoluta e comporta três exceções: a primeira delas recai sobre ações relativas a imóvel situado no Estado acreditado, o qual não se destina à instalação da Missão Diplomática; a segunda exceção recai sobre ações relativas a sucessão em que o agente diplomático é parte interessada como pessoa privada; e a terceira exceção recai sobre ações referentes a profissão liberal ou atividade comercial exercida pelo diplomata fora das suas funções oficiais²⁰. A primeira exceção advém da soberania Territorial do Estado acreditado²¹, o que se soma ao fato de que:

18 BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. Editora Saraiva, 2008. p. 412.

19 MELLO, Celso D. de Albuquerque. Tratados e Convenções. 5ª edição. Editora Renovar. p. 32. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Artigo 31.

20 LAMBERT. Jean Marie. Curso de Direito Internacional Público. Parte Geral. Volume II. Editora Kelps, 2001. p. 288.

21 SICARI, Vincezo Rocco. O Direito das relações diplomáticas. Editora Del Rey, 2007. p. 157.

“... o propósito dos negociadores em Viena foi o de não estender a imunidade às transações comerciais de caráter privado efetuado pelo agente diplomático e assegurar ao reclamante um foro para sua ação...”²²

A segunda exceção, também, relaciona-se à soberania do Estado acreditado, considerando-se que as sucessões são regidas, em regra (de acordo com a legislação de vários países, como o Brasil), pelas Leis dos lugares em que ocorre sua abertura. Nesse sentido, vale citar os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves acerca do artigo 89 do Código de Processo Civil brasileiro:

“Na esfera internacional, dispõe o art. 89 do Código de Processo Civil que compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra 'proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional'. Somente, portanto, se o brasileiro ou estrangeiro, falecido no exterior deixar bens no Brasil é que o foro competente será o da Justiça brasileira. Se os bens deixados estão localizados no exterior, o processamento do inventário e partilha de bens situados no Brasil em país estrangeiro, a sentença não terá validade no Brasil, nem induzirá litispendência”.²³

Verifica-se que, ao estabelecer a exceção presente no artigo 31, §1º, “b”, a Convenção de Viena buscou estar em consonância com o costume internacional, ainda que os casos relativos a essa exceção encontrem pouca incidência na prática²⁴.

Quanto à terceira exceção, relativa ao exercício de profissão liberal ou atividade comercial, tem o escopo de evitar que os agentes diplomáticos, valendo-se da prerrogativa de que dispõem, possam praticar funções alheias às suas atividades profissionais em situação de vantagem com relação aos nacionais do Estado em que se encontrem acreditados. Vale ressaltar que o artigo 42 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas dispõe que “O agente diplomático não exercerá no Estado acreditado nenhuma atividade profissional ou comercial em proveito próprio”,²⁵ admitindo-se, todavia, o exercício de atividade intelectual e literária²⁶.

3.2 Imunidade quanto às Medidas de Execução

22 LIMA, Sérgio Eduardo Moreira. Imunidade diplomática Instrumento de Política Externa. Editora Lumen Juris, 2004. p. 48.

23 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume VII, Direito das Sucessões. Editora Saraiva, 2009. p. 31.

24 SICARI, Vincezo Rocco. O Direito das relações diplomáticas. Editora Del Rey, 2007. p. 158.

25 MELLO, Celso D. de Albuquerque. Tratados e Convenções. 5ª edição. Editora Renovar. p. 32. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. 1961. artigo 42.

26 SICARI, Vincezo Rocco. O Direito das relações diplomáticas. Editora Del Rey, 2007. p. 158.

Essa prerrogativa, conferida ao agente diplomático pelo parágrafo terceiro do artigo 31 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, à semelhança do que ocorre com a imunidade no âmbito penal, não significa que o diplomata possa se esquivar de obrigações eventualmente assumidas. Afinal, caso o agente diplomático não venha a adimplir alguma obrigação ou viole normal contratual, subsistem, ainda, algumas maneiras da vítima ver-se ressarcida, como o ajuizamento de ação no Estado acreditante ou mesmo a obtenção de acerto amigável.

3.3 Renúncia à Imunidade do Agente Diplomático

O Estado acreditante, e não Agente Diplomático, pode renunciar, expressamente, às prerrogativas conferidas aos seus representantes – diplomatas –, possibilitando o seu julgamento pelos tribunais do Estado acreditado. O artigo 32, da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas traz a seguinte redação:

- “Art. 32. 1. O Estado acreditante pode renunciar à imunidade de jurisdição dos seus agentes diplomáticos e das pessoas que gozem de imunidade nos termos do artigo 37.
2. A renúncia será expressa.
3. Se um agente diplomático ou uma pessoa que goza de imunidade de jurisdição nos termos do artigo 37 inicia uma ação judicial, não lhe será permitido invocar a imunidade de jurisdição no tocante a uma reconvenção diretamente ligada à ação principal.
4. A renúncia à imunidade de jurisdição no tocante às ações civis ou administrativas não implica renúncia à imunidade quanto às medidas de execução de sentença, para as quais nova renúncia é necessária.”²⁷

A renúncia somente poderá ser feita pelo Estado acreditante, a pedido do Estado acreditado ou de ofício, não cabendo ao próprio agente diplomático fazê-la, o que corrobora o fato de as imunidades diplomáticas não estarem ligadas à pessoa do diplomata, mas sim ao Estado que representa e à função que exerce. Depreende-se, também, da leitura do artigo 32, que, se o agente diplomático ajuíza uma ação no Estado em que se encontra acreditado, não poderá invocar qualquer imunidade em face de reconvenção, considerando-se o intuito da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de prevenir qualquer situação que possa colocar o agente diplomático em evidente vantagem em relação aos nacionais do Estado acreditado. Esse dispositivo confirma a ligação existente entre as imunidades diplomáticas e o interesse da função desenvolvida pelos agentes diplomáticos no Estado acreditado.

Vale ressaltar que, tendo solicitado a prestação jurisdicional do Estado acreditado (por meio do ajuizamento de uma ação, por exemplo), o agente diplomático não poderá invocar imunidades

27 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Tratados e Convenções*. 5ª edição. Editora Renovar. p. 32. *Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas*. 1961. Artigo 32.

ou privilégios, pois, caso isso fosse possível, haveria clara desigualdade entre as partes envolvidas nos polos ativo e passivo do processo. Por derradeiro, o artigo 32 ressalta que a renúncia à imunidade civil não significa renúncia automática à imunidade de execução, o que reforça o caráter expresso e excepcional da renúncia às imunidades.

4. Conclusão

As imunidades de que dispõem os agentes diplomáticos devem ser analisadas sob a perspectiva de seu fundamento jurídico, que reúne elementos da teoria da necessidade funcional e do caráter representativo da função. Nesse sentido, as imunidades diplomáticas existem em decorrência do aspecto negocial inerente às funções do agente diplomático, as quais são descritas no artigo 3º da Convenção de Viena de 1961. A necessidade de isenção do agente diplomático à jurisdição do Estado em que se encontra deve ser atribuída à imprescindibilidade de independência para o exercício das funções relacionadas à carreira diplomática.

