

**Teoria da derrotabilidade e seus efeitos sobre a escusa absolutória nos crimes
patrimoniais**

Defeatability theory and its effects on absolute excuse in property crimes

**Teoría de la derrotabilidad y sus efectos sobre la excusa absoluta en los delitos contra la
propiedad**

Recebido: 07/05/2020 | Revisado: 28/05/2020 | Aceito: 31/05/2020 | Publicado: 16/06/2020

Falconi Rodrigues Medeiros

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9827-1973>

Universidade Federal de Campina Grande, Brasil

E-mail: falconirodrigues@gmail.com

Jardel de Freitas Soares

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3825-6629>

Universidade Federal de Campina Grande, Brasil

E-mail: prof.jardelufcg@bol.com.br

Francisco das Chagas Bezerra Neto

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6232-4383>

Universidade Federal de Campina Grande, Brasil

E-mail: chagasneto237@gmail.com

Clarice Ribeiro Alves Caiana

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5374-1617>

Universidade Federal de Campina Grande, Brasil

E-mail: clariceribeirocaiana@gmail.com

Aline Carla de Medeiros

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0161-3541>

Universidade Federal de Campina Grande, Brasil

E-mail: alinecarla.edu@gmail.com

Eduardo Pordeus Silva

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7593-1967>

Universidade Federal de Campina Grande, Brasil

E-mail: eduardopordeus@gmail.com

Reginaldo Pereira França Júnior

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6097-6756>

Universidade Federal de Campina Grande, Brasil

E-mail: reginaldo.francajr@gmail.com

Maria da Conceição Silva Félix

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8400-9744>

Universidade Federal de Campina Grande, Brasil

E-mail: conceicaoofelix@oi.com.br

Helmara Gicelli Formiga Wanderley

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7024-4575>

Universidade Federal de Campina Grande, Brasil

E-mail: helmaragiccelli@hotmail.com

Patrício Borges Maracajá

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4812-0389>

Universidade Federal de Campina Grande, Brasil

E-mail: patriciomaracaja@gmail.com

Resumo

O presente estudo vislumbra analisar as mudanças operadas pelo neoconstitucionalismo na teoria jurídico-constitucional, notadamente o fenômeno da constitucionalização do direito e a sujeição dos ramos da ciência jurídica à nova dogmática hermenêutica constitucional. Por essa razão, defendeu-se a existência de um Direito Penal Constitucional e, conseqüentemente, a necessidade de interpretação e aplicação das normas penais à prévia conformidade constitucional. Nessa perspectiva, este artigo, através da pesquisa exploratória, de natureza qualitativa, método dedutivo, coleta de dados bibliográfico-documental, procedeu-se de modo a realizar uma releitura do princípio da legalidade penal para torná-lo ponderável diante do caso concreto, no qual há uma disfuncionalidade. Não obstante, elucidou também acerca das funções dos direitos fundamentais como limites à intervenção estatal, a aplicação do princípio da proporcionalidade nas hipóteses de colisão entre normas constitucionais e a incidência do princípio da proibição da proteção deficiente frente à legalidade penal. Por fim, diante da problemática exposta, buscou-se, embasado nos princípios constitucionais, elucidar a necessidade do Estado, pautado na defesa dos direitos humanos e no respeito ao bem-estar social, diante da existência de casos de difícil solução no âmbito penal cujos métodos de interpretação tradicional não conseguem um resultado satisfatório, utilizar a teoria da derrotabilidade para superar o padrão normativo original, a fim de preservar a dignidade humana da vítima e a efetividade da jurisdição penal.

Palavras-chave: Constitucionalização do Direito Penal; Ponderação principiológica; Derrotabilidade da escusa absolutória.

Abstract

This study aims to analyze the changes brought about by neoconstitutionalism in legal-constitutional theory, notably the phenomenon of constitutionalization of law and the subjection of branches of legal science to the new constitutional hermeneutic dogma. For this reason, the existence of a Constitutional Criminal Law was defended and, consequently, the need for the interpretation and application of criminal rules to previous constitutional conformity. In this perspective, this article, through exploratory research, of a qualitative nature, deductive method, collection of bibliographic-documental data, proceeded in order to carry out a re-reading of the principle of criminal legality to make it ponderable before the specific case, in which is dysfunctional. However, it also clarified about the functions of fundamental rights as limits to state intervention, the application of the principle of proportionality in the event of collision between constitutional norms and the incidence of the principle of the prohibition of deficient protection in face of criminal legality. Finally, in view of the exposed problem, it was sought, based on constitutional principles, to clarify the need of the State, based on the defense of human rights and respect for social well-being, in the face of the existence of cases of difficult solution in the criminal sphere whose traditional interpretation methods do not achieve a satisfactory result, use the theory of defeatability to overcome the original normative standard, in order to preserve the victim's human dignity and the effectiveness of criminal jurisdiction.

Keywords: Constitutionalization of Criminal Law; Principle weighting; Defeatability of the absolute excuse.

Resumen

Este estudio tiene como objetivo analizar los cambios provocados por el neoconstitucionalismo en la teoría legal-constitucional, en particular el fenómeno de la constitucionalización del derecho y la sujeción de las ramas de la ciencia jurídica al nuevo dogma hermenéutico constitucional. Por esta razón, se defendió la existencia de una Ley Penal Constitucional y, en consecuencia, la necesidad de interpretación y aplicación de las normas penales a la conformidad constitucional previa. En esta perspectiva, este artículo, a través de la investigación exploratoria, de naturaleza cualitativa, método deductivo, recopilación de datos bibliográficos-documentales, procedió a llevar a cabo una relectura del

principio de legalidad criminal para hacerlo ponderable ante el caso específico, en que es disfuncional Sin embargo, también aclaró las funciones de los derechos fundamentales como límites a la intervención estatal, la aplicación del principio de proporcionalidad en caso de colisión entre normas constitucionales y la incidencia del principio de prohibición de protección deficiente ante la legalidad penal. Finalmente, en vista del problema expuesto, se buscó, con base en principios constitucionales, aclarar la necesidad del Estado, con base en la defensa de los derechos humanos y el respeto por el bienestar social, ante la existencia de casos de difícil solución en el ámbito penal. Los métodos de interpretación tradicionales no logran un resultado satisfactorio; utilice la teoría de la derrotabilidad para superar el estándar normativo original, a fin de preservar la dignidad humana de la víctima y la eficacia de la jurisdicción penal.

Palabras clave: Constitucionalización del derecho penal; Principio de ponderación; Defeatibility de la excusa absoluta.

1. Introdução

O atual estágio do movimento constitucional, denominado neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, desenvolveu-se ao longo da história impulsionado pelas transformações sociais, culturais, políticas e econômicas ocorridas pelas exigências das sociedades inseridas em determinado contexto revolucionário. As novas balizas da ordem jurídico-constitucional impuseram significativas mudanças nos planos histórico, teórico e filosófico.

Com efeito, os constitucionalismos antigo e medieval foram esboços teóricos na busca por uma lei fundamental superior e vinculante às decisões dos governantes, com o intuito de proteger as liberdades públicas dos indivíduos. Esses movimentos foram essenciais para a formação do constitucionalismo moderno.

Apesar do avanço com o modelo constitucional moderno, os acontecimentos durante a Segunda Guerra Mundial geraram a imprescindibilidade de novas bases teóricas a partir de um pensamento jusfilosófico pós-positivista, ensejando a reformulação da teoria jurídico-constitucional e orientando a construção de Constituições democráticas e axiológicas, a exemplo da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Assim, surgiu o neoconstitucionalismo como um fenômeno jurídico que estruturou o Estado Constitucional de Direito e influenciou a reaproximação do direito e a ética, do direito e a moral, do direito e a justiça. Nesse contexto, a teoria jurídico-constitucional está

compreendida num pensamento racional integrativo, cuja metodologia jurídica na aplicação das normas busca a justiça e a efetividade dos direitos fundamentais.

Nesse cenário, atribui-se às normas constitucionais, sejam regras ou princípios, força normativa e fundamento de validade para todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Toda essa conjuntura contribuiu para o movimento de constitucionalização dos ramos da ciência jurídica, inclusive do Direito Penal. E, para se atingir o propósito neoconstitucionalista, vislumbram-se novos parâmetros para a interpretação constitucional, entre eles, a teoria da derrotabilidade.

Diante dessas premissas, identificar-se-á as mudanças operadas pelo neoconstitucionalismo nos planos histórico, teórico e filosófico, os quais conjuraram o movimento de constitucionalização do direito e a abertura para uma nova dogmática hermenêutica constitucional. Assim, verificar-se-á a evolução do constitucionalismo e as transformações geradas na teoria jurídico-constitucional, entre as quais, a constitucionalização do sistema normativo infraconstitucional como condutor para um Direito Penal Constitucional.

Ainda, promover-se-á uma leitura constitucional do princípio da legalidade penal a fim de garantir uma proporcionalidade na proteção dos direitos fundamentais da vítima e do autor em infrações penais nas quais se verifique um vácuo normativo, tendo por parâmetro o princípio da proibição da proteção deficiente. Então, avaliar-se-á a incidência da teoria da derrotabilidade sobre a escusa absolutória prevista no artigo 181, inciso I, do Código Penal, como resultado da hermenêutica neoconstitucional.

Quanto ao seu objeto e sua viabilidade acadêmica, o referido estudo justificar-se-á diante da necessidade de uma melhor compreensão acerca do alcance e sentido do instituto da escusa absolutória prevista no artigo 181, inciso I, do Código Penal, frente ao neoconstitucionalismo e da sujeição do Direito Penal à nova dogmática hermenêutica constitucional, a partir dos critérios de aplicação da derrotabilidade normativa.

Nesse diapasão, verificar-se que a formação de uma sociedade pós-moderna cada vez mais complexa e plural, o Direito Penal tem se deparado com os chamados hard cases (casos difíceis) nos quais os tradicionais métodos de interpretação e aplicação da norma não conseguem harmonizar os direitos fundamentais do autor e da vítima ao espírito constitucional. Dado o exposto, o princípio da legalidade penal como norma constitucional possui um caráter absoluto? Em casos nos quais se verifique um vácuo normativo de proteção no campo penal, a exemplo da escusa absolutória, poderá o princípio da legalidade ser ponderado com o princípio da proibição da proteção deficiente para assegurar a dignidade

humana da vítima e a efetividade da jurisdição criminal na busca de uma conformidade constitucional? E, por consequência, torna-se possível a aplicação da teoria da derrotabilidade da norma penal?

Com efeito, sugere-se que tais indagações podem ser solucionadas pela afirmação do caráter não absoluto do princípio da legalidade penal na medida em que, como qualquer norma constitucional, deve ser interpretado sistematicamente para manutenção da unidade constitucional, assim como ponderado quando em conflito com outros princípios constitucionais de igual envergadura.

Ademais, a posição central dos direitos fundamentais e as funções denominadas direito de defesa e dever de proteção, limitam a atuação estatal no campo penal e impõe a leitura constitucional do Direito Penal, inclusive sujeito à derrotabilidade normativa como método hermenêutico neoconstitucional em casos específicos e justificáveis.

Por fim, fruto de um novo método de interpretação neoconstitucional, serão apreciados os critérios de aplicação da teoria da derrotabilidade no raciocínio jurídico-penal como fundamento para superar o padrão normativo contido na escusa absolutória prevista no artigo 181, inciso I, do Código Penal, utilizando como norte decisões judiciais nas quais se derrotou uma norma jurídica, ainda que principiológica, com repercussão na esfera penal.

2. Metodologia

Conforme ensinamentos de Marconi e Lakatos (2003, p. 83), “o método é o conjunto das atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo - conhecimentos válidos e verdadeiros -, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista”.

Nesse sentido, considerando que o método possui diversas classificações, o presente estudo tratar-se-á de pesquisa estada na metodologia dedutiva, partindo da análise de fundamentos basilares constitucionais, em direção às singularidades dos casos concretos que demonstram a disfuncionalidade de algumas normas penais quando aplicados os métodos hermenêuticos tradicionais, servindo de parâmetros para a derrotabilidade da escusa absolutória. Além disso, se delineará enquanto exploratória, uma vez que tem por objetivo proporcionar uma maior familiaridade com o problema.

Outrossim, será feito uso da metodologia de procedimento histórico-evolutivo, posto que realizar-se-á uma análise minuciosa da evolução teórica do constitucionalismo. Ademais, classifica-se ainda a presente pesquisa como sendo qualitativa. Sob esse viés, “os métodos

qualitativos são aqueles nos quais é importante a interpretação por parte do pesquisador com suas opiniões sobre o fenômeno em estudo.” (Pereira, Shitsuka, Parreira & Shitsuka, 2018, p. 67). Assim, buscar-se-á analisar e interpretar os institutos do Direito Constitucional, como forma de chegar à conclusão de que o princípio da legalidade penal não é absoluto, pois como qualquer norma constitucional, deve ser interpretado sistematicamente, com o fito de manter a unidade constitucional, bem como ponderado quando em conflito com outros princípios constitucionais de igual envergadura.

Por fim, quanto aos procedimentos empregados para coleta de dados, classifica-se como bibliográfica e documental, tendo em vista a realização de uma análise das disposições normativas pertinentes ao tema, como também dos posicionamentos já existentes que versam sobre a temática, publicados em doutrinas e artigos, a fim de proporcionar um apontamento relativo à aplicação da teoria da derrotabilidade no raciocínio jurídico-penal como fundamento para superar o padrão normativo contido na escusa absolutória prevista no artigo 181, inciso I, do Código Penal.

3. O movimento neoconstitucionalista: marco para a constitucionalização do direito penal

O constitucionalismo atual denominado neoconstitucionalismo, como fonte de organização político-administrativa do Estado, com bases firmadas em Constituições democráticas e prevalência dos direitos fundamentais, nasce por meio de movimentos gradativos exigidos pelas transformações sociais, culturais, políticas e econômicas de cada período histórico, somados aos pensamentos jusfilosóficos correspondentes.

Há uma variedade conceitual em relação ao fenômeno constitucionalismo, porém entende-se como um movimento de cunho jurídico, sociológico e ideológico com características próprias de cada manifestação no tempo e espaço, a fim de superar um modelo anterior que, de certa forma, geram a necessidade de novos paradigmas. Para Canotilho (1991, p. 66):

O constitucionalismo exprime também uma ideologia: 'o liberalismo é constitucionalismo; é governo das leis e não dos homens' (Mc Ilwain). A idéia constitucional deixa de ser apenas a limitação do poder e a garantia de direitos individuais para se converter numa ideologia, abarcando os vários domínios da vida política, econômica e social (ideologia liberal ou burguesa).

Assim, observam-se em cada movimento constitucional as exigências sociais por um sistema jurídico que tenha como norte uma lei fundamental e de observância obrigatória, composta por um rol de direitos e garantias no intuito de servirem como parâmetro ao controle do poder político.

Por isso, é indispensável uma sucinta contextualização histórica do movimento constitucional para se compreender as mudanças teóricas, históricas e filosóficas advindas com o neoconstitucionalismo, o qual influenciou a elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 com nítido caráter axiológico e de prevalência dos direitos fundamentais.

Entre as mudanças, destaca-se a repercussão no sistema normativo pátrio com a ideia de constitucionalização dos demais ramos da ciência jurídica, a exemplo do Direito Penal e, portanto, sujeito às novas bases da teoria da interpretação constitucional.

3.1 Breve histórico do constitucionalismo

A compreensão da necessidade de controle do poder político na estrutura governamental das sociedades, através da existência de um comando normativo supremo, exsurge na antiguidade clássica e, por isso, denominado constitucionalismo antigo. Barcellos (2018, p. 9) ensina que:

Na realidade, a percepção – moral, religiosa ou filosófica de forma ampla – de que existem normas superiores a outras, que devem estabelecer limites à ação dos governantes – essência do conteúdo do constitucionalismo – é antiga e remonta, no mínimo, aos registros bíblicos do Antigo Testamento e à Grécia antiga. A legislação mosaica era considerada superior a eventuais normas expedidas pelos monarcas ou chefe tribais do momento, ainda que o único mecanismo de controle disponível fosse, em geral, as pregações dos profetas contra a conduta ilícita dos líderes. Também na Grécia Antiga já havia a ideia de que determinadas normas eram mais importantes e superiores (em geral, por razões religiosas) do que as decisões contingentes dos líderes. A história de Antígona ilustra o ponto: Antígona descumpra a ordem real que proíbe que seu irmão seja enterrado e tenha as honras fúnebres próprias para observar uma norma que considera superior e que impõe o respeito aos mortos.

Durante a Idade Média, a princípio houve um enfraquecimento do movimento constitucionalista em decorrência da manutenção de regimes autoritários e totalitários, nos quais o poder político estava concentrado nas mãos do governante ou monarca, cuja decisão era incontestada e equiparável à vontade divina superior. Não se admitia participação popular no aparelho estatal ou qualquer tipo de controle. Ocorre que, ainda na Idade Média, segundo

Tavares (2008, p. 5):

O constitucionalismo reaparece como movimento de conquista de liberdades individuais, como bem o demonstra a aparição de uma Magna Carta. Não se limitou a impor balizas para a atuação soberana, mas também representou o resgate de certos valores, como garantir direitos individuais em contraposição à opressão estatal. Na Idade Média inicia-se, pois, o esboço de uma lei fundamental. Primeiro, significou a consagração de um conjunto de princípios, normas e práticas adotadas nas relações religiosas e comunitárias, especialmente entre as classes sociais e o soberano.

A renovação do constitucionalismo na Idade Média mediante documentos escritos firmados por monarcas e nobres, a fim de estabelecer um pacto de controle político e restabelecimento de garantias, tomou maiores proporções com o desenvolvimento da estrutura constitucional inglesa.

Malgrado a tradição consuetudinária do sistema jurídico britânico, suas instituições constitucionais foram aprimoradas com uma série de documentos escritos a exemplo da *Petition of Rights* de 1628 e o *Bill of Rights* de 1689. Entretanto, o mais conhecido e de maior influência para o ressurgimento do constitucionalismo no final da Idade Média foi a Magna Carta de 1215. Conforme Neto e Sarmiento (2012, p. 54):

Firmada em 1215 na Inglaterra pelo Rei João Sem Terra, pelo qual esse se comprometia a respeitar determinados direitos dos nobres ingleses. O Rei se obrigava, por exemplo, a não criar novos tributos sem prévia autorização dos nobres, concedida em assembleia, obtendo, como contrapartida, o reconhecimento do seu poder. A esses pactos faltava, contudo, a universalidade que caracteriza as constituições modernas, uma vez que eles não reconheciam direitos extensivos a todos os cidadãos, mas apenas liberdades e franquias que beneficiavam os estamentos privilegiados.

Diante desse esboço teórico do constitucionalismo medieval é que os posteriores movimentos constitucionais se apoiaram na busca de uma lei universal e fundamental, cujo conteúdo fosse superior a outras normas e de observância vinculante às autoridades, noções determinantes para o início do constitucionalismo moderno.

Os principais movimentos do constitucionalismo moderno foram o inglês, norte-americano e francês, com duas fases distintas, correspondentes aos Estados Liberal-Burguês e Social. Barcellos (2018, p. 10) explicita que o marco inicial ocorreu com “a Revolução Gloriosa inglesa de 1688, por força da qual se impuseram limites permanentes à monarquia, se consolidou o parlamentarismo na Inglaterra e se asseguraram garantias aos parlamentares e proteção aos direitos individuais”.

Nos movimentos norte-americano e francês, buscou-se fundamentar as revoluções liberais na valorização da Constituição escrita de observância obrigatória que delineasse as regras de organização político-administrativa e as liberdades públicas negativas, de modo a garantir publicidade e segurança nas relações jurídico-sociais.

Nos Estados Unidos iniciou-se com a revolução pela independência das Treze Colônias, quando o Congresso da Filadélfia, em 1776, sugeriu aos entes federados a elaboração de suas leis fundamentais, ou seja, suas Constituições. Então, estava aberto o caminho para a formulação da Constituição americana de 1787. Segundo Bulos (2015, pp. 71-72):

Nada obstante a importância das ideias do filósofo John Locke, as quais abriram ensanchas para a compreensão do individualismo e do liberalismo, o certo é que, do ponto de vista formal, o constitucionalismo moderno inaugura-se a partir do advento das Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, de 14 de setembro de 1787, e da França, de 3 de setembro de 1791. A Carta americana de 1787 nasceu em substituição aos *Articles of confederation*, instituindo o federalismo, a rígida separação dos Poderes e o presidencialismo. [...] Curioso registrar que a ideia de fixar princípios e normas numa constituição escrita adveio muito antes de 1787. Foi uma criação dos constituintes de onze das treze colônias norte-americanas que adquiriram independência, entre os anos de 1776 e 1780. A partir daí a palavra *constituição* ficou reservada para designar o ato legislativo escrito, dotado de superior hierarquia, responsável pelo delineamento das vigas-mestras do Estado.

Na Europa, o movimento iluminista do século XVIII de pensamento racional e antropocêntrico, a quebra da unidade religiosa por força da reforma protestante e a ascensão da burguesia como nova classe econômica, foram motivos para o desenvolvimento do constitucionalismo moderno. A revolução liberal francesa de 1789 foi um marco no rompimento das estruturas do poder então vigente. Conforme Tavares (2008, pp. 12-13):

É, portanto, a partir desse momento que ganha força o constitucionalismo moderno, espalhando sua doutrina por toda a Europa a partir dos fins do século XVIII. Foi na França que houve o estopim europeu para a “corrida constitucionalista”, inaugurando-se uma nova etapa na ordem social do velho mundo. A revolução francesa derruba a monarquia e a nobreza, castas dominantes até então, para impor uma Constituição escrita, com a preocupação de assegurar seus ideais de *liberté, égalité e fraternité*. [...] Em 1789 é editada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e em 1791 edita-se a primeira Constituição formal europeia, surgida na trilha da americana, a saber, a francesa, que teve referida Declaração como preâmbulo. A partir dela, começaram a surgir constituições por toda a Europa e, daí, para os outros continentes.

No decorrer do final do século XVIII ao final do século XIX, o constitucionalismo

moderno correspondeu aos ideais do Estado Liberal-Burguês, cujos princípios, entre outros, era o de limitar a intervenção estatal com a garantia dos direitos civis e políticos, chamados direitos fundamentais de primeira dimensão.

Já no final do século XIX e início do século XX, o constitucionalismo moderno correspondeu aos ideais do Estado-Social em decorrência das revoluções industriais e novas transformações sociais, políticas e econômicas. Nesse momento histórico, os movimentos comunistas e socialistas lutavam pela inserção dos direitos sociais, culturais e econômicos nas Constituições, denominados direitos fundamentais de segunda dimensão.

Assim, a contribuição do constitucionalismo moderno foi assegurar a limitação do poder político, descentralizando-o por meio da separação dos poderes; a inserção das liberdades públicas negativas e positivas em uma Constituição escrita; e a soberania nacional legitimada pela participação democrática dos cidadãos. Nessa fase, o sistema jurídico valia-se de um pensamento jusfilosófico positivista.

Em meados do século XX novos acontecimentos influenciaram a evolução do constitucionalismo mundial, dando ensejo a uma nova teoria jurídico-constitucional fundamentada no pensamento jusfilosófico pós-positivista, cujas ideias orientaram a formulação das Constituições democráticas, a exemplo da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Esse movimento ficou conhecido como neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo e teve como mola propulsora a necessidade de superar as atrocidades nazistas cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, justificadas juridicamente na Constituição de Weimar com base no positivismo.

Após a vitória dos aliados, a comunidade internacional fixou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 e, posteriormente, outros diplomas internacionais, os novos fundamentos para a evolução do processo constitucional nos planos histórico, filosófico e teórico. Feito esse breve registro, cabe agora examinar as principais mudanças geradas pelo neoconstitucionalismo.

3.2 Neoconstitucionalismo e a transformação do sistema jurídico-constitucional

Conforme descrito alhures, o movimento neoconstitucionalista, fonte hodierna da teoria jurídica, não surgiu do nada. O desenvolvimento dos seus cânones partiu da necessidade de repensar o direito e o funcionamento dos sistemas jurídicos, no intuito de estabelecer novos parâmetros constitucionais. O movimento teve forte incidência na

Constituição Federal brasileira com os estudos trazidos do direito europeu-continental, sobretudo derivados da doutrina constitucional espanhola e italiana.

É bem verdade que não há um consenso doutrinário acerca do neoconstitucionalismo como teoria jurídica e aplicação dos seus institutos. Bullos (2015, p. 80) compreende esse movimento como sinônimo de “constitucionalismo contemporâneo [...] Viés teórico no campo do Direito Constitucional”.

De outro lado, Moreira (2008, p. 248) critica a expressão constitucionalismo contemporâneo, pois “poderia levar à falsa impressão de que estamos tratando de direito constitucional, quando o objeto é bem maior, traduzindo-se por um ambicioso projeto jurídico”. Ademais, para outros, a exemplo de Carbonell (2003, p. 62), fala-se em “neoconstitucionalismos” e não apenas um neoconstitucionalismo. Ao cuidar dessa delimitação teórica, Sarmento (2009, pp. 114-115) prescreve que:

Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linha bastante heterogênea, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Haberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum deles se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto entre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Nesse quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não existe um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob o mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma compreensão mais precisa.

Entretanto, identificam-se na doutrina, notadamente brasileira, pontos convergentes na descrição do movimento neoconstitucionalista como fundamento para um novo modelo estatal, para o pensamento jusfilosófico pós-positivista e para novas bases do Direito Constitucional. Em precisas lições, Barroso (2006, pp. 203-249) ressalta as principais características desse fenômeno em três marcos:

Marco histórico: a formação do Estado Constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; Marco filosófico: o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o direito e a ética; Marco teórico: conjunto de mudanças que incluem a força normativa à

Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

O Estado Constitucional de direito significou um novo juízo valorativo na forma de atuação estatal para proteger os direitos fundamentais e a própria sobrevivência da comunidade internacional, exigências decorrentes do resultado catastrófico da Segunda Guerra Mundial.

Percebeu-se que não era suficiente a consagração dos direitos de primeira dimensão, inaugurais do Estado Liberal de direito e nem os direitos de segunda dimensão, originais do Estado Social de direito. Somados a estes, tornou-se indispensável positivar constitucionalmente direitos de terceira dimensão, atinentes à solidariedade e fraternidade.

Quanto ao pós-positivismo, este surge como pensamento jusfilosófico em superação à dicotomia jusnaturalismo *versus* positivismo, buscando um equilíbrio entre o direito e a ética, o direito e a moral, assim como entre o direito e a justiça. Logo, acentuou-se a insuficiência da aplicação tão somente objetiva dos fenômenos jurídicos e a necessidade de buscar compreender os ordenamentos jurídicos a partir de uma conjunta análise material.

O modelo positivista defendia um raciocínio jurídico apegado ao mero formalismo, às técnicas de interpretação fechadas e meramente subsuntivas, ou seja, pregava uma teoria jurídica de aplicação independente do conteúdo. Foi sob essas bases de pensamento que os nazistas justificaram a partir da Constituição de Weimar os atos de antissemitismo. Nas lições de Neto e Sarmiento (2012, p. 163):

A teoria jurídica, ao longo do século XIX, realizara movimentos em direção à secularização, à positivação e à sistematização do direito. Ao final desse processo, a sua vertente hegemônica passou a conceber o Direito separadamente da Moral. O positivismo de Kelsen é a expressão máxima dessa concepção. Nessa perspectiva, não caberia à teoria do Direito avaliar o conteúdo particular de cada ordenamento, no sentido de verificar sua compatibilidade com as normas morais. A justiça ou injustiça das normas jurídicas ou do próprio ordenamento não seria tema afeto à Ciência do Direito [...]. Essas teorias, ao não se pronunciarem sobre o conteúdo particular de cada ordenamento, acabaram deixando de fornecer instrumentos para a crítica do Direito produzido pelos Estados autoritários e totalitários da primeira metade do século. A ascensão do partido nazista ao poder, por exemplo, ocorreu pelos meios previstos na Constituição de Weimar. Chegando ao poder, os nazistas utilizaram o Direito como instrumento para a imposição de políticas repressivas e discriminatórias [...]. Perante a dramática irracionalidade do Direito e do Estado, se tornava completamente inadequada a concepção segundo a qual apenas a análise objetiva do fenômeno jurídico poderia ser validada como racional. Surgem, então, a partir do segundo pós-guerra, teorias do Direito que procuraram religar as esferas do Direito e da Moral. Na constelação de ideias que procuram oferecer alternativas às abordagens positivistas,

não há, obviamente, unidade ou consenso. Há, porém, convergência no tocante a dois objetivos centrais: procurar superar a separação entre Direito e Moral preconizada pelo positivismo e reabilitar o uso prático da razão na metodologia jurídica.

Dessa maneira, o pós-positivismo atrelou a filosofia do direito ao pensamento constitucional, tornando-o integrador. Atualmente, não se pode imaginar a teoria jurídico-constitucional desconectada das exigências sociais, da ética, da moral e da política. As Constituições tornam-se, por conseguinte, axiológicas e democráticas, cuja aplicação perpassa pelo uso racional da metodologia jurídica com o fim de se buscar justiça e efetividade na concretização dos direitos fundamentais.

Nesse cenário, a Constituição passa a ser a fonte de validade para todas as demais normas do sistema jurídico. Atribui-se força normativa máxima às suas regras e princípios para assegurar-lhe supremacia e, conseqüentemente, gera uma expansão da jurisdição constitucional em virtude das técnicas de controle de constitucionalidade e do protagonismo do Poder Judiciário como guardião da lei fundamental. Outrossim, verifica-se novos paradigmas para a interpretação constitucional. Fernandes (2011, p. 50) acentua a:

[...] b) rejeição do formalismo e a busca mais frequente a métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico como: a ponderação, tópica, teorias da argumentação, metódica estruturante, entre outros; [...] f) com isso, em consequência, temos uma releitura da teoria da norma (como já citado: reconhecimento da normatividade dos princípios a exigência de procedimentos complexos como o da ponderação para o solucionamento de colisões entre eles), da teoria das fontes (como já dito: o desenvolvimento e fortalecimento do papel do judiciário bem como dos Tribunais Constitucionais para a concretização da Constituição, levando, com isso, a uma ampliação da judicialização das questões político-sociais assumindo o Judiciário um papel central) e da teoria da interpretação (como já dito: a necessidade de novas posturas interpretativas à luz do papel assumido pela Constituição no que tange à sua centralidade e força normativa, fazendo com que os antigos métodos tradicionais da interpretação, nascidos do direito privado, sejam colocados em questionamento perante novas práticas hermenêuticas alinhadas a teorias da argumentação e a busca de racionalidade das decisões judiciais, tendo em vista a 'filtragem constitucional' e a interpretação das normas jurídicas, conforme a constituição).