A teoria do caráter representativo da função, combinada à teoria da necessidade funcional, encontra-se presente no preâmbulo da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas e, também, ao longo do texto dessa convenção, conforme se infere, por exemplo, da leitura de seu artigo 32, o qual estabelece que a renúncia às imunidades diplomáticas configura prerrogativa do Estado acreditante. Esse dispositivo demonstra que as imunidades estão ligadas ao Estado que é representado pelo diplomata (e não à pessoa do diplomata) durante o exercício de suas funções.

A imunidade penal do agente diplomático é absoluta, o que não significa que seus atos estejam, também, isentos de responsabilidade perante o Estado que o acredita. A imunidade civil comporta três exceções, as quais se relacionam com a necessidade de preservar aspectos referentes à soberania do Estado acreditado (ações que envolvem bens imóveis e sucessões) e, igualmente, a paridade de relações entre os diplomatas e os nacionais do Estado acreditado (ações que envolvem o exercício de funções liberais). Essas exceções comprovam que o fundamento das imunidades diplomáticas encontra-se no interesse da função exercida pelos agentes diplomáticos enquanto representantes de um Estado.

5. Referências:

BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

FERREIRA, Sérgio Buarque de Holanda. Mini Aurélio, O Minidicionário da língua portuguesa. Editora Nova Fronteira, 2001. p. 378.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Volume VII, Direito das Sucessões. 3.^a

edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

LAMBERT, Jean-Marie. Curso de Direito Internacional Público. Goiânia: Editora Kelps, 2001.

LIMA, Sérgio Eduardo Moreira. Imunidade diplomática Instrumento de Política externa. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

MELLO, Celso D. De Albuquerque. Tratados e Convenções. 5ª Edição. Editora Renovar.

REZEK, Francisco. Direito Internacional Público. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

SANTOS, Miguel Ângelo Ciavareli dos. Imunidades Jurídicas. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

SICARI, Vincenzo Rocco. O Direito das Relações Diplomáticas. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

CONSIDERAÇÕES PRINCIPOLÓGICAS SOBRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

por **Denise Heuseler e Gisele Leite**

Num primeiro momento, procuramos humildemente o conceito de Constituição principalmente por ser alvo de tantas discussões científicas e, por ser amplíssimo seu conteúdo¹ apesar de ser bem concreta sua estrutura.

Há ainda um sentido político de Constituição desenvolvido por Carl Schmitt² que significa o conjunto das decisões fundamentais sobre o modo e forma de existência da unidade de poder.

Ferdinand Lassalle³ sustenta que a Constituição é algo situado no mundo de ser, é dizer que a Constituição é o reflexo das relações de poder que se interagem em uma determinada comunidade política informando todas as leis e instituições jurídicas nesta existente.

1 A insuficiência do conceito formal de constituição é patente e segundo a doutrina entende-se por constituição aquele conjunto de princípios que se situam no vértice de qualquer sistema normativo, relativos a um número variado de entes, tais como os Estados, as organizações internacionais, a comunidade internacional. (In Bobbio, Norberto. Dicionário de Política, p.259.)

2 É considerado um dos mais significativos (porém também um dos mais controvertidos) doutrinadores do direito constitucional e internacional da Alemanha do século XX. Sua carreira foi fatalmente manchada pela sua proximidade com o regime nacional-socialista. O seu pensamento era firmemente enraizado na fé católica, tendo girado em torno das questões do poder, da violência, bem como da materialização dos direitos.

Schmitt é hoje lembrado não só como um "jurista maldito" (sobretudo em razão do seu engajamento na causa nacional-socialista), e como um adversário da democracia liberal, chegando a ser chamado por um de seus críticos, o jurista alemão Günter Frankenberg, de "coveiro do liberalismo" e "Cassandra de Plettenberg do direito público", mas também como um "clássico do pensamento político" (Herfried Münkler). As mais importantes influências sobre o seu pensamento provieram de filósofos políticos, tais como Thomas Hobbes, Niccolò Machiavelli, Jean-Jacques Rousseau, Juan Donoso Cortés, Georges Sorel, e Vilfredo Pareto mas principalmente de Friedrich Nietzsche.

As suas idéias continuam atraindo atenção de filósofos e cientistas políticos contemporâneos, dentre os quais: Jacques Derrida, Giorgio Agamben e Chantal Mouffe.

3 É considerado um precursor da social-democracia alemã. Foi contemporâneo de Karl Marx, com quem esteve junto durante a Revolução Prussiana de 1848. Combativo e ativo propagandista dos ideais democráticos. Proferiu conferência em 1863, que serviu de base para um livro importante para o estudo do direito constitucional (editado e traduzido para o português com nome "**A Essência da Constituição**"). Um dado curioso: Lassalle morreu em 31 de agosto de 1864, nos subúrbios de Genebra, três dias depois de ser mortalmente ferido em um duelo pela mão de sua ex-noiva, Hélène von Dönniges. Seu corpo foi enterrado num cemitério judeu de Breslau - atualmente Wrocław, na Polônia.

Cunhou o conhecido conceito sociológico de Constituição ao estabelecer que tal documento deve descrever rigorosamente a realidade política do país, sob pena de não ter efetividade, tornando-se um mera folha de papel. Esse conceito nega que a Constituição possa mudar a realidade.

Constituição etimologicamente advém do latim *constitutio*, de *constituere* (constituir, construir, formar, organizar), no sentido do Direito Público, possui significação elevada: designa o conjunto de regra e preceitos, princípios que se reconhecem como fundamentais estabelecidos pela soberania de um povo, para servir de base à sua organização política e firmar os direitos e deveres de cada um de seus componentes.

É a Lei Magna de um povo, politicamente organizado, desde que nesta se assentam todas as bases do regime escolhido, fixando as relações recíprocas entre governantes e governados. Estabelece todas as formas necessárias para delimitar a competência de poderes públicos, impondo as regras de ação das instituições públicas e as restrições que devem ser adotadas para garantia dos direitos individuais.

Salienta com razão Eduardo Garcia de Enterría que “a Constituição não é apenas uma norma, senão precisamente a primeira das normas do ordenamento inteiro, a norma fundamental, a *lex superior*”.

Porque a Constituição⁴ define o sistema de fontes formais do direito, é a *norma nomarum*, a fonte das fontes. A Constituição é expressão de uma intenção fundacional configuradora de um sistema inteiro que nesta se baseia, tem uma pretensão de permanência ou duração e de superioridade.

A Constituição é constituída de normas jurídicas imperativas autorizantes. Não podemos, porém, nos contentar com o conceito de Kelsen⁵ devido ao seu aspecto exageradamente reducionista.

Mas lembremos que a Constituição é norma jurídica, mas a esta não se reduz, é conveniente adotarmos o conceito tridimensional, posto que mais adequado à dimensão axiológica de documento legal.