Diante do exposto, percebe-se que os principais aportes do neoconstitucionalismo deram origem ao fenômeno da constitucionalização do direito, razão pela qual se torna imperiosa uma leitura do ordenamento jurídico a partir da Constituição, isto é, todos os ramos do direito devem retirar o fundamento de validade dos seus institutos a partir de uma orientação sistemática das normas constitucionais formadas por princípios e regras.

Assim, os demais ramos da ciência jurídica, inclusive o Direito Penal, devem ter suas

normas compatíveis com a visão constitucional e, mormente, garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Em última análise, a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais que definem direitos fundamentais ficam sujeitas à nova teoria jurídico-constitucional, e a soberania nacional legitimada pela participação democrática dos cidadãos. Nessa fase, o sistema jurídico valia-se de um pensamento jusfilosófico positivista.

3.3 Constitucionalização do Direito Penal

Como delineado no tópico anterior, uma série de transformações no pensamento filosófico, teórico e histórico gerados pelas circunstâncias do pós Segunda Guerra Mundial, irradiaram efeitos na formulação de um novo movimento constitucional conhecido por neoconstitucionalismo. Novas bases jurídicas foram firmadas no âmbito da teoria do direito, notadamente no campo da norma, das fontes e da interpretação, todas inseridas em um contexto de constitucionalização do direito.

No campo da norma, os princípios, mormente os constitucionais, passam a ter força na aplicação do direito e sujeitos às técnicas específicas de solução no caso de conflitos aparentes, a exemplo da ponderação. Em relação às regras, a interpretação deixa de ser meramente subsuntiva e alheia ao conteúdo, pois com a centralização dos direitos fundamentais passou-se a exigir uma leitura constitucionalizada.

Em relação ao estudo das fontes do direito, a jurisprudência deixa de ser uma fonte secundária para assumir um papel de destaque na criação normativa e, de forma antecedente, controlar a lei. O sistema de precedentes e o instituto da súmula vinculante tornam-se instrumentos de observância obrigatória na aplicação das normas.

Quanto à teoria da interpretação, influenciada pela posição central dos direitos fundamentais e pela supremacia da Constituição como reflexo de sua força normativa, torna-se imperiosa a leitura das normas infraconstitucionais, inclusive penais, conforme os ditames constitucionais. Ainda no campo da interpretação, aduz-se uma influência considerável da filosofia do direito na busca de soluções dos conflitos em uma sociedade complexa e pós-moderna, conforme assenta Moreira (2008, p. 251):

A teoria da interpretação alcançou outro *status*, quando recebeu influências da filosofia do direito como: a tópica (e a retomada em se pensar o estudo de casos a partir dos problemas neles suscitados), a hermenêutica (e todos os métodos de interpretação conhecidos e incrementados pela metodologia constitucional contemporânea) e argumentação jurídica (no tocante à justificação do intérprete) ficam integradas no neoconstitucionalismo. A partir daí se descobrem técnicas – como a

derrotabilidade – e teorias ficam mais bem explicadas – como a que diz que toda interpretação jurídica, é antes de tudo interpretação constitucional.

Desta feita, ao se defender o neoconstitucionalismo como teoria do direito e fomentador de novos parâmetros na teoria da norma, da fonte e da interpretação, erigindo toda compreensão do sistema jurídico à prévia leitura constitucional, admite-se a ocorrência da constitucionalização do direito.

Os ramos jurídicos inseridos no sistema normativo brasileiro construído sob o manto da Constituição Federal de 1988, não podem ter os seus institutos interpretados isoladamente como “ilhas” desconectadas, pelo contrário, devem estar em constante diálogo e obediência às normas constitucionais, formando um “arquipélago” normativo equilibrado e harmônico.

A constitucionalização do direito gerou, segundo Neto e Sarmiento (2012, p.164), a “irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do direito”. Nesse diapasão, exsurge um Direito Penal Constitucional com carga valorativa incidente na atuação legislativa, na aplicação e interpretação de suas normas. Então, Abreu e Santos (2013, p. 6) dispõe que:

Pode-se pensar (ou sonhar), portanto, com um Direito Penal Constitucional, formado pela união harmônica de valores, princípios e regras abrigados na Constituição e, assim, de superior hierarquia (formal e material), os quais garantiriam uma compreensão democrática do Direito Penal. A carga normativa nas normas penais previstas na Constituição Federal atuaria como um limite necessário ao legislador e ao intérprete, quando da seleção dos bens jurídicos penalmente relevantes ou quando da análise da necessidade da tutela penal (pena). É possível afirmar que, em decorrência do neoconstitucionalismo, a Constituição Federal, além de exercer importante papel na limitação do poder punitivo estatal, também contém mandados (expressos e implícitos) de (des)criminalização e (des)penalização. Os princípios da dignidade da pessoa humana – art. 1º, inciso III; da legalidade – art. 5º, inciso XXXIX e da culpabilidade – art. 5º, inciso LVII possuem carga axiológica e normativa, formando um tripé estruturante desse sistema constitucional penal. Desse núcleo principiológico, decorre outro grupo de princípios e, por fim, as regras penais (constitucionais e infraconstitucionais) que devem guardar observância material com todos esses princípios.

Sob essa visão constitucional do Direito Penal e, portanto, influenciado pelas bases teóricas do neoconstitucionalismo, é que se pretende uma releitura do princípio da legalidade penal como direito fundamental não absoluto e de aplicação com base em critérios de racionalidade, coerência e proporcionalidade em relação a outros princípios, justificados por uma filtragem constitucional no campo da teoria da interpretação baseada, notadamente, pela dignidade da pessoa humana e pela efetividade da jurisdição penal. Sarlet (2013, p. 12) aponta

que:

O STF do Brasil, cada vez mais e especialmente após a promulgação da Constituição Federal, invoca o princípio (e regra) da dignidade da pessoa humana como fundamento principal ou secundário para a solução de controvérsias (dentre as quais um expressivo número relacionadas com o direito penal e processual penal) que lhe são direcionadas, demonstram claramente uma tendência no sentido de consagrar, também no direito brasileiro, a noção de que na dúvida deverá o intérprete – seja no âmbito da assim chamada 'ponderação' de princípios e direitos fundamentais, seja em outras hipóteses – optar pela alternativa mais compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, defende-se a incidência da nova dogmática hermenêutica constitucional na definição e alcance das normas penais com a finalidade de permitir uma coexistência harmônica entre os direitos fundamentais da vítima e do autor do crime, a partir de uma ponderação entre o princípio da legalidade penal e o princípio da proibição da proteção deficiente no contexto de efetividade da função jurisdicional penal como direito fundamental, abrindo margem para a aplicação da teoria da derrotabilidade normativa.

4. A interpretação neoconstitucional e os reflexos no direito penal: uma análise ponderada do princípio da legalidade

A interpretação consiste em uma atividade cognitiva do sujeito (intérprete) em relação a um objeto, material ou imaterial, normativo ou não, a fim de se extrair da sua composição o sentido da sua existência, estendendo-lhe significado e alcance. Cabe ao intérprete analisar de modo contextual o enunciado gramatical da regra para, então, extrair o significado, portanto, a norma.

Esse processo interpretativo é conduzido cientificamente pelo estudo hermenêutico, o qual proporciona métodos procedimentais e racionais que definem as balizas de justificação cognitiva. Ao longo da história se questiona a função interpretativa como sendo exclusivamente cognitiva, ou não. E, em caso afirmativo, qual o parâmetro a ser utilizado para se descobrir o conteúdo da norma.

As principais teorias interpretativas foram denominadas subjetiva (escola da exegese) e objetiva (escola dogmática). A primeira, também conhecida por psicológica ou histórico-filológica, buscava entender o sentido normativo com base na *mens legislatoris*, ou seja, identificar os motivos utilizados pela autoridade responsável por sua produção naquele momento histórico. A segunda, por sua vez, procura compreender a chamada *mens legis*, isto

é, o significado atual com base tão somente nas expressões linguísticas do texto legal.

No entanto, não há consenso na correspondência do método à teoria utilizada. Tanto o é, que muitos intérpretes se utilizam da expressão objetivista para uma interpretação voltada ao sentido original da norma, sentido que pode ser descoberto ao se identificar a *mens legislatoris*. No campo constitucional, apesar de haver uma prevalência da escola dogmática à escola exegética, não há solução para todos os dilemas, conforme expressa Garcia (2015, p. 393):

A aparente superação da escola da exegese, que atribuía preeminência ao texto normativo, à certeza do Direito e à separação dos poderes, e avançava na individualização da vontade do legislador (*mens legislatoris*), pela escola dogmática, não foi suficiente à pacificação das divergências no plano constitucional. Note-se que a própria 'superação' da escola da exegese está longe de alcançar uma posição de consenso em certos ciclos. No direito norte-americano, por exemplo, as concepções originalistas, incluídas sob a epígrafe mais ampla da teoria do contrato, ainda são responsáveis por calorosos debates doutrinários e jurisprudenciais. A profusão de novos métodos hermenêuticos nessa seara é plenamente justificável pelas especificidades da Constituição formal, que, como visto, além de normalmente integrada por enunciados linguísticos dotados de maior vagueza semântica, possui caráter fundante e apresenta intensa permeabilidade axiológica. Em consequência, o emprego exclusivo dos métodos tradicionais termina por ter a sua utilidade comprometida. A funcionalidade resolutiva da interpretação constitucional, direcionada à superação das conflitualidades intrínsecas, não prescinde da análise de todos os fatores que concorrem nesse processo, intrínsecos e extrínsecos, linguísticos e não linguísticos. A existência de um conflito entre grandezas distintas é um indicativo de que o intérprete deve realizar atividades valorativas e decisórias, o que oferece um norte para a escolha da teoria da interpretação a ser seguida e dos métodos a serem utilizados. Para tanto, deve apreender as especificidades do contexto e do caso concreto, o que confere especial realce ao pensamento problemático, sem descuidar da preservação da coerência interna do sistema. Note-se que a interpretação constitucional ainda apresenta uma funcionalidade específica: transcende a norma constitucional individualizada e influi sobre a validade e o sentido de qualquer padrão normativo infraconstitucional, o que bem demonstra a necessidade de a norma constitucional ser visualizada a partir de uma perspectiva sinérgica, de modo a preservar a harmonia do sistema.

Assim, no âmbito da interpretação das normas infraconstitucionais, cujo parâmetro seja uma Constituição democrática e composta por um núcleo de direitos fundamentais e princípios com alta carga axiológica, não se pode restringir a solução das difíceis antinomias normativas aos métodos hermenêuticos tradicionais.

A superação do pensamento jusfilosófico positivista, cujas ideias se baseavam em uma interpretação fechada a partir de métodos clássicos, não encontra guarida no atual estágio do constitucionalismo. É interessante observar a interpretação jurídico-constitucional por meio

das diretrizes hermenêuticas do neoconstitucionalismo e as repercussões com o processo de constitucionalização do direito. Moreira (2008, pp. 262-263) entende que:

O neoconstitucionalismo não defende critérios de cientificidade metodológica, mas não os despreza. A erudição acerca das diversas metodologias constitucionais aumenta a capacidade de encontrar meios que traduzam com maior respeito possível a força normativa da Constituição e a vontade constitucional. Usar somente os métodos clássicos – interpretação gramatical, histórica, sistêmica e teleológica, resulta em limitar o raio de ação dos intérpretes. A escolha dos métodos traduz preferências do intérprete até por outros ramos do conhecimento, como a história, a sociologia, a filosofia, a economia, entre outros, que se encaixam, respectivamente, a título sugestivo, nas metodologias histórica, científico-espiritual, tópica e o pragmatismo-consequencialista. O intérprete da Constituição mais preparado deverá utilizar as metodologias mais aptas a defender e tornar efetivo o texto constitucional. [...] Um aviso necessário: as metodologias devem ser argumentativamente justificadas, e, quando em um caso similar adotar-se outra metodologia constitucional, em respeito ao princípio da universalidade e da coerência, deve ser justificada, expressamente, a nova opção, que pode levar a uma mutação da jurisprudência constitucional. [...] A sobre-interpretação da Constituição -, com essa gama de metodologias existentes -, a ser exercida com liberdade e responsabilidade, é defendida em um estágio de alto desenvolvimento constitucional. No neoconstitucionalismo este estágio é alcançado com o correto aproveitamento dos critérios argumentativo-procedimentais, como a razoabilidade, a proporcionalidade, a coerência e a universalidade.

Fixadas essas premissas, defende-se a interpretação neoconstitucional como uma atividade valorativa e decisória de acordo com o caso concreto a fim de obter o espírito da norma que mais se ajuste à realidade do comando constitucional (princípios ou regras) que a fundamenta, indispensável à concretização dos direitos fundamentais em jogo.

Ademais, como toda norma deve extrair o seu sentido e alcance em compatibilidade com a Constituição, entende-se que toda interpretação jurídica é, em última análise, interpretação constitucional, cujo norte é a centralização dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

4.1 Os direitos fundamentais como limites ao voluntarismo do Estado

Conforme acentuado, o neoconstitucionalismo e as novas diretrizes da interpretação a partir de métodos hermenêuticos pós-positivistas decorrem, em certa medida, da posição central que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana foram erigidos nas Constituições contemporâneas. Nesse sentido, Mendes e Branco (2015, p. 135) consideram que “O domínio das considerações técnicas que os direitos fundamentais suscitam, por isso, é indispensável para a interpretação constitucional”.

De início, cumpre destacar o que se entende por direito fundamental. Costuma-se defini-lo como um rol de direitos de sobrelevada importância para a vida em sociedade e que se encontram positivados em uma Constituição escrita. Essa noção, para alguns autores, perpassa por uma diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, vez que estes possuem uma expressão universal e de incidência internacional.

Entretanto, diante da contínua e intrínseca relação do direito interno com o direito internacional no âmbito de proteção dos direitos humanos, notadamente quando a ordem jurídica interna incorpora ao seu sistema disposições normativas internacionais, essa diferença perde sentido. Assim, melhor a definição de Comparato (2000, p. 46) para quem os direitos fundamentais são:

Os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados, quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.

Os direitos fundamentais como produto de uma construção histórico-evolutiva alcançaram novos parâmetros, inicialmente, com as mudanças de pensamento na segunda metade do século XVIII, ocasião na qual o homem passa a ser o centro das relações com o Estado e, toda atuação deste, deve ter por fim o respeito a direitos básicos.

Foi, então, na formulação do Estado Moderno, fruto das Revoluções Liberais, que os direitos fundamentais se apresentaram como norte das Constituições escritas em suas principais finalidades, quais sejam, a limitação e o controle da atividade estatal. Nas lições de Mendes e Branco (2015, p. 136):

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

Desta feita, torna-se indispensável identificar as funcionalidades dos direitos fundamentais para a adequada delimitação dos seus objetivos na estrutura constitucional e a forma como o Estado deverá agir frente aos titulares de tais direitos.

Os direitos fundamentais possuem variadas funcionalidades, pois se apresentam como produtos da transformação social, política, econômica e cultural no decorrer dos diferentes movimentos históricos. Sendo assim, estão classificados e organizados em diferentes

estruturas de fundamentação.

Considerando as várias classificações, pontua-se a teoria dos quatro *status* de Jellinek com destaque para o *status* negativo e a atinente aos chamados direitos de defesa e deveres de proteção. Em relação à primeira, vislumbram-se no fim do século XIX na doutrina de Jellinek, diferentes posições do indivíduo em relação ao Estado e, destas, a verificação dos direitos e deveres correspondentes. Acerca dessa teoria, Fernandes (2011, p. 249) descreve tratar-se de:

Uma teoria precursora e por isso já clássica que trabalhou as funções dos direitos e garantias fundamentais é a intitulada teoria dos quatro status de Georg Jellinek. Para tal teoria, todo membro de uma comunidade está vinculado ao Estado e é dotado de capacidade e personalidade jurídica, sendo que o mesmo, portanto, pode ser enquadrado em quatro espécies de situações jurídicas, ou seja, de status (verdadeiras posições) frente ao Estado como sujeito de deveres e titular de direitos em relação ao mesmo. Nesse sentido, Jellinek explicita os quatro status, que são: a) status passivo ou *subjectionis*; b) status negativo ou *status libertatis*; c) status positivo ou *status civitatis*; d) status ativo ou *status activus*.

O *status* negativo está relacionado ao direito do indivíduo exigir uma limitação do comportamento estatal em relação a uma determinada liberdade jurídica, ou seja, configura o dever de abstenção do Estado em matérias inseridas na esfera da autonomia privada. Não pode o ente estatal embaraçar um determinado direito no campo da liberdade de decisão do indivíduo apenas por um voluntarismo. Alexy (2015, pp. 259-260) aduz que:

Segundo Jellinek, o status negativo ‘está protegido pela pretensão do indivíduo ao seu *reconhecimento* e pela proibição de que as autoridades estatais o perturbem, ou seja, pela proibição em relação a qualquer imposição de ordem ou de coação não legalmente fundamentada’.

Na doutrina nacional, os conceitos do *status* negativo de Jellinek foram trabalhados evolutivamente e, de alguma forma, encontram consonância com a classificação relativa aos chamados direitos de defesa (dimensão negativa) e com os denominados deveres de proteção (dimensão positiva). A primeira busca proteger a esfera jurídica do indivíduo frente às interferências desarrazoadas realizadas pelo Estado.

Assim, os direitos de defesa constituem-se como uma garantia do indivíduo na proteção da sua liberdade de escolha contra a interferência estatal, mediante uma limitação do poder político. Há um aspecto defensivo ao impedir a intervenção desproporcional e, ao mesmo tempo, um aspecto corretivo ao permitir eliminar agressões no plano da autonomia da

vontade individual. Canotilho (2003, p. 408) trabalha os direitos de defesa sob uma dupla perspectiva:

Constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico- subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Acaso ocorra a violação aos direitos de defesa, poder-se-á exigir uma série de pretensões contra o Estado, por exemplo, de abstenção, revogação ou anulação. Adicionalmente, Fernandes (2011, p. 253) refere-se à “pretensão de consideração, que impõe ao Poder Público o dever de levar em conta a situação do atingido pelo ato, fazendo devidas ponderações”.

Por sua vez, quanto à função de deveres de proteção (dimensão positiva), cabe ao Estado intervir para assegurar proteção efetiva aos direitos fundamentais do indivíduo contra agressões perpetradas pelo Poder Público ou por particulares, tendo em vista o monopólio estatal para conferir resolutividade às lides, notadamente as penais. Sarlet (2004, p. 94) preceitua que:

Atuando na sua função de deveres de proteção (imperativos de tutela), as normas de direitos fundamentais implicam uma atuação positiva do Estado, notadamente, obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares, dever este que para além de expressamente previsto em alguns preceitos constitucionais contendo normas jusfundamentais – pode ser reconduzido ao princípio do Estado de Direito, na medida em que o Estado é o detentor do monopólio, tanto da aplicação da força, quanto no âmbito da solução dos litígios entre os particulares, que (salvo em hipóteses excepcionais, como o da legítima defesa) não podem valer-se da força para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares.

Portanto, compreende-se que, diante de uma norma infraconstitucional penal, na qual haja uma ingerência sem fundamento e indevida do Estado no plano da autonomia privada do indivíduo e, ao mesmo tempo, denote uma omissão do Estado quanto ao dever de proteção do direito fundamental do indivíduo, possa o intérprete, utilizando das diretrizes hermenêuticas do neoconstitucionalismo, superar o padrão normativo para se alcançar o verdadeiro sentido e, então, assegurar plena proteção ao direito fundamental sujeito à violação e a efetividade jurisdicional.

Interessante reforçar que, diante da constitucionalização do direito, todas as normas devem retirar o fundamento de validade da Constituição. Logo, quando uma norma infraconstitucional penal balizada em um paradigma constitucional se apresenta como interferência indevida do Estado na esfera jurídica do indivíduo e, em certo grau, violando um dever de tutela, atrai a possibilidade da colisão entre direitos fundamentais, cuja solução perpassa por uma análise de ponderação dos interesses.

4.2 A colisão dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade

A doutrina moderna aponta como uma das características dos direitos fundamentais, a relatividade. Portanto, axiologicamente, não existem direitos fundamentais absolutos (intransponíveis), haja vista a possibilidade de conflito entre normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais e/ou entre normas infraconstitucionais que fundamentam direitos fundamentais. Para Steinmetz (2001, p. 139): “Há colisão de direitos fundamentais quando, in concreto, o exercício de um direito fundamental por um particular, obstaculiza ou restringe o exercício de um direito fundamental de outro titular”.

Nesse conflito entre normas que possuam carga valorativa de direito fundamental e, tendo titulares distintos, uma não pode excluir a outra. Torna-se indispensável identificar a que melhor se aplica ao caso concreto para potencializar o direito fundamental mantido, de modo que, apenas deixa de se aplicar umas das normas em colisão a partir de um critério de proporcionalidade e de justiça prática.

A solução nesses casos exige uma prévia definição quanto à natureza da norma jurídica. Atualmente, identifica-se a norma jurídica como gênero, cujas espécies são as regras e os princípios. Ao estabelecer diferenças procedimentais entre essas categorias, Mendes e Branco (2015, p.183) ensinam que:

As regras correspondem às normas que, diante da ocorrência do seu suposto de fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos. Não é viável estabelecer um modo gradual de cumprimento do que a regra estabelece. Havendo conflito de uma regra com outra, que disponha em contrário, o problema se resolverá em termos de validade. As duas normas não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico. [...] Os princípios ‘são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas’. Os princípios são determinações para que certo bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizerem que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai. [...] No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma

aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.

A Constituição Federal de 1988 fundada em bases neoconstitucionalistas instrumentaliza inúmeros direitos fundamentais na categoria de princípios ante a estrutura mais aberta de interpretação, justamente para se permitir um diálogo quanto ao melhor amoldamento exigido no caso concreto na hipótese de aparente antinomia.

O princípio da proporcionalidade é o método adequado para o necessário equilíbrio entre princípios constitucionais definidores de direitos fundamentais em rota de conflito, pois confere um olhar sistemático na tensão principiológica a fim de garantir a manutenção da unidade constitucional. Conforme ensinam Mendes e Branco (2015, p.184):

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irreduzível de dois direitos por ela consagrados.

Assim, no exercício das funções de direito de defesa e de dever de proteção dos direitos fundamentais cabíveis ao Estado, é preciso delimitar o aparente conflito entre o princípio da legalidade penal como direito fundamental à proibição do excesso e o princípio da proibição da proteção deficiente como direito fundamental à efetividade da jurisdição penal.

4.3 O princípio da legalidade penal *versus* o princípio da proibição da proteção deficiente

A sociedade pós-moderna de contornos complexos e plurais, exige serenidade do intérprete na aplicação das normas jurídico-penais. A constitucionalização do Direito Penal afasta discursos baseados em legalismo e formalismo extremos, destoados da contextualização constitucional. Em referência aos efeitos do neoconstitucionalismo sobre o Direito Penal, Barroso (2006, p. 24) aduz que:

A repercussão do direito constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas é ampla, direta e imediata, embora não tenha sido explorada de maneira abrangente e sistemática pela doutrina especializada. A constituição tem impacto sobre a validade e interpretação das normas de direito penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria. Em primeiro lugar, pela previsão de um amplo catálogo de garantias, inserido no art. 5º. Além disso, o texto constitucional impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas, assim como impede a criminalização de outras. Adicione-se a circunstância de que algumas tipificações previamente existentes são questionáveis à luz dos novos valores constitucionais ou da transformação dos costumes.

Entretanto, várias disfuncionalidades, a exemplo da escusa absolutória inserida no Código Penal desde 1940 e com vigência a partir de 1941, quase nunca são objeto de valoração pelo intérprete e aplicador da norma, apesar de submetidas em última análise à conformidade constitucional.

O principal obstáculo à percepção de um Direito Penal neoconstitucional é o aporte teórico conferido pela doutrina penalista majoritária ao princípio da legalidade, pois lhe confere um alcance absoluto e supremo em relação aos valores, inclusive constitucionais. Baseiam-no, ainda, no ideal liberal e no pensamento positivista.

Historicamente, o princípio da legalidade penal teve o seu conteúdo difundido notadamente durante o século XVIII, com os ideários iluministas e as Revoluções Liberais na luta por direitos civis e políticos, indispensáveis à superação do Estado Absolutista. Conforme Pacelli e Callegari (2016, p. 96):

Referido princípio, da legalidade, remonta ao Iluminismo, no século XVIII, e traduz uma conquista dos Estados de feição liberal. VON LISZT dizia que a legalidade seria a Magna Carta do Criminoso, como a reforçar a função de proteção individual do princípio, diante dos poderes do Estado.

A liberdade, a segurança jurídica e a igualdade como direitos fundamentais de primeira dimensão eram fundamentos para a autonomia individual, razão pela qual toda restrição àqueles direitos deveriam ser objeto de lei prévia. Na ordem jurídica pátria, a legalidade penal encontra fundamento no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e no artigo 1.º do Código Penal, sob a máxima de que ninguém pratica crime se não houver lei anterior que o tipifique, e nem pena sem lei anterior que a estabeleça.

O referido princípio, assim, exige lei em sentido estrito para tipificar as condutas consideradas como infrações penais, cominando as respectivas sanções. No entanto, o diploma penal possui outras normas que regulam institutos variados, a exemplo das causas

excludentes de ilicitude (art. 23, CP) e da escusa absolutória (art. 81, inc. I, CP). Logo, pode-se concluir que toda a estrutura jurídico-penal está sujeita aos ditames da legalidade.

Quanto à funcionalidade, o princípio busca proteger o indivíduo da atividade punitiva estatal e, ao mesmo tempo, assegurar a liberdade individual ao exigir que o Estado torne públicas por meio da lei as condutas consideradas proibidas, a fim de possibilitar a previsibilidade normativa. Japiassú e Souza (2015, p. 77) apontam três importantes funções:

Doutrinariamente, o princípio da reserva legal encontra, hodiernamente, os seguintes fundamentos para a sua existência: (1) o liberalismo político; (2) a democracia e a divisão de poderes; e (3) o princípio da culpabilidade. Acerca do primeiro fundamento, tem-se que o princípio é consequência direta da formação do Estado contemporâneo, dada a exigência de vinculação entre os Poderes Executivo e Judiciário e as leis em abstrato formuladas pelo Legislativo. Em que pesem as mudanças contemporâneas no Estado, muito da justificativa da legalidade ainda remonta a esse fundamento. Assim, pode-se entender que o fim do princípio da legalidade é a ideia de proteção da confiança e da previsibilidade do Direito Penal, assim como que se evitem decisões decorrentes da emoção. Ademais, a vinculação do poder punitivo estatal a uma lei abstrata, pretende, por si só, proteger a liberdade individual do arbítrio estatal, o que sintetizam as finalidades da proibição da analogia e da indeterminação da norma penal. O segundo fundamento importa na noção da tripartição de poderes. Sob essa estrutura constitucional, que se expressa por meio da reserva legal, o juiz não deve criar o Direito Penal – atributo do Parlamento – mas, sim, aplicá-lo. Por sua vez, o Poder Executivo não pode ter ingerência quanto à individualização da punição, impedindo-se, portanto, qualquer abuso nesse sentido. Sobre o terceiro, há a ideia de que o princípio da culpabilidade é vulnerado se não houver a reserva legal, pois não se deve falar em agente culpável se o indivíduo não sabia ou não tivera a possibilidade de verificar que o seu comportamento era passível de reprovação penal. Essa constatação tem, pois, que ser feita antes da prática delitiva e, assim, a reprovação pressupõe, necessariamente, a formação anterior da vontade consciente.

Dessas funções é que se retiram diversas categorias conexas ao princípio da legalidade, por exemplo, a vedação em se aplicar analogia para prejudicar o réu, a utilização nos tipos penais de conceitos jurídicos indeterminados e/ou vagos, e a proibição de se aplicar retroativamente lei penal para agravar a situação do réu.

Dito isso, percebe-se que a análise clássica (liberal) do princípio da legalidade penal impediria qualquer construção interpretativa voltada à superação de uma norma penal. Entretanto, ao longo das digressões alhures delineadas, defende-se a inserção do princípio da legalidade penal nos fundamentos do neoconstitucionalismo.

Para isso, fundamenta-se em dois aspectos segundo Lamy (2009, p. 303) “(a) os princípios constitucionais incorporam valores, (b) a justificação da obediência ao Direito ampara-se na racionalidade positivada e no valor da justiça”. Ainda, conforme Lamy (2009, p.

305):

As Constituições Contemporâneas deixaram de ser meros estatutos do Estado para tornarem-se de toda a sociedade, de todo o Direito. Os princípios, especialmente os constitucionais, deixaram de ser meros meios de integração do direito (frente às lacunas) e convertem-se em normas situadas no patamar mais elevado da ordem jurídica, aplicáveis em todos e quaisquer casos. Os princípios tornam-se instrumento adequado à ductibilidade do Direito (característica necessária em uma sociedade em permanente mudança), pois preservam a estabilidade de um conteúdo ético (os valores são densificados pelos princípios constitucionais, que os irradia para todo o ordenamento). Ademais, o caráter normativo do princípio abafou a importância do mecanicismo da subsunção e do silogismo, resgatando a argumentação e a racionalidade prática no domínio do Direito. [...] Incorporou-se a 'filtragem constitucional', as leis têm de ser relidas pela ótica constitucional (interpretação conforme a Constituição), para evitar conflitos com a hierarquia superior e para potencializar valores e objetivos que a Constituição consagra. Mais ainda, os direitos fundamentais tornam-se base estrutural da ordem jurídica: não são meros direitos subjetivos, constituem decisões valorativas de natureza objetiva, com eficácia irradiante para toda a ordem jurídica, diretrizes para todos os órgãos judiciais, legislativos e administrativos.

Imprescindível destacar que o princípio da legalidade penal ainda que visto no sentido de estrita legalidade (taxatividade), não perde a sua natureza jurídica de norma constitucional inserida no rol dos direitos fundamentais e, portanto, atrai para si toda a dogmática hermenêutica neoconstitucional.