4 Curioso é o posicionamento de Gustav Radbruch que se tornou defensor do direito natural (quando antes era ferrenho opositor) após de 1945, no prólogo de sua obra ***Arbitrariedade Legal y Derecho Supralegal*** comenta María Isabel Azaretto de Vásquez:

“A experiência nacionalsocialista produz uma tal impressão nele, que o obriga a repensar seu anterior positivismo, e esta reflexão o leva a rechaçá-lo, já que vê na separação do direito e da moral a base em que se apoiou o nazismo para levar a cabo, sob a aparência de legalidade, as maiores injustiças. A formação positivista dos juízes e advogados os inabilitou para defender-se contra a legalidade injusta. Isto leva a Radbruch a sustentar que uma lei que contrarie os princípios básicos da moralidade não é direito, ainda que seja “formalmente válida”.

“O positivismo desarmou de fato aos juristas alemães frente a leis de conteúdo arbitrário e delitivo. O positivismo ademais, não está em condições de fundamentar com suas próprias forças a validade das leis. A idéia de direito não pode ser diferente da idéia de Justiça.”

5 Por ser judeu, Kelsen foi perseguido pelo nazismo vindo a emigrar para os EUA, onde exerceu o magistério na Universidade de Berkeley. Em 2011, foi lançada uma versão em língua portuguesa da **“Autobiografia de Hans Kelsen”** (publicada pela Forense Universitária sendo traduzida por Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto). Dentre as inúmeras contribuições do jurista para o mundo prático do Direito, pode ser citada a Constituição da Áustria de 1920 (a *“Oktoberverfassung”*), redigida sob sua inspiração. Sob a influência do pensamento de Kelsen, esta Carta Política Austríaca inovou às anteriores, introduzindo no Direito Positivo o conceito de controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos como função jurisdicional ao cargo de um Tribunal Constitucional, incumbido da função exclusiva de guarda da integridade da Constituição

Desta forma, a Constituição se revela em ser conjunto de normas jurídicas disciplinadoras⁶ do exercício do poder político, estatui a ordem fundamental jurídica da coletividade.

Assim, a Constituição é sede de determinadas categorias de normas que refogem à estrutura típica das normas dos demais ramos do Direito. Citem-se as normas determinadoras de competências, as normas de organização, as normas de garantias de direitos fundamentais e as normas programáticas.

Traz em seu bojo os valores fundamentais, perseguidos pela sociedade, é norma limitadora do poder político, e também asseguradora dos direitos individuais-fundamentais⁷ (que foram particularmente conquistados no final do século XVIII pelo movimento chamado constitucionalismo).

O constitucionalismo contemporâneo representa a superação da visão de que a lei por excelência é a solução para todos os problemas e, por conseguinte, deve ser seguida incondicionalmente. Já na linha do positivismo crítico que analisa que não se pode mais dissociar a realidade social que os rodeiam, surgiram com ênfase, em quase todo mundo, logo após a segunda grande guerra mundial.

Note-se que as Constituições escritas que diferentemente dos Códigos, vieram impregnadas de prescrições que traduzem valores, conduzindo a uma releitura da sua forma de aplicação e ao mesmo tempo condicionando toda a atuação estatal.

Num primeiro momento da evolução as constituições representavam politicamente a massificação do pensamento de certa classe dominante, como enunciava, Ferdinand Lassalle.

Com a evolução, foi revista sua força normativa que incorporou e ampliou-se e, conforme a doutrina de Konrad Hesse, para o constitucionalismo ao início de uma nova fase.

Sendo muito relevante na teoria do Direito e nas constituições contemporâneas a afirmação da força normativa dos princípios constitucionais, com a superação das correntes teóricas que ainda sustentavam um direito formado apenas por regras estritas, vistas como únicos preceitos dotados de juridicidade.

Bem explicou Luiz Guilherme Marinoni que: "(...) A lei perdeu sua supremacia absoluta e hoje é subordinada à Constituição. Professa-se o slogan corrente que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, contrariando o que antes acontecia, quando os direitos fundamentais dependiam da lei. (...)”

⁶ É preciso lembrar que o Direito é um *fenômeno cultural* e, como tal, afasta-se radicalmente das ciências ditas naturais, visto que, quanto a estas, as conclusões obtidas se revestem das verdades resultantes do método empírico-indutivo a que se submetem as realidades próprias das ciências naturais.

⁷ Relativos à liberdade, a igualdade, propriedade, segurança e vida; os direitos sociais (relativos à educação, trabalho, lazer, seguridade social entre outros); os direitos econômicos (relativos ao pleno emprego, meio ambiente e consumidor); e direitos políticos (relativos às formas de realização da soberania popular).

A assunção do Estado constitucional deu novo conteúdo ao princípio da legalidade que então agregou o qualificativo “substancial” para evidenciar que exige a conformação da lei com a Constituição e, especialmente com os direitos fundamentais.

Em verdade, o princípio da legalidade substancial significa uma “transformação” que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição, e, desta forma, representa uma ruptura de paradigma.

A Constituição ideal é aquela que reflete os desígnios da unidade política a esta subjacente, correspondente ao conjunto de normas superiores elaborado pelo Poder Constituinte, cuja titularidade pertença ao povo e tem por objeto não a criação e regulamentação dos poderes constituídos, bem como, o estabelecimento de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas.

Pretende a Constituição ser norma duradora, além de social e juridicamente eficaz, devendo ter atualização dinâmica, por isso, sofre reformas constitucionais, porém tal compulsão reformista pode acarretar a banalização da supremacia da Constituição.

Evidentemente a Constituição⁸ deve revitalizar sua força normativa por meio da interpretação constitucional. Vigem certo consenso sobre a normatividade dos princípios jurídicos constitucionais, e nesse sentido, ratifica Larenz⁹, pois assinala o seu alto teor de generalidade e abstração¹⁰.

Por isso, precisam de sucessivas concretizações de modo que os princípios mais generalistas são especificados em outros subprincípios, até que atinjam o grau necessário à sua aplicação.

Os princípios se apresentam como uma idéia jurídica geral ou diretiva que serve de base e direção para a sua concretização futura, atuando como um verdadeiro fio condutor.

O princípio se esclarece por meio de suas concretizações e estas ganham significado quando voltadas a este numa autêntica atividade de esclarecimento recíproco.

8 A Constituição é, como acentua Pontes de Miranda, "o conjunto de regras jurídicas onde as forças políticas encontram o seu leito, o seu equilíbrio". É, em suma, o estatuto jurídico-político do Estado.

9 A teoria de Karl Larenz sobre interpretação jurídica tem como pressuposto a necessidade da interpretação das normas, a qual deriva de situações de fato problemáticas quanto à compreensão do sentido e alcance do texto da norma, como, por exemplo, quando o intérprete da lei se vê diante de conceitos/palavras que comportam mais de um sentido ou quando verifica que há uma espécie de conflito de normas que potencialmente regulam a mesma situação fática, mas em sentidos totalmente contrários.

10 A Ciência do Direito, por longo tempo, somente se preocupou com a normatividade, segundo os adeptos do positivismo que fora inspirado fortemente das ciências naturais. Assim o dogma da neutralidade, objetividade e universalidade das ciências naturais que é também discutível não pode ser impunemente transferido pela ciência do Direito. Karl Larenz mencionando a teoria pura do direito muito influenciou o nosso atual pensamento jurídico e, esclarecer: "Por esta razão, e também pelo sentimento de que a autonomia da ciência do Direito vinha assim perder-se em benefício de outras ciências (principalmente psicologia ou a sociologia), é que Kelsen, por último, na sua Teoria Pura do Direito reivindica para a ciência jurídica à semelhança da lógica e da matemática, um objeto puramente ideal, restringindo ao simples campo do racionalmente necessário (...)."

Devido ao seu alto grau de abstração, os princípios não são inteiramente capazes de subsunção e, conseqüentemente, não podem ser aplicados de forma imediata, a menos que haja a sua concretização por meio de outros subprincípios e de valores singulares com material próprio.

Desta forma, os princípios precisam de normatização, caso queiram incidir na realidade fática para ordenar condutas. Os princípios esquadriham uma tábua valorativa e atuam como autênticas normas jurídicas.

Paulo Bonavides aponta o desenvolvimento do conceito de princípios em três fases distintas: a jusnaturalista¹¹, a juspositivista¹² e a pós-positivista¹³.

O jusnaturalista condiciona a legitimidade da ordem jurídica elaborada pelo Estado à outra ordem superior e transcendental. Pois acima das leis humanas existe o Direito Natural para lhe conferir suporte axiológico voltado para determinado valor reputado como fundamental.

No jusnaturalismo¹⁴, os princípios estão na ordem supralegal, de tal maneira que não integram o direito posto criado pelos agentes estatais.

11 É a doutrina que reconhece a existência de um direito natural, que tem validade em si e é anterior e superior ao direito positivo, devendo prevalecer caso haja um conflito entre as normas do direito positivo e as do direito natural. Todo jusnaturalista, portanto, defende duas teses: a dualidade (existem duas manifestações do direito, o positivo e o natural) e a superioridade (O direito natural é superior ao positivo). De modo distinto, para o positivismo só há um direito: o positivo.

O jusnaturalismo contemporâneo deitou raiz após a Segunda Grande Guerra Mundial, por se basear em valores morais, e surgiu como boa solução para o cenário formado, pois existia a necessidade de controle do Estado, o que culminou com a criação da ONU. Havia a consciência de que não existiam valores morais universais, de maneira que a nova geração de jusnaturalista considerava o direito natural como histórico, e não como universal e imutável, ou seja, foram abertas concessões quanto ao conceito de direito natural. Severas críticas ao renascimento do jusnaturalismo surgiram, principalmente por escapar ao modelo positivista e ainda por ampliar muito o poder ao juiz, o que nos leva dois sérios *busilis*: a) a insegurança jurídica e a ruptura da tripartição dos poderes, pois afinal o judiciário acabaria por legislar.

12 Surgia o positivismo. Nesta fase, tinha-se a pretensão de criar uma Ciência Jurídica com objetividade científica e características similares das conferidas às Ciências Exatas. Apartava-se, assim, o Direito da Moral, de modo a inseri-los em compartimentos estanques para fins científicos

13 A queda do positivismo coincide com a época em que o homem passou a se preocupar mais com os direitos sociais, atribuindo uma dimensão superior à necessidade de se solucionar conflitos independentemente das leis, viu-se que não é sempre que a lei é legítima, ou seja, que a norma corresponde à vontade social. A estimacão exasperada à lei fria, conseqüentemente, passou a granjear justas críticas, encontrando no Brasil defensores da irrestrita relação entre diferentes elementos: o fato social, o valor, e, é óbvio, a norma jurídica (Miguel Reale e outros).

No remanescente do mundo, outros pensadores, como Ronald Dworkin e F. Muller, passaram a sustentar, apesar de algumas adjacências, as mesmas idéias-base. Era o início do pós-positivismo jurídico. A nova fase passou a atribuir maior importância não somente às leis, mas aos princípios do direito. E os princípios, analisados como espécies de normas, tinham, ao contrário das regras, ou leis, um campo maior de abrangência, pois se tratavam de preceitos que deveriam intervir nas demais normas, inferiores, para obter delas o real sentido e alcance. Tudo se ressalte, para garantir os direitos sociais do homem.

14 **Direito natural** (em latim *ius naturalis*) ou jusnaturalismo é uma teoria que postula a existência de um direito cujo conteúdo é estabelecido pela natureza e, portanto, válido em qualquer lugar. A expressão "direito natural" é por vezes contrastada com o direito positivo de uma determinada sociedade, o que lhe permite ser usado, por vezes, para criticar o conteúdo daquele direito positivo. Para os jusnaturalistas (isto é, os juristas que afirmam a existência do direito natural), o conteúdo do direito positivo não pode ser conhecido sem alguma referência ao direito natural.

A teoria do direito natural abrange uma grande parte da filosofia de Tomás de Aquino, Francisco Suárez, Richard Hooker, Thomas Hobbes, Hugo Grócio, Samuel von Pufendorf, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, e exerceu uma influência profunda no movimento do racionalismo jurídico do século XVIII, quando

Entretanto, os princípios sumarizam valores máximos que correspondem à ideal de justiça e de direito, assumindo as características do Direito Natural (que guardam identificação axiomática com valores universais advindos da natureza humana e revelados à luz da reta razão).

Por se situarem na esfera tão abstrata e distante, os princípios possuem uma normatividade basicamente nula e duvidosa, daí carecerem de carga vinculatória¹⁵.

Na fase positivista, segundo o autor, os princípios estão insertos no ordenamento jurídico positivo, fazendo parte dele. Assim dentro do positivismo, a lei possui verdadeira primazia e os princípios ocupam um lugar secundário, servindo tão-somente em caso de eventuais vazios normativos desempenhando função meramente supletiva na aplicação do direito.

Os princípios jurídicos muito se aproximam daquilo que em doutrina pátria chamamos de princípios gerais de direito.

Resta evidente a partir do disposto no art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil¹⁶ que data de 1942 e apontava o papel essencialmente supletivo dos princípios gerais de direito.¹⁷

Os princípios gerais do direito dentro do contemporâneo acabam por assumir nova roupagem e galgaram *status* constitucional.

Vejamos como exemplos recentes a função social da propriedade, da posse, da empresa, do contrato, a boa-fé objetiva na esfera obrigacional e contratual, tudo no sentido de garantir o mínimo ético.¹⁸

Tais princípios gerais do direito sofreram flagrante processo de constitucionalização¹⁹ e transmudaram-se em princípios constitucionais.

surge a noção dos direitos fundamentais, no conservadorismo, e no desenvolvimento da *common law* inglesa (*in* http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_natural).

¹⁵ Exatamente no pós-positivismo, os princípios jurídicos deixam de possuir apenas a função integratória do direito, conquistando o *status* de normas jurídicas vinculantes.