Dessarte, o princípio da legalidade penal é um direito fundamental não absoluto e, caso a norma penal que lhe tome como fundamento entre em conflito com outro direito fundamental, mostra-se possível ponderá-lo e, inclusive, afastá-lo para salvaguardar outra grandeza constitucional que melhor se adéqua ao caso concreto e que melhor fundamenta a atividade do Estado quando se exige um dever de proteção e/ou um direito de defesa. Ao defender a interpretação constitucional dos tipos penais vigentes, ensina Sanchís (2004, p. 65):

Ius puniendi no representa un espacio exento al control de constitucionalidad a través del juicio de ponderación, y ello por dos razones: porque toda pena debe considerarse como una afectación de derechos fundamentales, y toda afectación de esta clase conlleva una carga de justificación; y porque el propio tipo penal, en la medida en que sea o pueda concebirse como un límite al ejercicio de derechos, constituye también una forma de afectación de los mismos y por idénticas razones ha de adecuarse a esa exigencia de justificación. De manera que la conexión entre Derecho penal y derechos fundamentales es doble: en virtud de la pena y en virtud de la conducta tipificada, que limita o circunscribe la esfera del legítimo ejercicio de los derechos.

Não se defende a negação, mitigação ou sacrifício do princípio da legalidade penal como forma de expandir irracionalmente o Direito Penal. Pretende-se, tão somente, enquadrá-lo na sistemática constitucional, ou seja, como norma-princípio constitucional sujeito à interpretação em sintonia com os demais direitos fundamentais, a fim de garantir máxima efetivação e uniformidade constitucional. Nessa linha de raciocínio, Souza Junior (2012, p. 275):

Assim, ao que se vê, a importância de se efetivar os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição sobrepõe o respeito cego às regras de condutas ditadas pela legislação ordinária, revelando-se indispensável uma releitura da legislação penal, bem como do conceito analítico de crime à luz de uma teoria embasada em valores constitucionais.

Leitura diversa poderá colocar em choque e em contradição o princípio da legalidade penal (norma constitucional) com a própria noção de Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição Federal de 1988, cuja base teórica está pautada no movimento neoconstitucionalista.

Percebe-se que a noção clássica do princípio da legalidade penal está intrinsecamente ligada à teoria do garantismo penal, pois ambos estão fundamentados na filosofia liberal de limitação do poder punitivo estatal e, ao mesmo tempo, garantir o livre exercício das liberdades públicas negativas a partir de um Direito Penal mínimo. Ferrajoli (2002, p. 684) construiu o garantismo entendendo-o como:

Um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ *SG*, próprio do *Estado de direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza com uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, ‘garantista’ todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

Assim, o garantismo objetiva estabelecer de maneira exata um sistema de freios à intervenção penal do Estado, utilizando-se como parâmetro os limites impostos pelos direitos fundamentais salvaguardados na Constituição, notadamente os valores que se extraem do princípio da legalidade.

Todavia, conforme já exposto, o Direito Penal necessita ser compreendido sistematicamente à luz da Constituição Federal e não apenas com base nos axiomas derivados

da legalidade estrita. O pensamento jusfilosófico positivista e as bases do Estado Liberal de Direito justificavam os princípios penais originários do Código Penal de 1940, porque inseridos na realidade social, política e cultural da época.

É nessa visão neoconstitucionalizada do Direito Penal, orientadora do seu papel na sociedade pós-moderna de novos valores e fundada em um pensamento jusfilosófico pós-positivista, que se busca harmonizar o princípio da legalidade penal com o princípio da vedação à proteção deficiente, a fim de potencializar a efetividade da jurisdição penal sem excessos e/ou insuficiências. Nessa linha, Sarlet (2004, p. 65):

Uma leitura constitucionalmente adequada e genuinamente garantista da proporcionalidade não se poderá fazer a não ser no contexto de uma abordagem *mite*, tal qual sugere Zagrebelsky, de acordo com quem caminha para um direito da *equidade*, que exige uma particular atitude espiritual do operador jurídico, de estreita relação prática: razoabilidade, adaptação, capacidade de alcançar composições 'em que haja espaço não só para uma, e sim para muitas razões. Trata-se, pois, não do absolutismo de uma só razão e tampouco do relativismo das distintas razões (uma ou outra, iguais são), e sim do pluralismo (uma e outras de uma vez, na medida em que seja possível). Retornam-se, neste ponto, as imagens de ductibilidade.

Em relação ao princípio da vedação à proteção deficiente, este tem sido compreendido a nível constitucional como aspecto do princípio da proporcionalidade para, diante de uma ponderação de valores, possa-se assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. Já no campo penal, tem-se entendido como um freio à interpretação extremista da doutrina penal brasileira em relação aos postulados do garantismo penal desenvolvidos por Ferrajoli.

No tópico referente às funções dos direitos fundamentais, enquanto limite ao voluntarismo estatal, vislumbrou-se a função relativa aos direitos de defesa como forma de impedir a intervenção indevida do Estado na esfera jurídica privada do indivíduo (evitar o excesso/garantismo negativo), bem como a função relativa ao dever de proteção que exige a atuação estatal para tutelar os direitos fundamentais do indivíduo violados pelo próprio Estado ou por particulares (evitar a insuficiência/garantismo positivo).

Essas funções têm sido compreendidas como aspectos positivo e negativo do princípio da proporcionalidade ou, ainda, como sinônimos de garantismo positivo e garantismo negativo. Nesse sentido, são precisas as lições de Streck (2005, p. 180) para quem:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*)

entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação do legislador).

Fixados os devidos parâmetros, o presente trabalho averigua a disfuncionalidade da escusa absolutória prevista no artigo 181, inciso I, do Código Penal, pois, ao funcionar como uma condição negativa de punibilidade, o Estado criou um vácuo na proteção dos direitos individuais das vítimas, violando as funções dos direitos fundamentais na perspectiva do princípio da proporcionalidade.

Assim, a partir de uma visão neoconstitucionalista do princípio da legalidade e, devidamente ponderado pelo princípio da vedação à proteção deficiente, busca-se na nova dogmática hermenêutica constitucional, a aplicação da teoria da derrotabilidade como fonte justificadora na superação da norma penal referente à escusa absolutória e, por consequência, paradigma na concretização dos direitos fundamentais da vítima frente à omissão estatal.

5. Teoria da derrotabilidade: aspecto metodológico neoconstitucional do raciocínio jurídico

As técnicas formais e meramente subsuntivas do positivismo jurídico, insuficientes para manter a coerência e harmonia do sistema normativo tendo por fonte máxima uma Constituição democrática, bem como extremamente fechado à necessidade interpretativa dos chamados *hard cases*, foram superadas pelas novas correntes do pensamento jurídico com o neoconstitucionalismo.

A lógica clássica do raciocínio jurídico deu lugar às técnicas pós-positivistas, a exemplo da ponderação de Robert Alexy, da análise moral de Ronald Dworkin e a teoria da derrotabilidade atribuída a Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin, em virtude da força normativa atribuída aos princípios, da centralização dos direitos fundamentais e da constitucionalização do direito. Assim, explicitam-se alguns aspectos da derrotabilidade e sua aplicação no campo penal.

5.1 Linhas gerais sobre a teoria da derrotabilidade: Origem, conceito, fundamento e requisitos de aplicabilidade

A derrotabilidade antes de sua aplicação na teoria do direito surgiu como uma teoria lógica na área da inteligência artificial desenvolvida em 1980 por R. Reiter no Departamento de Ciência da Computação da Universidade de Columbia Britânica, Canadá e por John McCarthy da Universidade de Stanford, Estados Unidos. O objetivo segundo Serbena (2012, p. 15) era:

Formular sistemas lógicos que possibilitassem a formulação de linguagens de programação computacional com característica mais próximas da forma de raciocínio humano. A principal característica inovadora do trabalho de ambos os autores foi a criação dos chamados sistemas não monotônicos. A lógica clássica e a lógica silogística são monotônicas, no sentido que, de um conjunto de premissas, podemos deduzir um conjunto de conclusões, porém, quando adicionamos novas premissas ao conjunto inicial de premissas, as mesmas conclusões já deduzidas continuam valendo. Uma lógica não monotônica é uma lógica diferente da lógica clássica e da lógica silogística, uma vez que nela, de um conjunto inicial de premissas, deduzimos uma certa conclusão, mas, uma vez adicionada uma outra premissa ao mesmo conjunto inicial, as conclusões já deduzidas não continuam valendo necessariamente. Dependendo da premissa adicionada, ela pode ‘derrotar’ a conclusão original e proporcionar uma nova conclusão.

Então, a linguagem pautada na lógica não monotônica passou a ser utilizada na construção do raciocínio jurídico, notadamente na década de 1990. A abertura dos sistemas normativos às estruturas neoconstitucionais e em superação ao pensamento jusfilosófico positivista, possibilitou a inserção da derrotabilidade à teoria do direito.

Na teoria do direito, verificou-se que a utilização dos conceitos tradicionais de dedução ou inferência lógica monotônicas (monotonia) não resolveria todos os problemas de aplicabilidade da norma jurídica diante da insuficiência legal na prévia determinação de todos os fatos que pudessem influenciar na conclusão normativa e, por conseguinte, modificar a incidência.

Por tal motivo, o raciocínio jurídico humano encontra-se mais harmônico com a lógica não monotônica tendo em vista o contexto de constante transformação social e, assim, permite averiguar no caso concreto novas premissas fáticas anteriormente não previstas ou implicitamente previstas aptas a modificarem as conclusões previamente expostas com o conjunto de premissas iniciais. Nesse sentido, Torres (2012, p. 44):

As normas do ordenamento jurídico sempre são ditadas considerando os casos normais, não obstante, sempre podem surgir casos reais ou imaginários que não sejam típicos e que, portanto, mereçam uma solução diferenciada. Consequência disso, os

direitos e obrigações consagrados nas normas jurídicas deveriam ser entendidos como sujeitos a exceções implícitas, e justamente isto é o que propõe a derrotabilidade: que toda norma jurídica – ou a maioria delas – levaria sempre consigo exceções implícitas (ainda que em algumas ocasiões sejam explícitas) que fariam que a norma em questão não fosse aplicada.

Ainda, há autores a exemplo de Bissoli Filho (2012, p. 416) que atribuem “a introdução da noção de derrotabilidade no pensamento jurídico, sobretudo, a Alchourrón e Bulygin”. Outros, na esteira de Vasconcellos (2010, p. 53) conferem a origem do conceito de derrotabilidade a Herbert Hart, ao descrever que:

O conceito de derrotabilidade (defeasibility) surgiu no artigo de Herbert Hart intitulado *The Ascription of Responsibility and Rights*, a partir do reconhecimento da existência de condições que poderiam derrotar a previsão de uma norma jurídica, mesmo estando presentes os seus requisitos necessários e suficientes. Segundo a original ideia de Hart, 'quando o estudante aprende que na lei inglesa existem condições positivas exigidas para a existência de um contrato válido, ele ainda tem que aprender o que pode derrotar a reivindicação de que há um contrato válido, mesmo quando todas essas condições são satisfeitas', daí porque, 'o estudante tem ainda que aprender o que pode seguir as palavras ‘a menos que’, as quais devem acompanhar a indicação dessas condições’.

Segundo a compreensão de Hart, a norma positivada, ainda que presentes os pressupostos necessários e suficientes para a sua aplicabilidade, poderia surgir, no caso concreto, de uma situação excepcional que configuraria uma exceção implícita, não prevista originariamente pela regra jurídica ante a impossibilidade de listar todas as circunstâncias fáticas, autorizando, então, derrotar o padrão normativo da regra geral e afastar os seus efeitos jurídicos.

Tal compreensão conceitual perpassa, inevitavelmente, pela ideia, segundo Sgarbossa (2012, p. 61) de “textura aberta do direito”, ou seja, por normas jurídicas abertas às quais não possuem condições de detalhar suficientemente, *a priori*, todos os fatos concretos passíveis de não enquadramento na descrição normativa abstrata. Em síntese, Sgarbossa (2012, p. 62) aduz que:

Pela teoria da derrotabilidade das normas jurídicas reconhece-se que as normas estão sujeitas não apenas às exceções previstas na literalidade de seus dispositivos, decorrentes de outros dispositivos do sistema normativo ou ainda que possam ser deduzidas de ambos, mas também a outras exceções cuja previsão não se encontra presente no sistema jurídico até aquele momento.

A teoria da derrotabilidade fundamenta-se na qualidade da norma jurídica, na medida

em que a norma é resultado de um processo interpretativo cujo sentido e alcance são extraídos do texto legal. A norma se insere num modelo de aplicação hipotético-condicional e, por isso, sua incidência decorre da prévia análise do antecedente (a descrição de um fato real e genérico no mundo fenomênico) e do conseqüente (as conseqüências advindas no mundo jurídico com a adequação do fato ao texto legal).

Então, a derrotabilidade de uma norma jurídica poderá surgir no instante em que, interpretando um texto para se extrair o conteúdo normativo, verifique-se do processo hipotético-condicional algum pressuposto fático que não se encaixe na imputação original abstrata e, portanto, configure uma exceção implícita. Como bem explica Torres (2012, p. 50):

A existência da derrotabilidade deve-se a que a afirmação condicional é afastada quando algum dos pressupostos implícitos é falso, uma vez que o condicional derrotável também pode ser definido como um condicional sujeito a exceções implícitas. Em relação a um condicional derrotável pode ser verdadeiro que ‘*Se A então B*’ e falso que ‘*Se A e C então B*’. Em tal caso, a circunstância C constitui uma exceção que *derrota* o condicional ‘*Se A então B*’. O surgimento desta importante teoria tem sua origem nos casos onde a dogmática tradicional não tem uma resposta para casos onde – se bem o antecedente é operado – o dever ser ou conseqüente não opera, o que acontece especificamente quando, por diversos motivos, não se dá cumprimento à estrutura bimembre que forma a norma jurídica hipotético-condicional.

Desta feita, malgrado a norma jurídica ser construída a partir de um processo hipotético-condicional, no qual se busca regular as relações jurídico- individuais com previsibilidade e segurança jurídica, pode-se afirmar que possuem um aspecto *prima facie*, isto é, derrotável.

Ainda que a norma jurídica possua exceções explícitas à regra geral, inevitavelmente, por uma gama de problemas, podem surgir circunstâncias excepcionais implícitas ao padrão normativo e com força para alterá-lo, cuja incidência ocorre sobremaneira nos denominados *hard cases*. Segundo Vasconcellos (2010, p. 78):

Esta correlação é possível porque os *hard cases* são configurados quando o itinerário de justificação interna falha, ou se mostra insuficiente, o que ocorre exatamente no momento em que o discurso da derrotabilidade começa a poder ser ventilado.

Logo, torna-se imprescindível identificar quais situações ou problemas jurídicos podem caracterizar os casos difíceis e, conseqüentemente, abrir espaço para aplicação da

derrotabilidade da norma jurídica. Tem-se aventado quatro problemas, os quais estão relacionados com pertinência, interpretação, prova e qualificação.

Para os fins da presente pesquisa, centrar-se-á na análise dos problemas jurídicos de pertinência. Nestes, há uma incerteza sobre qual norma jurídica será aplicada no caso concreto em razão de uma antinomia, isto é, um conflito entre normas concomitantes e com resultados práticos distintos.