¹⁶ Através da Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010, entrando em vigor em 31 de dezembro de 2010, alterou-se a ementa da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), passando a vigorar com a seguinte redação: “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.” Assim o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 passou a denominar-se LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO” e não mais Lei de Introdução do Código Civil.

¹⁷ Os **princípios gerais do Direito**, classificados como monovalentes segundo Miguel Reale em seu livro “Lições preliminares de Direito” são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico em sua aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. Os princípios gerais do direito são os alicerces do ordenamento jurídico, informando o sistema independentemente de estarem positivados em norma legal.

São exemplos: Falar e não provar é o mesmo que não falar; Ninguém pode causar dano, e quem causar terá que indenizar; Ninguém pode se beneficiar da própria torpeza; Ninguém deve ser punido por seus pensamentos; Ninguém é obrigado a citar os dispositivos legais nos quais ampara sua pretensão, pois se presume que o juiz os conheça; Ninguém está obrigado ao impossível; Não há crime sem lei anterior que o descreva

¹⁸ A teoria do mínimo ético foi exposta por Jeremias Bentham e depois desenvolvida por vários autores, entre eles o alemão Georg Jellinek. Significa que o Direito representa apenas o mínimo de moral declarado obrigatório para que possa a sociedade sobreviver.

¹⁹ (...) O movimento de constitucionalização dos princípios jurídicos coincide com a formulação da teoria normativista dos princípios, em contraposição às idéias positivistas que dominaram o raciocínio jurídico até a metade do século XX. O uso dos princípios como fonte normativa subsidiária, conforme defendido pelo positivismo jurídico, já não encontra mais guarida na moderna teoria constitucional. (...) In CRISTÓVAM, José

Atualmente no pensamento jurídico contemporâneo na etapa chamada “pós-positivista” onde os princípios assumem normatividade máxima, possuindo *status* conceitual e positivo de norma jurídica.

Concluiu-se que possuem positividade vinculativa com eficácia positiva e negativa sobre os comportamentos públicos ou privados, as recentes Constituições Federais promulgadas bem acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais (*in* Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 237).

No pós-positivismo, os princípios são mais que meras diretrizes a serem perseguidas ou não pelos seus destinatários; não são simples recomendações utilizáveis na ocasião de insuficiência regulatória dos diplomas legais.

Frise-se que os princípios²⁰ são efetivamente normas jurídicas que impõem um dever-ser, dotados de cogência e imperatividade, especialmente quando asseguram direitos fundamentais.

Justifica-se então o porquê os vários textos constitucionais se tornaram um autêntico *habitat* de normas jurídicas principiológicas com grande elasticidade e abertura, mais adaptáveis e atualizáveis em face das transformações sociais.

Não apenas os princípios expressos são relevantes mas igualmente os princípios implícitos e, estes são igualmente considerados como normas jurídicas.

Tais princípios implícitos decorrem da própria sistemática lógica arquitetada por todo ordenamento constitucional e também são dotados de normatividade. Portanto, sejam explícitos ou implícitos os princípios possuem definitivamente a mesma supremacia jurídica das demais normas.

A sociedade caracterizada pela diversidade e da pluralidade e assenta-se suas bases nos ideais democráticos e valores heterogêneos que muitas vezes se revelam contraditórios ou concorrentes e tomados no corpo da norma fundamental e possuindo juridicidade constitucional.

A Constituição representa depositário de ideologias e convicções que devem ser respeitadas como corolário do Estado Democrático de Direito consagrador da igualdade jurídico-substancial.

Em face da velocíssima dinâmica sócio-cultural a Constituição tem como elemento regulatório normativo básico, daí dever apresentar certa elasticidade e abertura no feito de

Sérgio da Silva. **A resolução das colisões entre princípios constitucionais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3682>. Acesso em: 12 set. 2011.

²⁰ Aristóteles foi um dos primeiros a enumerar os significados de princípios, quais sejam: 1) ponto de partida de um movimento (uma linha ou estrada); 2) o melhor ponto de partida pois torna mais fácil aprender uma coisa; 3) ponto de partida efetivo de uma produção (a quilha de navio ou alicerces de uma casa); 4) causa externa de um processo ou movimento (um insulto que provoca uma briga); 5) o que a sua decisão determina movimentos ou mudanças (governo ou magistraturas de uma cidade); 6) aquilo do qual parte um processo de conhecimento (as premissas de demonstração). *In* PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais. Elementos para uma hermenêutica constitucional renovada**. 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 123.

proporcionar o devido acompanhamento das inovações advindas da estrutura social moderna e da complexidade das relações humanas.

É cediça a noção de que os princípios são verdadeiras normas jurídicas de maneira que diferença entre estes e as regras jurídicas em sua acepção tradicional, é uma diferença entre duas espécies de normas, posto que ambos impõem-se um dever-ser. Eis, pois a premissa do atual pensamento jusconstitucionalista.

Segundo Canotilho²¹ tais diferenças são:

a) grau de abstração – possuem maior abstração os princípios, ao passo que as regras possuem inferior grau de abstração;

b) grau de determinabilidade na aplicação no caso concreto, os princípios requerem mediações para serem aplicados, enquanto que as regras podem ser aplicadas diretamente;

c) caráter de fundamentabilidade no sistema das fontes do Direito, onde os princípios possuem papel fundamento no ordenamento jurídico, por causa de sua posição hierárquica superior dotado de força estruturante nos sistemas jurídicos;

d) proximidade da idéia de direito – os princípios são *standards* juridicamente vinculantes, decorrente de exigência de “justiça”, enquanto que as regras podem ter um conteúdo meramente funcional;

e) natureza normogénica posto que os princípios são os fundamentos das regras.

Assim a generalidade das regras difere das dos princípios: aquelas são gerais na medida em que fixadas com o fim de reger número indeterminado de fatos ou atos, mas estas regem apenas esses fatos ou atos pois que se referem uma situação jurídica determinada.

Enquanto os princípios comportam uma série indefinida de aplicações.

Em suma, os princípios em sua generalidade e abstração tendem a abarcar um maior número de questões de fato. Evidentemente os princípios podem ser concretizados em normas mais específicas.

É fato que os princípios constitucionais são normas que ocupam o mais alto patamar na ordem normativa e, que fundamentam todas as demais normas de escalão inferior, não poderiam ser preteridas em sua aplicação para beneficiar tais normas infraconstitucionais, que buscam na Constituição sua razão de existir.

21 Em termos mais práticos, o próprio Canotilho aponta duas dimensões determinantes dos princípios: uma negativa e outra positiva. Na primeira os princípios estabelecem uma proibição de conduta, enquanto na segunda, ao contrário, impõe um determinado comportamento. Nesse sentido, a transgressão de uma dessas dimensões quer negativa ou positiva, é fonte de nascimento de direito subjetivo ao sujeito lesado, restando, perfeitamente delimitado a aplicação imediata dos princípios jurídicos podendo levar a invalidação do ato jurídico praticado, seja uma sentença, ato administrativo ou até mesmo de uma lei.

Como normas que são, os princípios podem formular uma obrigação, faculdade ou proibição. Não são simples pautas valorativas e incapazes de oferecer soluções concretas a litígios.

Os preceitos constitucionais são normas diretamente vinculantes e, salvo as hipóteses de seus limites fático-jurídicos, podem encerrar razões para juízes concretos de dever-ser.

Dworkin aponta a diferenciação²² pautada na lógica. Tanto as regras quanto os princípios são *standards* que, em direções diversas, indicam decisões particulares concernentes às obrigações jurídicas sob certas circunstâncias.

Alega Dworkin que as regras são aplicadas sob forma de “disjuntivas”, verificam-se os fatos previstos na regra e, esta será reputada válida quando então poderá ser aplicada. Por outro lado, será inválida e não aplicável. Segue-se o critério do tudo ou nada.

Os princípios apresentam uma dimensão que carece existir nas regras, qual seja a de peso ou de importância.

Não pretendem os princípios delimitar exaustivamente as condições em que serão aplicados, apenas indicar uma direção mas poderá haver mais de um princípio incidental na mesma situação, e até acenando para uma decisão oposta na inicial, de modo que será sempre necessário avaliar o peso de cada princípio envolvido, a fim de determinar qual deverá ser aplicado.

Esclarece Norberto Bobbio²³ sobre os critérios de resolução de antinomias (choque de regras) que em nível constitucional esses instrumentos cronológico, hierárquico e o da especialidade serão de pouca valia, porque, com exceção do critério da especialidade, que não acarreta a anulação de uma regra, os demais implicam a expulsão da norma oposta do sistema jurídico.

Tal fato não pode ocorrer no âmbito da Constituição. Não tem respaldo no sistema brasileiro a tese de normas constitucionais inconstitucionais defendida pelo jurista alemão Otto Bachof²⁴.

22 A literatura jurídica vem se esforçando no caloroso debate a respeito sobre o tema, em razão da euforia do que poderíamos denominar *Estado Principiológico* (de acordo com Humberto Bergmann Ávila, sendo a nova postura dos legisladores que, ao incorporarem *dispositivos essencialmente axiológicos*, possibilitam ao intérprete uma postura com base nos preceitos e não taxativamente descritos na lei), entretanto, ainda encontramos algumas indefinições terminológicas que certamente confundem a hermenêutica e sua aplicabilidade. O questionamento torna-se mais adequado quando se indaga: qual o verdadeiro sentido e alcance da distinção entre Valores, Regras e Princípios? Para que serve? Não se trata de um mero preciosismo lingüístico? (In CAVALCANTI, Eduardo Muniz Machado. **Um estudo sobre a distinção clássica estabelecida pela doutrina entre regras e princípios jurídicos e uma nova perspectiva acerca do tema.** Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, no 188. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1438> Acesso em: 13 set. 2011.)

23 A Constituição possui, esclarece Bobbio, finalmente uma função de propaganda e de educação política. Facilmente se verifica nas Constituição de elevado conteúdo ideológico como as francesas da Revolução, as socialistas e as islâmicas, cujo texto contém, não só normas organizativas, mas sobretudo princípios de orientação e estímulos de ativação das massas.

24 Surgem, freqüentemente, interrogações sobre o conteúdo e o alcance de certas normas da Constituição, restando a dúvida acerca do legislador constituinte ter ou não, ao final, exorbitado sua missão e seus poderes ao tomar as correspondentes decisões, deixando inacabada a obra de reposição do império do direito, que dele seria de se esperar. Eis, assim, como o tema da inconstitucionalidade das normas constitucionais se tornou de candente atualidade.

Predomina na doutrina constitucionalista e na jurisprudência do STF a impossibilidade de aferição da validade dessas normas, uma vez que vige o princípio da unidade da Constituição, de modo que ela é um complexo normativo orgânico e coerente, exigindo assim, a eliminação das tensões normativas que eventualmente nela apareçam (cf. Daniel Sarmento. “A ponderação de interesses na Constituição Federal”, p.27 e ss.)

No que se refere à colisão²⁵ dos princípios, o intérprete aplicador deverá verificar as circunstâncias fáticas presentes no caso concreto para saber qual é o princípio deverá ser privilegiado naquele momento.

A ponderação por um ou outro princípio só poderá ser feita à luz da situação concreta que reclama uma solução, exigindo do aplicador um verdadeiro exercício de sopesamento entre os princípios concorrentes no caso específico.

Saliente-se que não se trata de simples escolha, mas sim, de um ato de decisão vinculado às variações fáticas do caso, com o fito de encontrar a solução mais adequada.

Já Robert Alexy aponta alguns critérios para diferenciar regras e princípios, que em última análise, coincide com a apresentada por Dworkin. Alexy alega que os princípios são mandamentos de otimização.

De qualquer modo, a determinação do peso de cada um levará em conta as condições de cada caso concreto.

Em verdade, é a índole qualitativa que difere as normas. Alexy sustenta que os princípios são normas que impõem que algo seja realizado na maior medida do possível, respeitadas as possibilidades reais e jurídicas existentes.

Sem discordar de Dworkin²⁶, Alexy sustenta que em caso de confronto de regras jurídicas com consequências opostas para a situação concreta, de tal sorte que essa oposição não possa

A Alemanha passava por uma conturbada transição sócia-política face ao colapso da ditadura nacional-socialista no final dos anos 40, início dos anos 50, o que deu ensejo à conferência realizada pelo Prof. Otto Bachof, no dia 20 de julho 1951. (in PASSOS, Thais Bandeira Oliveira e Vanessa Vieira Pessanha. **Normas Constitucionais inconstitucionais?** A Teoria de Otto Bachof. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/thais_bandeira_oliveira_passos.pdf Acesso em 17.09.2011).

²⁵ Alexy, em sua obra *Teoria de los Derechos Fundamentales*, apresenta a Lei de Colisão para solucionar a colisão de princípios utilizando um julgado do tribunal constitucional, que diz respeito à não realização da audiência oral tendo em vista a saúde delicada do acusado que sofre risco de infarto. Neste caso, há uma colisão entre o princípio da aplicação do direito penal (P1 — que obriga a audiência oral) com o princípio de proteção do direito à vida e integridade do acusado (P2 — que proíbe a audiência oral).

²⁶ As bases da filosofia do direito tremeram na década de 1970 com as idéias do jurista americano Ronald Dworkin, o qual sucedeu H. L. A. Hart como professor em Oxford. O domínio do positivismo jurídico, especialmente na Grã-Bretanha, foi submetido a um ataque compreendido por mais de três décadas por sua teoria complexa do direito, tão controversa quanto influenciadora. Seu conceito de direito ainda exerce autoridade considerável, especialmente nos EUA, onde questões morais e políticas são debatidas em maiores proporções. É impensável qualquer discussão séria nos EUA sobre questões como aborto, questões gerais sobre liberdade e igualdade sem considerar a visão de Ronald Dworkin. Sua visão construtiva do direito é ao mesmo tempo uma análise profunda do conceito de direito e direcionadora de seu enriquecimento. (In <http://stoa.usp.br/ied18221/files/-1/8372/Sobre+Ronald+Dworkin.doc>)

ser eliminada mediante a inserção de uma cláusula de exceção, há de se entender como inválida ao menos uma das regras.