Tradicionalmente, utilizam-se os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade para solucionar os problemas de pertinência. No entanto, existem conflitos normativos cuja solução não perpassa pelo uso das técnicas clássicas por força das peculiaridades do caso concreto, razão pela qual a técnica da ponderação surge como meio para o deslinde da antinomia. Segundo Vasconcellos (2010, p. 79):

Norberto Bobbio destaca que nos casos de conflitos entre normas, para os quais não bastam os critérios cronológico, hierárquico e nem tampouco da especialidade, o intérprete tem três possibilidades: (i) eliminar uma das normas, mesmo que não seja em definitivo, pois outro juiz pode decidir em sentido diametralmente oposto, em caso análogo; (ii) eliminar as duas normas, quando diante da dúvida sobre a obrigação ou proibição de certa conduta, o intérprete opte por uma terceira opção, dentro da qual lhe seria lícito praticar ou não a referida previsão legal; (iii) conservar as duas normas, o que ocorre quando o intérprete consegue demonstrar a existência compatível das duas previsões. Em virtude desse panorama, a antinomia pode (i) derrotar uma das normas jurídicas em conflito; (ii) derrotar as duas normas jurídicas conflitantes; (iii) ou não derrotar nenhuma delas.

Ademais, os problemas de pertinência podem ser vislumbrados na interação entre a norma-regra e a norma-exceção. É possível que ocorra uma controvérsia judicial na aplicação de uma norma que o legislador prescreveu uma regra geral, porém especificou uma exceção. A possibilidade de exceção colabora para a derrotabilidade, pois demonstra que a norma-regra na tutela de uma relação jurídica se baseia apenas em pressupostos ordinariamente necessários e presumidamente suficientes.

Outrossim, verifica-se a derrotabilidade de uma norma-regra no caso de antinomia envolvendo exceções implícitas cuja fundamentação esteja na força normativa dos princípios, hipótese configuradora do “paradoxo da exceção principiológica implícita” conforme denomina Vasconcellos (2010, p. 80), para quem:

Em se tratando de exceções implícitas (*implicit defeasibility*), a dificuldade é maior. Lembra MacCormick que os princípios e os valores implícitos do ordenamento podem interagir com previsões específicas do direito positivo. Nestes casos, a consequência da norma jurídica (*da regra geral*) é afastada, inaplicada, mesmo que: (i) os fatos

constitutivos do direito vindicado restem configurados; (ii) inexistam quaisquer exceções expressas no direito positivo.

Esse paradoxo parte da noção de que é impossível uma norma-regra que tenha fundamentação principiológica estabelecer todas as exceções nas quais outro princípio poderá se sobrepor ao princípio padrão, porque nas palavras de Vasconcellos (2010, p. 77): “Este pode concorrer com outros princípios e não existe uma hierarquização ou ordenação estrita que defina *ex ante* o peso de cada qual”. Por isso, a derrotabilidade pode incidir sobre regras e princípios.

Quanto aos requisitos de aplicação, a derrotabilidade está condicionada a conjugação dos “requisitos material e procedimental”, nos termos prelecionados por Ávila (2008, pp. 114-115). O requisito material (de conteúdo) refere-se ao grau de justiça, igualdade e segurança jurídica que devem ser ponderados na análise de superação do padrão normativo pela exceção.

Já em relação ao requisito procedimental (de forma), Ávila (2008, p. 120) aduz que a superação da norma deve ser feita mediante uma fundamentação condizente, ou seja, “a fundamentação há de ser escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada”.

Além disso, para a correta fundamentação a respeito de quando ocorreria a derrotabilidade sobre uma norma jurídica diante de casos que estariam configurados uma exceção implícita, mostram-se relevantes algumas hipóteses deduzidas por Bayón e Rodríguez (2003, pp. 115-118) a título de pressupostos:

1. A interpretação que se atribui a um enunciado jurídico em um certo momento pode ser diferente em relação à atribuída em um outro momento, de modo que a norma por ele expressada passe a compreender casos que antes não eram compreendidos ou deixe de resultar aplicável a casos antes compreendidos. [...] 3. O conteúdo conceitual de um enunciado jurídico não pode ser precisado sem considerar-se o contexto no qual é formulado. Outros enunciados do sistema podem permitir exceções na norma por ele expressada. 4. Os enunciados jurídicos estão sempre sujeitos ao problema da textura aberta da linguagem, razão pela qual resta ineliminável um grau maior ou menor de incerteza a respeito da aplicabilidade de uma norma com relação a um caso particular. [...] 7. Qualquer norma jurídica pode restar derrotada em sua aplicação a um caso particular levado ao conhecimento de um órgão jurisdicional, com fundamento no preceituado em uma norma moral reconhecida por tal órgão, se este reputa injusta a solução normativa derivada do sistema jurídico. [...] 11. Qualquer pretensão formulada perante um juiz, com base no disposto em uma norma geral, pode ser derrotada pela parte contrária, se esta demonstrar que, no caso em questão, concorre uma exceção que também encontra apoio em uma disposição do sistema.

Ademais, cabe salientar a incidência da derrotabilidade sobre normas jurídicas que

tenham por fundamento e/ou proteção os direitos fundamentais. Conforme outrora delineado no presente trabalho, os direitos fundamentais não são absolutos estejam inseridos em uma regra ou princípio, razão pela qual se autoriza em situações excepcionais e devidamente justificáveis a sua derrotabilidade. Nesse norte, Roque e Santos (2017, pp. 711-712):

Diante de um caso concreto e em face da argumentação desenvolvida, uma norma que tutela determinado direito fundamental pode ser derrotada em razão da necessidade de aplicação de uma norma que protege outro direito fundamental ou ainda de uma norma constitucional que consagra um interesse público. Resta claro que uma norma de direito fundamental somente pode ser derrotada, mediante argumentação racional baseada em rigorosa justificação, trazendo o amparo da análise aprofundada e criteriosa do caso concreto.

Estabelecidas as linhas gerais da teoria da derrotabilidade, cabe investigar a sua incidência no campo do Direito Penal, na medida em que o princípio da legalidade fundamenta a estrutura jurídico-penal e possui caráter absoluto pelo que expõe a doutrina penalista majoritária.

5.2 A derrotabilidade no raciocínio jurídico-penal

Considerando as implicações teóricas advindas com o neoconstitucionalismo, verificaram-se no campo da metodologia profundas mudanças na forma do pensamento hermenêutico e de argumentação jurídica ambos direcionados à aplicação das normas (regras e princípios), a exemplo da teoria da derrotabilidade.

A formação atual de um Estado Democrático de Direito, cuja centralização dos direitos fundamentais orienta a validade de todas as normas do sistema jurídico, conjurou o fenômeno da constitucionalização do direito, inclusive do Direito Penal. As transformações ocorridas neste século exigem uma releitura do método hermenêutico e de argumentação jurídica quando direcionados à interpretação e aplicação das normas penais.

No Direito Penal, verifica-se o raciocínio jurídico subsuntivo como método clássico para resolução dos problemas jurídico-penais. Ou seja, todas as condutas que possam ter alguma repercussão penal devem passar por análise de adequação do fato à descrição legal prévia e geral, tendo em vista o princípio da legalidade.

Assim, para considerarmos determinada conduta comissiva ou omissiva como infração penal torna-se necessário um juízo de subsunção que nada mais é do que analisar a pertinência do fato aos elementos objetivos, subjetivos e normativos do tipo penal correspondente, a fim

de se buscar a tipicidade.

Sobremais, em razão do conceito analítico de crime, necessita-se, ainda, realizar um juízo negativo quanto ao tipo penal permissivo (ausência das causas de justificação) e quanto às causas de exculpação (ausência de excludentes da culpabilidade). Além desses três aspectos que norteiam o raciocínio subsuntivo para a ocorrência do crime, deve-se atentar para os pressupostos de aplicação da pena, inseridos no conceito de punibilidade.

Entretanto, o Direito Penal contemporâneo tem se deparado com casos difíceis de solução, cuja técnica da subsunção simples e pura amparada na legalidade estrita, Já não consegue atingir resultados práticos satisfatórios notadamente quando em jogo direitos fundamentais em conflito e incorporados na estrutura de princípios, cujo grau de abertura e indeterminação se apresenta em maior nível. De acordo com Bissoli Filho (2012, p. 403):

O método subsuntivo, no entanto, nem sempre se revela suficiente para a solução dos casos concretos na esfera do direito penal, uma vez que, propondo-se este a ser um instrumento de tutela de direitos e de garantia do indivíduo em face do poder punitivo estatal, o exercício desse poder, mesmo que dentro dos limites legais, muitas vezes, colide com a promessa de tutela de direitos, acabando por ser, ao contrário de suas promessas, somente, instrumento de lesão de direitos, inclusive de direitos fundamentais. É que, embora o princípio da legalidade penal goze de grande prestígio no meio jurídico-penal, o estudo e a operacionalização do direito penal, nos Estados democráticos de direito, já não se satisfazem com meros juízos subsuntivos.

Portanto, a visão clássica jurídico-penal pautada no princípio da legalidade em sentido estrito de influência positivista e liberal, não pode ser encarada em nível absoluto, tendo em vista o fato das normas penais também se sujeitarem aos princípios que fundamentam e protegem direitos fundamentais e, além disso, consignados expressa ou implicitamente na Constituição Federal de 1988.

Assim sendo, os princípios assumem posição de relevância na análise da derrotabilidade sobre normas jurídico-penais, pois podem se apresentar como exceções implícitas à regra posta. Isto é, torna-se viável um conflito entre princípios que fundamentam de modo diverso o resultado prático a ser extraído da regra penal. Ensina Bissoli Filho (2012, p. 420):

Os princípios, num Estado democrático constitucional de direito, exercem importante papel, apresentando-se, sob o enfoque da derrotabilidade, como normas derrotáveis capazes, inclusive, de justificar, implicitamente, exceções à regra, o que significa dizer que, um caso compreendido inequivocamente na zona de clara aplicabilidade de uma regra, ou seja, de um caso fácil, pode ser resolvido de um modo diferente ao disposto

por esta, de forma que os princípios podem transformar um caso fácil em um caso difícil, tornando-se impossível determinar, de antemão, não somente o conjunto preciso de casos governados por um princípio, mas também, o conjunto preciso de exceções à regra, o que significa que não se pode dizer, de antemão, em que casos uma regra é aplicável. Isso ocorre porque um princípio pode concorrer, em muitos desses casos, com outros princípios e porque não contamos com uma hierarquização ou ordenação estrita destes, de modo a não permitir uma definição *ex ante* de seu 'peso' respectivo.

O raciocínio jurídico-penal hodierno tornou-se complexo tendo em vista as transformações operadas desde o pós-Segunda Guerra Mundial, cujas balizas de pensamento passaram a estar entrelaçadas com a noção de princípios jurídicos e direitos humanos inseridos numa Constituição axiológica. Evidentemente, o Direito Penal também foi atingido por essas novas influências teóricas.

Por tais motivos, a função do Direito Penal não se restringe apenas em tutela dos bens jurídicos relevantes mediante a tipificação de condutas como infrações penais. O Direito Penal contemporâneo, além de prever tipos incriminadores, deve ser um instrumento de limitação do poder punitivo estatal e da intervenção sobre a autonomia individual, a partir do equilíbrio entre o direito de defesa (garantismo negativo) e o dever de proteção (garantismo positivo), no intuito de garantir a proteção dos direitos fundamentais do autor e da vítima com uma efetiva jurisdição criminal.

Isto posto, defende-se a aplicação da teoria da derrotabilidade no campo penal ao considerar suas normas jurídicas apenas como condicionais hipotéticos, nas quais não há a descrição completa de todas as hipóteses suficientes e necessárias para sua incidência. Ao contrário, também possuem condições implícitas que podem alterar o padrão normativo comum, ou seja, derrotar a regra geral.

As normas penais apesar de envoltas no princípio da legalidade podem apresentar uma textura aberta e sujeitas à mudança de significado considerando a evolução do período histórico no qual foram formuladas e pensadas, haja vista as mudanças sociais, culturais, econômicas e políticas.

Então, considerando que os tipos penais incriminadores ou outra norma penal se apresente como um pressuposto derrotável e não absoluto, notadamente quando envolve direito fundamental, sobreleva a intervenção dos princípios constitucionais como uma exceção implícita à regra penal, a fim de impedir qualquer violação, em última análise, à Constituição Federal.

Nesse cenário, utilizar-se-á o paradoxo da exceção principiológica implícita para

averiguar a superação da norma-regra prevista na escusa absolutória a partir da força normativa do princípio da vedação à proteção deficiente ponderado em relação ao princípio da legalidade penal, diante de uma interpretação sistemática das normas constitucionais para efetivação dos direitos fundamentais, entre eles, a dignidade humana da vítima e a efetividade da jurisdição criminal.

5.3 A derrotabilidade da escusa absolutória prevista no artigo 181, inciso I, do Código Penal

Da leitura sistemática dos artigos 181, inciso I, e 183, incisos I, II, e III, do Código Penal, nos crimes patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça, o autor será isento de pena se os pratica contra o cônjuge, na constância da sociedade conjugal; e contra o ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, civil ou natural, desde que a vítima não possua 60 (sessenta) anos ou mais.

Trata-se de uma escusa absolutória, isto é, uma imunidade penal absoluta de caráter pessoal ou, ainda, segundo Nucci (2014, p. 669) “uma condição negativa de punibilidade”. Assim, reconhece-se ter o agente praticado o crime ao preencher os pressupostos do conceito analítico (fato típico, ilicitude e culpabilidade), porém não lhe será aplicada a pena. Nessa linha, Prado (2000, p. 445) dispõe que:

Não há uniformidade quanto à denominação do instituto em apreço. Com efeito, causas pessoais de exclusão de pena é a denominação acolhida por grande parte da doutrina alemã. Também podem ser denominadas causas pessoais de isenção de pena, condições objetivas de punibilidade negativamente consideradas, causas de não punibilidade em sentido estrito ou, simplesmente, escusas absolutórias. O termo escusa absolutória foi empregado pela primeira vez por Luis Silvela, em sua obra *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España* (1879), responsável por sua introdução no Direito Penal espanhol. As escusas absolutórias são espécies do gênero ‘causas pessoais de isenção de pena’, que compreende também as imunidades (parlamentares e diplomáticas). Embora configurado o delito em todos os seus elementos constitutivos, presentes as escusas absolutória, não ocorrerá a imposição da pena abstratamente cominada.

O fundamento de existência da escusa absolutória reside em questões de política criminal (utilidade e conveniência) para a preservação da honra da família atingida por um crime patrimonial perpetrado por alguns dos seus membros listados no art. 181, inc. I, do Código Penal, tendo o legislador ponderado à época ser mais prejudicial aos membros da família uma intervenção penal do que o próprio crime. Como observa Greco (2017, p. 982):

Muito se tem discutido sobre os fundamentos dessas imunidades penais. Tem-se argumentado com o menor *alarma social* que o delito produz quando praticado no seio familiar ou, ainda, asseverando a menor periculosidade do agente. Na verdade, entendemos que deve prevalecer a fundamentação de natureza político-criminal, apontando-se como preponderante o interesse familiar em detrimento da persecução penal às infrações dessa natureza. Muitas vezes, a ação penal e, conseqüentemente, a condenação do autor do fato serão mais perniciosas para o grupo familiar do que a infração penal em si. Imagine-se a hipótese em que um filho, viciado em substâncias entorpecentes, furtar um relógio de seu pai a fim de, com ele, adquirir uma partida de drogas com o traficante da região. A eventual condenação a uma pena privativa de liberdade do filho que realizou a subtração do relógio de seu pai traria um mal maior à vítima do que a simples perda de um bem patrimonial. Seu lar restaria destruído ou, pelo menos, extremamente abalado com o fato de ver um dos seus entes mais próximos encarcerado em virtude da prática do delito de furto. Nesse caso, deverá prevalecer o chamado controle social informal, exercido pelos próprios membros do grupo contra aquele que praticou a infração penal. Sua reprovação será suficiente para resolver tais conflitos, não sendo o Direito Penal o melhor antídoto contra esse mal, que infelizmente acontece com relativa frequência.