Portanto, a depender de sua validade, estas só podem ser aplicadas, ou não, isto é a decisão pela aplicação da norma ou outra regra é restrita à seara da validade.

Já perante a colisão de princípios, a decisão por um destes não elimina o outro. Impõem os princípios à concretização da melhor medida possível, respeitando-se os limites fáticos e jurídicos.

Relevante sublinhar que a distinção proposta por Alexy sobre regras e princípios não leva em conta o grau de fundamentalidade.

O princípio pode até ser um mandamento nuclear do sistema, um de seus pilares ou não, pois o que caracteriza a norma como princípio é a estrutura e a forma de aplicação.

Alexy²⁷ aponta que as regras jurídicas que não encerram mandamentos de otimização e, sim, deveres definitivos.

A guisa de exemplificação suponha que o tributo é criado por decreto do Chefe do Executivo Federal, quando, pela regra da legalidade em seara tributária, a exação deveria ser instituída mediante lei em sentido escrito (lei ordinária ou complementar, conforme o caso).

Assim, ou o tributo foi criado por lei em sentido estrito, sendo, portanto, neste aspecto válido, ou foi criado por meio de outro veículo normativo, pelo que será inválido. Não há meio-termo.

Nem sempre o afastamento da regra implica em sua invalidação e, as regras atuam como concretizações ou desdobramentos dos princípios.

Quando uma regra figurar como materialização de um princípio que está em colisão com outro, o princípio afastado também levará consigo as regras que lhes dá desdobramento normativo, sem que isso acarrete a exclusão dessas regras de ordem jurídica.

A aplicação das regras se restringe à dimensão da validade, ao passo que os princípios comportam a dimensão do peso, advém do distinto caráter *prima facie* destes últimos.

De revés, as regras, quando válidas, consubstanciam uma determinação fática e juridicamente possível, de modo que vale definitivamente o que a regra dispuser.

Portanto, uma vez declinados alguns elementos diferenciadores dessas normas jurídicas (regras e princípios) sem, contudo, ter a pretensão de exaustividade, cabe reiterar a atuação dos princípios constitucionais na acomodação da Constituição perante as novas demandas e interesses coletivos sem ocorrer a sua fragmentação formal.

27 O objetivo de Robert Alexy com sua teoria sobre direitos fundamentais não é alcançar exatamente uma homogeneização de cada ordem jurídica fundamental. Seu objetivo, na verdade, é o de descobrir as estruturas dogmáticas e revelar os princípios e valores que se escondem atrás das codificações e da jurisprudência. Isto porque, em qualquer lugar que existam direitos fundamentais, colocam-se problemas semelhantes como, por exemplo, as diferenças estruturais entre os direitos sociais e os políticos. (In http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras)

Salienta Canotilho²⁸ que a Constituição se caracteriza como sistema aberto na medida em que esta possui uma estrutura dialógica, traduzida na capacidade de aprendizagem das constantes mudanças ocorridas na sociedade.

A abertura da Constituição refere-se à abertura horizontal, caracterizadora da incompleta do sistema constitucional, de sua estrutura fragmentária²⁹.

Apesar da Constituição não ser um sistema normativo completo, porém é completável. Já ao caráter aberto das normas constitucionais revela uma abertura vertical, o que permite conformação legislativa/concretizadora em razão de generalidade e indeterminação de muitas das normas componentes da Constituição.

Resta saber se a abertura da Constituição é capaz de possibilitar a busca e a materialização da Constituição por parte de sociedade aberta e pluralista.

A presença de normas principiológicas na Constituição traduz uma flexibilidade, ensejando a sua alteração mediante a interpretação constitucional. Tal processo pode ser compreendido como processo formal de mudança da Constituição.

É perceptível que a presença dos princípios jurídicos e cláusulas abertas nas Constituições proporcionam maior liberdade na interpretação judicial em razão do considerável grau de indeterminação e abstração de seus enunciados.

Evidentemente que o direito constitucional principiológico incrementa significativamente a criatividade do juiz constitucional, e apela para sua percepção sociológico-cultural das lides em apreciação.

Isso decorre da circunstância de que quanto menor a densidade semântica do enunciado normativo a ser interpretado, maior o poder de criação jurídica pelo intérprete.

A imagem do “juiz” vinculado à lei resta enfraquecida diante da imagem “do juiz vinculado à Constituição”, no lugar de submissão, o juiz encontra espaçosos horizontes para exegese do texto constitucional.

É importante frisar a grande elasticidade semântica³⁰ que é superior à maioria das disposições legais. Então, o juiz é forçado de ser livre e assumem os princípios decisivos papéis.

28 Constituição como reserva de justiça: em vez de a problemática das expectativas de justiça se concentrar sobre todo o sistema social deslocava-se obsessivamente para a lei fundamental. Problema central do constitucionalismo moderno: o direito de exame dos atos legislativos pelo poder judiciário.

29 É a existência de regras e princípios que permite a compreensão do direito constitucional como um sistema aberto. Se o modelo jurídico estivesse formado apenas por regras, estaríamos restritos a um sistema fechado, com uma disciplina legal exaustiva de todas as situações, alcançando a segurança, mas impedindo que novas situações fossem abarcadas pelo sistema. Por outro lado, a adoção somente de princípios seria impossível, pois diante de tal indeterminação (sem a existência de regras precisas), o sistema mostrar-se-ia “falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema”. (CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 1998, p. 1126).

30 A constituição é agora uma gramática aleatória (mas frise-se ainda gramática) fornecedora de regras mínimas garantidoras e a da própria integridade dos sistemas sociais interativos e de uma dimensão de justiça no seio da complexidade social.

O texto das normas jurídicas deve ser encarado como filtro cuja textura mais ou menos densa. O grau de porosidade (ou seja, de abertura e abstração) do texto normativo é indicado pelo número e pela diversidade das alternativas de interpretação que esse texto autoriza, isto é, das alternativas que podem passar pela “peneira” do próprio texto.

Quanto maior o número de interpretações diversas ou divergentes que podem ser sustentadas em relação a determinado texto normativo, menor será sua densidade normativa e vice-versa. (*In*: Positivismo Jurídico, v.2, da Coleção Professor Gilmar Mendes, p. 248).

Conclui-se que o Direito Constitucional não pode ser definido apenas a partir do que está ser definido apenas a partir do que está escrito na Constituição, pois seu texto exige a demarcação do conteúdo mediante sucessivos processos de concretização.

A evolução valorativa pode ser feita via interpretação, principalmente em razão do fato que é da Constituição que todas as demais normas retiram seu fundamento de validade.

Portanto, justifica-se a interpretação³¹ como fator de atualização da Constituição, sendo mecanismo mutação constitucional, encontrando-se a Constituição em relação condicionadora e condicionante com as demais estruturas do Estado e da sociedade.