Desta feita, a doutrina no geral justifica a escusa absolutória em análise a partir de uma ponderação entre o interesse estatal na persecução penal em relação ao crime patrimonial praticado nas circunstâncias do art. 181, inc. I, do Código Penal e o efeito prático que poderia repercutir no meio familiar. Assim, privilegia-se não punir para evitar a exposição da família.

Ocorre que, o dispositivo legal em estudo foi pensado e incorporado originalmente ao Código Penal de 1940 num contexto social, cultural, econômico e político totalmente diverso dos dias atuais. A escusa absolutória ao entrar em vigor em 1941 tinha por objeto relações familiares tradicionais pautadas em costumes e valores diversos da sociedade complexa e pós-moderna vigente, bem como crimes patrimoniais irrisórios. A Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal (2015, p. 466) prevê que:

Os dispositivos do projeto em relação à circunstância de *parentesco* entre os sujeitos ativo e passivo, nos crimes patrimoniais, são mais amplos do que os do direito atual, ficando, porém, explícito que o efeito de tal circunstância não aproveita aos copartícipes do *parente*, assim como não se estende aos casos de *roubo*, *extorsão* e, em geral, aos crimes patrimoniais praticados mediante violência contra a pessoa.

Assim, percebe-se que a justificativa utilizada para a vigência da escusa absolutória está atrelada aos crimes patrimoniais de mínima lesividade. Refere-se aos crimes praticados sem violência ou grave ameaça e quando há uma inexpressiva lesão jurídica sobre o patrimônio da vítima membro da família, razão pela qual se busca a resolução do conflito no

próprio seio familiar.

Entretanto, a fundamentação da escusa absolutória não se aplica *in totum* aos casos difíceis que emergem na sociedade atual, notadamente diante dos novos valores que circundam as relações entre família e patrimônio. Não se pode olvidar o caráter mutável da ciência jurídica e a repercussão que o processo histórico- evolutivo exerce sobre os seus institutos. Por isso, Violin (2012, p. 75) assevera que:

O direito é um produto cultural e, como tal, dotado de historicidade. Seus institutos devem ser compreendidos, pois, de acordo com o contexto em que inseridos. Sustentar determinada conclusão sem atentar à revisão de seus pressupostos, mais que ilógico, é ideológico: representa-se falsamente uma realidade, em razão do apego a um paradigma superado.

Portanto, torna-se necessário, a partir de critérios de justificação, identificar os possíveis *hard cases* envolvendo a aplicabilidade da escusa absolutória, a fim de vislumbrar o princípio da proibição da proteção deficiente como paradoxo da exceção principiológica implícita e, apto a derrotar o padrão normativo comum contido na regra em estudo.

A título de exemplo, suponhamos a união homoafetiva e o casamento civil entre dois homens que tenham se conhecido há 06 (seis) meses. No decorrer da preparação do casamento, um dos cônjuges havia poupado cerca de R\$20.000,00 (vinte mil reais) para a lua de mel na Europa e guardava o valor em um cofre na sua residência cuja localidade era conhecida pelo companheiro. Então, após o casamento e, sabendo a senha do cofre no qual estava guardado o dinheiro, o cônjuge furta e desaparece.

Ato contínuo, a vítima, atônita e sem acreditar no ocorrido, procura o Delegado de Polícia com atribuições para agir e faz a *notitia criminis* requerendo a instauração de inquérito policial para se providenciar a persecução penal pré- processual. No entanto, a Autoridade Policial ciente da imunidade penal absoluta (escusa absolutória) justifica a impossibilidade de instauração.

O legislador de 1940 ao prever a escusa absolutória lhe conferiu a natureza jurídica de condição negativa de punibilidade, assim, mesmo diante de um crime patrimonial consumado em situações que implicitamente excepciona a regra, não será possível a instauração de inquérito policial e nem o oferecimento de denúncia por falta de uma condição para o exercício da ação penal, qual seja, o interesse de agir no aspecto utilidade, nos termos do art. 395, inc. II, do CPP, haja vista a impossibilidade de punição ao final do processo-crime.

Nessa situação ilustrativa, a *ratio legis* do art. 181, inc. I, do CP encontra-se presente?

Evidentemente que não! A vítima ao procurar a Autoridade Policial não tinha a intenção de proteger a honorabilidade da família ou preservar o seu relacionamento diante de um crime praticado com grave abuso de confiança e expressiva lesão patrimonial, ao contrário, pretendeu provocar a *persecutio criminis* na busca de efetivar a proteção do seu direito fundamental à propriedade e a sua dignidade humana.

A vítima, nesse caso, deparou-se com um vácuo normativo de proteção operado pelo Estado em flagrante violação à função de direito de defesa dos direitos fundamentais, no instante em que o Estado de forma desarrazoada interfere na autonomia privada da vítima e lhe retira uma liberdade de escolha, assim como na função de dever de proteção dos direitos fundamentais, na medida em que o Estado se nega a intervir para proteger a dignidade e o patrimônio da vítima, atingidos pela conduta criminosa do particular.

Assim, ao tempo em que o Estado se nega a exercer o monopólio do *jus puniendi*, diante das exceções principiológicas implícitas que excepcionam a regra da escusa absolutória, retira da vítima a faculdade de analisar o contexto sociofamiliar e decidir se deve ou não buscar a tutela penal, tudo sob a justificativa de preservar a harmonia do meio familiar em um contexto social da década de 1940. Por isso, a previsão normativa da escusa absolutória de modo genérica, puramente legalista e sujeita a uma lógica clássica (monotônica), fere a função dos direitos fundamentais da vítima na dimensão negativa (direitos de defesa) na medida em que o Estado interfere desproporcionalmente na esfera jurídico-individual e, ao mesmo tempo, viola os direitos fundamentais da vítima na dimensão positiva (direitos de proteção) ao não intervir para assegurar a tutela à dignidade e ao patrimônio da vítima no âmbito de uma efetiva jurisdição criminal.

Com certeza, o legislador do início da década de 40 ao estabelecer a intenção da escusa absolutória não tinha como mensurar as novas relações familiares e os novos contextos sociais e culturais. Ao editar a regra, com as poucas exceções dos incisos do art. 183, não imaginou a possibilidade de ascendentes e descendentes praticarem crimes de alta lesividade patrimonial contra membro da família com alguma debilidade física ou mental sem qualquer remorso, ou, ainda, um cônjuge se casar apenas com o fim de praticar um golpe patrimonial.

Nesse diapasão, entra em conflito de um lado o princípio da legalidade penal de cunho positivista, liberal e de raciocínio meramente subsuntivo, e do outro o princípio da proibição da proteção deficiente como aspecto positivo do garantismo penal próprio de um pensamento pós-positivista e de uma Constituição axiológica e democrática, os quais devem ser ponderados no caso concreto.

No conflito supracitado, por todo o exposto ao longo do trabalho, considera-se o

princípio da vedação à proteção deficiente como um paradoxo da exceção principiológica implícita, apto a derrotar (superar) a regra geral da escusa absolutória diante de situações excepcionais e fundamentadas, considerando a ausência de previsão desses novos fatos ao tempo em que o legislador previu a regra albergada pelo princípio da legalidade.

Com efeito, sem possuir a pretensão de abarcar todas as situações porventura excepcionais à regra da escusa absolutória ao se ponderar o princípio da proibição da proteção deficiente, o presente trabalho sugere, além das exceções expressas nos incisos do art. 183, do CP, a análise do caso concreto para, *a priori*, diante dos elementos informativos, verificar alguns critérios a seguir explicitados.

Em primeiro lugar, deve-se investigar no caso concreto se está presente o espírito normativo com o qual o legislador previu a escusa absolutória positivada no artigo 181, inciso I, do Código Penal, isto é, vislumbrar se existe realmente o apreço pela defesa da honorabilidade, harmonia e união entre os membros da família envolvidos na trama criminosa.

Em segundo, atentar se o caso concreto extrapola um dos vetores interpretativos para aplicação do princípio da insignificância nos crimes patrimoniais, materializados na mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Em terceiro, perceber se a vítima encontra-se subjugada e controlada em suas decisões pelo autor do crime, de modo a perder o comando do seu patrimônio e ser inibida com ameaças na hipótese de externar o seu desejo de provocar as autoridades para a cessação de tais violações. Ainda, vislumbrar a hipótese de vítimas com algum tipo de deficiência mental que lhes coloque em uma situação de vulnerabilidade frente ao agressor parente.

Todas essas exceções seriam contextos fáticos aptos a autorizar a derrotabilidade da imunidade penal absoluta e permitir a tutela efetiva dos direitos fundamentais da vítima à dignidade e à propriedade sob o fundamento do princípio da vedação à proteção deficiente como paradoxo principiológico implícito, prevalente em relação ao princípio da legalidade penal em um juízo de ponderação.

Uma vez presentes quaisquer dos critérios mencionados, a consequência jurídica seria a possibilidade da vítima ou a quem tenha qualidade para representá-la realizar um juízo valorativo e de pertinência sobre a persecução penal contra o familiar, conferindo-lhe a faculdade de propor a ação penal privada nos termos regulamentados pela Lei Processual Penal.

A discussão acerca desse vácuo normativo de proteção inserido na escusa absolutória

prevista no artigo 181, inciso I, do Código penal, não fica restrita apenas ao plano doutrinário ante o início de propostas no campo legislativo desde 2004 para modificar a regra atualmente insculpida.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 3.764-A de 2004, o qual revoga o art. 181 do Código Penal. Há parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação. A justificativa do PL está assim delineada:

Para melhor adequar o texto a realidade brasileira e não beneficiar o parente que praticou a infração contra a própria família, entendemos que a melhor hipótese seria a revogação do art. 181, pois traz isenção de pena, quando o mais correto deve ser a representação, deixando para a família a decisão da responsabilidade penal ou não. Assim, este projeto visa aperfeiçoar o texto e ampliar a ação familiar na correção dos atos delituosos, dentro do espírito das penas alternativas.

Diante das digressões teóricas explicitadas ao longo do trabalho para denotar a viabilidade jurídica na aplicação da teoria da derrotabilidade sobre a escusa absolutória prevista no artigo 181, inciso I, do Código Penal, tendo como pano de fundo o movimento neoconstitucionalista, vislumbram-se algumas decisões judiciais no Brasil nas quais se aplicou a teoria em análise em relação a uma determinada norma jurídica, inclusive na esfera penal e pelo Supremo Tribunal Federal.

5.4 A derrotabilidade da norma jurídica em decisões judiciais no Brasil

Um tema recorrente no debate em países democráticos é sobre a legalização da prática do aborto, principalmente quando surgem novos contextos fático-sociais não previstos originariamente na redação legal da matéria, exemplo do que ocorreu no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 54 pelo Supremo Tribunal Federal em 12 de abril de 2012, quando se discutiu qual tipo de interpretação deveria ser feita em relação à conduta da mãe que aborta feto anencéfalo uma vez constatado por laudo médico.

O Código Penal brasileiro tipifica o crime de aborto nos artigos 124, 125 e 126, e estabelece no artigo 128 duas hipóteses de excludente da ilicitude, quando o aborto for necessário ou terapêutico, isto é, o aborto é a única medida para salvar a vida da gestante e, quando o aborto for sentimental ou humanitário, pelo fato da gravidez ter decorrido de estupro.

Acontece que, a sociedade em todos os grupos com alguma representatividade, passou a discutir sobre a legalidade do aborto de feto anencefálico diante da ausência de previsão autorizativa no Código Penal. A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde do Brasil ajuizou uma ADPF no STF pleiteando uma interpretação do Código Penal conforme a Constituição, a fim de retirar qualquer margem interpretativa que criminalizasse o aborto nessas circunstâncias.

A ADPF nº 54 de relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi julgada procedente para estabelecer que a interrupção da gravidez de feto anencefálico, após constatação por laudo médico e prévio consentimento da gestante, não configura crime de aborto. Por meio do referido instrumento constitucional, o Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2012) assim se posicionou:

EMENTA: ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.
FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (ADPF 54, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO publicado no DJE em 30/04/2013 – ATA nº 58/2013. DJE nº 80, divulgado em 29/04q2013.

O objeto central de discussão no âmbito da ADPF nº 54 era verificar a existência do direito à vida intrauterina do feto anencefalo, que, por definição médica, não possui expectativa de vida extrauterina, preservando-se, com isso, a possibilidade de nascer, frente aos direitos fundamentais da mulher gestante, notadamente para lhe permitir fazer um juízo de valor no âmbito de sua autonomia privada quanto ao desejo de prosseguir com a gravidez.

O exemplo citado é típico caso de utilização da teoria da derrotabilidade para transpor um padrão normativo original. A previsão normativa contida no artigo 128 do Código Penal elaborada e em vigor no início da década de 1940, não inseriu a hipótese de aborto de feto anencefálico como excludente de ilicitude porque naquele tempo o tema não era objeto de discussão aprofundada, pois o estágio da medicina não possuía exames que constatassem a anencefalia do feto ainda no período gestacional e quais seriam as suas chances de sobreviver após o parto.

Dessa forma, a realização do aborto de feto anencefálico, como uma nova circunstância fática sem prévia consideração legal, configura uma exceção implícita à atuação

do legislador penal em 1940 e apta a superar (derrotar) a estrita legalidade penal do artigo 128 do Código Penal.

A solução jurídica encontrada pelo STF perpassou pela ponderação de princípios constitucionais de igual envergadura visando interpretar a legislação infraconstitucional com o texto da Constituição Federal. De um lado, o direito à vida do feto anencéfalo e a ausência de previsão em lei do aborto nessa hipótese não configurar ilicitude. Do outro, os princípios da autonomia, da liberdade sexual, da privacidade, da saúde, integridade física e psicológica, todos estes inseridos na dignidade humana da mulher gestante.

Nesse cenário, o STF relativizou o princípio da legalidade penal para, conferindo interpretação conforme a Constituição a partir de um juízo de proporcionalidade com outros princípios constitucionais referentes à dignidade da mulher gestante, excluir qualquer interpretação do artigo 128 do Código Penal que considerasse o aborto de feto anencéfalo como crime. A respeito da aplicabilidade da derrotabilidade sobre normas jurídico-penais, mostram-se precisas as lições de Bissoli Filho (2012, pp. 423-425):

Cumprir destacar, como primeira linha que busca demonstrar a adequação da ideia de derrotabilidade ao direito penal, que a teoria dos elementos do tipo, sobretudo em face da possibilidade da existência de tipos abertos, admite que o tipo penal encerra não somente condições explícitas, como, também, condições implícitas, ou seja, a descrição de uma conduta hipotética no tipo penal não contém todas as condições necessárias e suficientes para a sua aplicação. Há a necessidade de outras condições contribuintes, que podem constituir exceções implícitas e, por isso, derrotar as condições explícitas descritas no tipo. Isso é possível, pois os tipos penais, como formulações normativas, são produto de um momento histórico, nos quais figuram condições espaciais, temporais, geográficas, sociais, econômicas, políticas, religiosas etc., diversas daquelas que serão encontradas no momento da sua aplicação. [...] Essa possibilidade, ou seja, a admissão de que os tipos penais incriminadores são apenas condicionais derrotáveis e não condicionais suficientes ou estritos permite que, especialmente nos Estados democráticos de direito, em que os princípios exercem importante papel na regência do ordenamento jurídico, os direitos humanos possam ser melhor resguardados, uma vez que os princípios jurídicos, como pautas de segundo nível ou como políticas ou metas, podem impor exceções implícitas aos tipos penais.

Outra decisão proferida pelo STF com repercussão no campo penal e, de certo modo, com incidência da derrotabilidade sobre a norma jurídica, ocorreu no julgamento sobre a constitucionalidade da execução provisória da pena ainda quando pendentes recursos especial e/ou extraordinário, ou seja, sem o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A princípio, o STF possuía o entendimento de não ser cabível a antecipação da execução da pena quando houvesse a possibilidade de algum recurso pela defesa por força do

princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, nos termos do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988. Essa posição restou consignada no julgamento do habeas corpus nº 84.078-7/MG, Relator Ministro Eros Grau, assim decidido pelo Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2009):

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA 'EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA'. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos 'crimes hediondos' exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: 'Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente'. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis o que poderia ser apontado como incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- 'a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição'. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de

antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.

Entretanto, o STF instado a se manifestar novamente sobre a temática em análise no ano de 2016, modificou a sua jurisprudência para entender que não viola o princípio constitucional da presunção de inocência o início da execução da pena quando prolatado acórdão condenatório por Tribunal de segunda instância, tendo em vista o respeito ao duplo grau de jurisdição, a inexistência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário e por, uma vez interpostos, devolverem aos Tribunais superiores apenas matéria de direito.

A mudança de entendimento ocorreu no âmbito do julgamento do habeas corpus nº 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, ocorrido em 17/02/2016, cuja ementa da decisão restou assim publicada pelo Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2016):

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

Do exposto, percebe-se como objeto de discussão a interpretação quanto ao sentido e alcance do princípio constitucional da presunção de inocência no campo penal. A Constituição Federal de 1988 quando previu a regra de que ninguém poderia ser considerado culpado enquanto não houvesse o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não vislumbrava no cenário pátrio a atuação de complexas organizações criminosas no âmbito da macrocriminalidade econômica e inseridas no alto escalão da Administração Pública nacional, utilizando-se do malfadado sistema de justiça criminal, mormente no campo recursal, para cristalizar a impunidade.

O Supremo Tribunal Federal, então, diante das novas realidades temporais, geográficas, sociais, econômicas e políticas, superou a interpretação meramente clássica e literal do princípio da presunção de inocência a fim de inseri-lo numa visão sistematizada da Constituição Federal de 1988, na qual se albergam outros direitos e valores igualmente fundamentais para os indivíduos e a sociedade em geral.

Por tais circunstâncias, o relator Ministro Teori Zavascki utilizou, entre outros fundamentos, um juízo de proporcionalidade entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da efetividade da função jurisdicional penal. Ou seja, a formulação normativa inicial de um princípio constitucional e de aplicabilidade na esfera penal, foi superada (derrotada) a partir de uma exceção principiológica implícita.

De igual forma, o Ministro Edson Fachin se posicionou atentando para a natureza não absoluta do princípio da presunção de inocência em trecho do seu voto no âmbito do habeas corpus nº 126.292/SP, nos seguintes termos (Brasil, 2016, pp. 21-22):

Por essa razão, na linha do que muito bem sustentou o eminente Ministro Teori Zavascki, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu. Sempre pedindo redobradas vênias àqueles que de outra forma veem esse tema, considero que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade. Despiciendo dizer que nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super princípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a Constituição. Assim, tenho por indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo.

Pelo exposto, compreende-se cada vez mais complexo o raciocínio jurídico- penal diante dos casos de difícil solução. A exigência de um sistema normativo penal em conformidade com o texto constitucional requer novas formas de interpretação e aplicação desse ramo jurídico a demonstrar a insuficiência dos métodos tradicionais.

6. Considerações finais

Percebe-se, mediante considerações abordadas durante o texto, que com as transformações sociais, políticas, econômicas e geográficas ao longo dos séculos, houve uma reformulação significativa da teoria jurídico-constitucional dos países democráticos, fundamentada nos dias atuais pelo fenômeno denominado neoconstitucionalismo. O referido modelo constitucional consistiu, basicamente, na formação do Estado Constitucional de Direito, na centralização dos direitos fundamentais com o pensamento jusfilosófico pós-positivista, e no desenvolvimento de uma nova dogmática da hermenêutica constitucional.

Sendo assim, sob as bases dessa nova teoria jurídico-constitucional, operou-se a constitucionalização do direito e, assim, estipulando a todos os ramos da ciência jurídica, inclusive o Direito Penal, o fundamento e validade de suas normas à prévia conformidade constitucional. Dessa maneira, toda a estrutura de interpretação e aplicação das normas penais deve estar em plena consonância com as mudanças introduzidas pelo neoconstitucionalismo no campo da norma, no estudo das fontes do direito e na teoria da interpretação.

Nessa esteira, concluiu-se pela necessidade de releitura do princípio da legalidade penal como um direito fundamental não absoluto, a fim de coexistir harmonicamente com as demais normas constitucionais. O Direito Penal pós-moderno lida com casos complexos cuja busca pela solução justa e em conformidade com os valores constitucionais não é atingida pelos métodos hermenêuticos tradicionais.

Desse modo, defendeu-se, diante de um caso concreto de difícil solução, a possibilidade de um juízo de proporcionalidade entre o princípio da legalidade penal e o princípio da proibição da proteção deficiente na hipótese de colisão entre direitos fundamentais da vítima e do autor do crime, notadamente quando as funções de direito de defesa e dever de proteção estejam desrespeitadas pelo voluntarismo infundado do Estado.

Nesse contexto, entendeu-se pela existência de um Direito Penal Constitucional e, então, sujeito a nova dogmática da interpretação constitucional desenvolvida pelo neoconstitucionalismo, razão pela qual se sugeriu a utilização da teoria da derrotabilidade das normas jurídicas para a solução das disfuncionalidades de alguns institutos penais aplicados na prática, a exemplo do que ocorre com a escusa absolutória prevista no artigo 181, inciso I, do Código Penal.

Em linhas gerais, descreveu-se a viabilidade e os parâmetros de aplicação da teoria da derrotabilidade normativa na esfera penal e em relação aos direitos fundamentais como um novo método de interpretação para se preservar a dignidade humana da vítima e a efetividade da jurisdição penal, utilizando-se do princípio da proibição da proteção deficiente como o paradoxo da exceção principiológica implícita.

No estudo da escusa absolutória verificou-se um vácuo normativo de proteção à vítima, tendo o Estado interferido no direito de defesa e se omitido no dever de proteção e, por isso, violado as funções dos direitos fundamentais da vítima. Dessa forma, compreendeu-se derrotável o padrão normativo inserido no artigo 181, inciso I, do Código Penal, para afastar, em casos excepcionais e devidamente justificados, a imunidade penal absoluta, permitindo à vítima decidir sobre o ajuizamento da ação penal privada contra o membro da família que cometeu o crime patrimonial.

Pontuou-se como critérios de aplicação da derrotabilidade sobre a escusa absolutória verificar a presença, no caso concreto, do espírito normativo que motivou a elaboração da questionada imunidade penal absoluta pelo legislador de 1940, qual seja, a defesa da honra familiar. Em segundo, a adoção dos vetores interpretativos para incidência do princípio da insignificância nos crimes patrimoniais, a fim de não permitir a aplicação da escusa absolutória nos casos de grave lesão patrimonial. E, em terceiro, atentar se a vítima teve sua vontade de agir coagida pelo agressor.

Por fim, vislumbrou-se a aplicação da teoria da derrotabilidade pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 54 e no Habeas Corpus nº 126.292/SP, tendo em vista a realização do sopesamento entre princípios constitucionais para verificar a melhor conformidade da norma com a unidade constitucional, derrotando o padrão normativo original de uma regra ou princípio.

Diante dessa necessidade de assegurar, de forma eficaz, a proteção à vítima, acreditamos que investigações como esta devem ser prosseguidas. Sendo assim, como sugestão para continuidade de discussões nesse sentido, analisar, à luz do Direito Constitucional, de que modo as decisões dos Tribunais tratam acerca da aplicação da teoria da derrotabilidade no raciocínio jurídico-penal como fundamento para superar o padrão normativo contido na escusa absolutória, contribuirá para o fortalecimento e planejamento de novos e mais efetivos caminhos em direção à efetivação dos direitos inerentes aos cidadãos.

Referências

Abreu, A. C. da S., & S, D. R. S. (2013). Constitucionalização do Direito Penal x expansão da tutela penal: Revisitando o princípio da legalidade. *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*, v. 1, p. 1-13. Acesso em 20 março 2020, em <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/09.pdf>.

Alexy, R. (2015). *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros.

Ávila. H. (2008). *Teoria dos princípios*. 8.ed. São Paulo: Malheiros.

Barcellos, A. P. de. (2018). *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense.

Barroso, L. R. (2006). Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *THEMIS – Revista da ESMEC*, Ceará, v. 4, n. 2. Acesso em 28 março 2020, em <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/241>.

Barroso, L. R. (2006). Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Quaestio Iuris – Revista da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 02, n. 1. Acesso em 28 março 2020, em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/viewFile/11641/9106>.

Bayón, J. & Rodríguez, J. (2003). *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas. Serie de Teoría jurídica y filosofía del derecho. n. 27. Argentina: Universidad Externado de Colombia.

Bissoli Filho, F. (2012). A aplicação da noção de derrotabilidade ao Direito Penal na preservação dos direitos humanos. In: SERBENA, Cesar Anonio (Coord.). *Teoria da derrotabilidade*: Pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá.

Bulos, U. L. (2015). *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva.

Brasil. (2004). *Projeto de Lei 3.764-A/04*. Acesso em 30 março 2020, em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9416723F990CF027F418568C8A34E03A.node2?codteor=232203&filename=Avulso+-+PL+3764/2004
Acesso em: 29 ago. 2018.

Brasil. (1940). *Código Penal*. Código Penal. Vade mecum compacto de direito Rideel. 9.ed.

São Paulo: Rideel, 2015.

Brasil, Supremo Tribunal Federal. (2012). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Data de Publicação: DJ 24 abr. 2012, p. 1.409-1.410. Acesso em 10 abril 2020, em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>.

Brasil, Supremo Tribunal Federal. (2009). *Habeas Corpus nº 84.078/MG*. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Data de Publicação: DJ 25 fev. 2010. Acesso em 15 abril 2020, em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>.

Brasil, Supremo Tribunal Federal. (2016). *Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Data de Publicação: DJ 15 abr. 2016. Acesso em 20 abril 2020, em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

Canotilho, J. J. G. (1991). *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina.

Canotilho, J. J. G. (2003). *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina.

Carbonell, M. (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta.

Comparato, F. K. (2000). *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Ferrajoli, L. (2002). *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3.ed. São Paulo: Editora

Revista dos Tribunais.

Fernandes, B. G. (2011). *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Garcia, E. (2015). *Interpretação constitucional: A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*. São Paulo: Atlas.

Greco, R. (2017). *Curso de Direito Penal: Parte especial*. 14.ed. Niterói/RJ: Impetus.

Japiassú, C. E. A. & Souza, A. de B. G. (2015). *Curso de Direito Penal: Parte geral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense.

Lamy, M. (2009). O princípio da legalidade sob a ótica da teoria e da jurisdição constitucional. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). *Princípio da legalidade: Da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense.

Marconi, M. A.; Lakatos, E. M. (2003). *Fundamentos de Metodologia Científica* (5ª ed.). São Paulo: Atlas.

Mendes, G. F. & Branco, P. G. G. (2015). *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Saraiva.

Moreira, E. R. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. (2008). *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, p. 247-268. Acesso em 20 abril 2020, em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_247.pdf.

Nucci, G. de S. (2014). *Manual de Direito Penal*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense.

Pacelli, E. & Callegari, A. (2016). *Manual de Direito Penal: Parte geral*. 2.ed. São Paulo: Atlas.

Pereira, A.S. et al. (2018). *Metodologia da pesquisa científica*. [e-book]. Santa Maria. Ed. UAB/NTE/UFSM. Acesso em 10 março 2020, em https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/15824/Lic_Computacao_Metodologia-Pesquisa-Cientifica.pdf?sequence=1.

Prado, L. R. (2000). Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 776, p. 440-452, jun. Acesso em 24 abril 2020, em http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=itemglobal&doc_library=SEN01&doc_number=000592265.

Sanchís, L. P. (2004). El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, n. 71, mayo/agosto. Acesso em 28 abril 2020, em <file:///C:/Users/falco/AppData/Local/Temp/48325-138985-1-PB.pdf>.

Sarlet, I. W. (2013). Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do Direito Penal e Processual Penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, n. 102, p. 13-43, maio/jun. Acesso em 25 abril 2020, em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/76603>.

Sarlet, I. W. (2004). Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. Acesso em 29 abril 2020, em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/88715>.

Sarmiento, D. (2009). O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte*, v. 3, n. 9, 2009. Acesso em 29 abril 2020, em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/29044>.

Serbena, C. A. (2012). Normas jurídicas, inferências e derrotabilidade. In: SERBENA, Cesar Anonio (Coord.). *Teoria da derrotabilidade: Pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá.

Sgarbossa, L. F. (2012). O conceito de derrotabilidade normativa: Noções fundamentais e análise crítica. In: SERBENA, Cesar Anonio (Coord.). *Teoria da derrotabilidade:*

Pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá.

Souza Júnior, C. M. V. de. (2012). Neoconstitucionalismo penal: Aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do Direito Penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*, Curitiba, ano III, n. 7, p. 268-287, jan./jun. Acesso em 29 abril 2020, em <http://www.animaopet.com.br/pdf/anima7/14%20ArtigoCarlosVillarNEOCONSTITUCIONALISMO-PENAL-Artigo-Schier.pdf>.

Steinmetz, W. A. (2001). *Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Streck, L. L. (2005). A dupla face do princípio da proporcionalidade: Da proibição de excesso (Ubermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, v. 32, n. 97, p. 171-202, mar. Acesso em 30 abril 2020, em http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc_library=SEN01&doc_number=000769726.

Vasconcellos, F. A. (2010). *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá.

Neto, C. P. de S. & Sarmento, D. (2012). *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum.

Roque, A. C. L. & Dos Santos, J. E. L. (2017). A teoria da derrotabilidade normativa na colisão dos direitos fundamentais. *Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito*, v.1, n.1, jan. Acesso em 29 abril 2020, em <http://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1187>.

Tavares, A. R. (2008). *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva.

Torres, D. J. A. (2012). A derrotabilidade das normas jurídicas e sua presença nas decisões judiciais. In: SERBENA, Cesar Anonio (Coord.). *Teoria da derrotabilidade: Pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá.

Violin, J. (2012). Defeasibility e a função dos princípios jurídicos como limites interpretativos. In: SERBENA, Cesar Anonio (Coord.). *Teoria da derrotabilidade: Pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá.

Porcentagem de contribuição de cada autor no manuscrito

Falconi Rodrigues Medeiros – 15%
Jardel de Freitas Soares – 13%
Francisco das Chagas Bezerra Neto – 9%
Clarice Ribeiro Alves Caiana – 9%
Aline Carla de Medeiros – 9%
Eduardo Pordeus Silva – 9%
Reginaldo Pereira França Júnior – 9%
Maria da Conceição Silva Félix – 9%
Helmara Giccelli Formiga Wanderley – 9%
Patrício Borges Maracajá – 9%