A mudança da constituição (aliás, a doutrina não é pacífica com relação à terminologia adotada, pois ora cogita em mudança ou modificação da Constituição, ora aludindo aos vocábulos mutação constitucional) pode ocorrer formal ou informalmente.

Altera-se formalmente quando o próprio texto constitucional é modificado por meio de reforma constitucional seja por meio de emenda ou revisão constitucional.

No entanto, informalmente altera-se a constituição pela interpretação³², alvejando-se o significado da norma, mas não o seu texto.

Para Hesse³³, a modificação constitucional acarreta a mudança literal do texto constitucional, ao passo que a mutação constitucional não afeta o texto e, sim, a concretização das normas constitucionais.

31 A interpretação constitucional consiste num processo intelectual por meio do qual enunciados lingüísticos que compõem a constituição transformam-se em normas (princípios e regras constitucionais), isto é, adquirem conteúdo normativo.

32 Interpretar as normas constitucionais significa (como toda a interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional. A interpretação jurídica constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição.

33 Na Obra “**A Força Normativa da Constituição**” (Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991), o autor Konrad Hesse (1919-2005), constitucionalista alemão, coloca-se em oposição às teses desenvolvidas por Ferdinand Lassale. Empenha-se em demonstrar que não há de se verificar uma derrota da Constituição quando colocamos a mesma em oposição aos fatores reais de poder demonstrados por Lassale. Existem intenções que podem ser realizadas e que permitem assegurar a força normativa da Constituição, mesmo que a submetemos a confrontos com os fatores reais de poder. A transformação das questões jurídicas em questões de poder, somente poderá ser possível quando essas intenções não puderem atingir os seus objetivos. (*in*: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=350>)

A doutrina costuma fixar a diferença entre reforma constitucional e mutação constitucional. A primeira consistente em modificações constitucionais previstas no próprio texto constitucional (acréscimos, supressões e emendas), pelos processos por esta fixados para a reforma; já a segunda refere-se à alteração de significado da norma, por meio de interpretação judicial.

Afinal, a Constituição não determina a total organização da unidade política, mas tão-somente consigna os princípios vetores de uma determinada coletividade.

Defende Konrad Hesse que a Constituição deve ser imperfeita e a incompleta e sujeita às alterações históricas. E tal flexibilidade constitucional só é possível em função dos princípios constitucionais.

Assim, concretizam-se os direitos fundamentais através de interpretação constitucional. A constituição é a ordem jurídica fundamental do Estado; é o estatuto jurídico do político, onde há a pretensão de estabilidade e a pretensão de dinamicidade.

Ainda albergando o pensamento de Konrad Hesse a Constituição não só indica o que deve ficar aberto quando determina com obrigatoriedade o que não deve ficar aberto.

E, com base na Constituição Federal Brasileira de 1988 o povo enquanto o titular do poder constituinte originário, decidiu que quanto aos direitos fundamentais, os princípios constitucionais devem permanecer abertos para dentro do tempo.

Não é paradoxal admitir que as Constituições rígidas devam possuir uma adequada flexibilidade capaz de acompanhar a dinâmica social.

A *Lex Mater* deve disciplinar o poder político³⁴, além de consignar em seu corpo aqueles valores fundamentais consagrados em cada momento histórico pela sociedade como um todo e necessários a uma existência digna por parte dos cidadãos.

Assim, a Constituição é complexo normativo dotado de regras e princípios constitucionais devendo ter a jurisdicização/organização do poder, em seu aspecto orgânico, seja especial.

Cabe a Constituição apontar atribuições e competências do poder constituído, prover a disciplina territorial do poder, delimitar a estrutura do Estado/Governo é matéria que deve ser tratada pelas regras constitucionais.

Aos princípios constitucionais cabem devido sua intensa carga axiológica e normogénica, realizar a declaração dos direitos fundamentais.

Chegamos a uma Lei Maior sintética e não analítica, com aguda possibilidade de flexibilização principalmente pelo meio informal de interpretação.

As reformas constitucionais, só devem ocorrer em momentos críticos, de instabilidade político-institucional.

34 Hesse realça a necessidade de superação de um isolamento entre norma e realidade, presente no pensamento constitucional do passado recente, "como se constata tanto no positivismo jurídico de Escola de Paul Laband e Georg Jellinek, quanto no "positivismo sociológico" de Carl Schmitt."

Somente quando não mais funcionar a mutação constitucional é que deve ser realizada a mudança na Constituição.

Até o presente momento, o texto constitucional brasileiro vigente já sofreu 67(sessenta e sete) emendas³⁵, o que confirma que não existe Constituição permanente, e repisa a indispensabilidade dos princípios delineadores, com o fito de dar os contornos gerais ao ordenamento jurídico e esculpir o *modus* de desenvolvimento político-administrativo no qual resta plasmado um caráter sintético com a preocupação de consolidar o respeito a dignidade da pessoa humana, a cidadania e ao Estado de Direito.

Referências

LEITE, George Salomão. **Dos Princípios Constitucionais**. 2ª edição, revisada e atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Método, 2008.

_____, Glauco Salomão (coord.) **Constituição e efetividade constitucional**. Salvador. Juspodivm, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo, Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 1994.

_____. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo, Celso Bastos Editor/IBDC, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro e TAVARES, André Ramos. **As tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio**. São Paulo, Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 1994.

_____. **A evolução constitucional do Brasil**. *Estud. av.* [online]. 2000, vol.14, n.40, pp. 155-176. ISSN 0103-4014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142000000300016>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra, Almedina, 1993.

35 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** Coimbra, Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra, Coimbra Editora, 1991.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional.** Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1997.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Hermenêutica e supremacia constitucional.** RDP, v. 77, n. 19, jan / mar / 1986.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional.** A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional.** São Paulo, Saraiva, 1999.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** São Paulo, Celso Bastos Editor/IBDC, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Brasília, Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito.** Coimbra, Armênio Amado, 1979.

_____, SCHIMDT, Eberhard, WELZEL, Hans. **Derecho injusto y derecho nulo.** Madrid : Aguilar, 1971

_____. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal.** Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1962.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo, Malheiros, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 1999

BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del derecho**; trad. José Guerrero R. 3. ed. Santa Fe de Bogotá : Editorial Temis, 1999.

_____. Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. **Dicionário de Política**. 5ª edição, São Paulo, Editora UnB, 2004.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, 13. ed. São Paulo : Saraiva, 1990.

_____. **Nova fase do direito moderno**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.

SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia Jurídica Eletrônica**. São Paulo : Saraiva, 1997.

KELSEN, Hans. **O Estado como integração: um confronto de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. . São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ROCA, Javier Garcia. **Sobre la teoria constitucional de Rudolf Smend**. Revista e estudos políticos, Centro de estudos constitucionales: Madrid, 1998.

SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen (Ensaio Introdutórios)**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DWORKIN, Ronald. A matter of principle. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 2ª. edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.