

Matheus Ravi Rodrigues da Silva



Ensaio sobre
LIBERDADES
FUNDAMENTAIS



AYA EDITORA
2023

Ensaaios sobre liberdades fundamentais

Matheus Ravi Rodrigues da Silva

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Autor

Matheus Ravi Rodrigues da Silva

Capa

AYA Editora

Revisão

O Autor

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Direito

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus Parauapebas

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros

Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda

Santos

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

© 2023 - **AYA Editora** - O conteúdo deste Livro foi enviado pelo autor para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas neste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de seu autor e não representam necessariamente a opinião desta editora.

S5861 Silva, Matheus Ravi Rodrigues da

Ensaios sobre liberdades fundamentais [recurso eletrônico]. / Matheus Ravi Rodrigues da Silva. -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 57 p.

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-202-9

DOI: 10.47573/aya.5379.1.114

1. Direito – Estudo e ensino. 2. Direitos fundamentais. I. Título

CDD: 340.07

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

**International Scientific Journals Publicações
de Periódicos e Editora EIRELI**

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 8

**CAPÍTULO 1 - PARA ALÉM DO
REDUCIONISMO FORMALISTA: A
PONDERAÇÃO NA RESOLUÇÃO
DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS
FUNDAMENTAIS 9**

Introdução 9

Direitos fundamentais: acepção histórica e desafios
para sua efetivação 13

Direitos fundamentais em discussão: o direito à
vida frente ao direito à liberdade religiosa 14

Direito à vida 14

Direito à liberdade 15

A liberdade religiosa versus o dever do Estado
de garantir a vida: as testemunhas de Jeová,
a sacralidade do sangue e a análise do caso
GesundBeter 17

O caso *GesundBeter* 19

A decisão de 1ª instância: o normativismo e a
subsunção à luz de Kelsen 19

A decisão do Tribunal Constitucional Alemão: a
ponderação como mecanismo para solucionar
colisão de direitos fundamentais sob a ótica de
Robert Alexy 21

Considerações finais 25

CAPÍTULO 2 - A IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL NO DIREITO BRASILEIRO - DILEMAS, CONTROVÉRSIAS E PERSPECTIVAS .. 29

Imunidade parlamentar: considerações iniciais	29
Imunidade material: conceito e natureza jurídica	31
A regulamentação jurídica da imunidade parlamentar material no direito pátrio: dilemas e controvérsias.....	33
O caso Bolsonaro <i>versus</i> Maria do Rosário: questionamentos atinentes a uma decisão contestável	37
A gravidade das declarações como requisito inidôneo para afastar a incidência da imunidade parlamentar material	39
O decisionismo e o desrespeito ao próprio precedente: a imunidade parlamentar material e a sua dimensão espacial	42
A inadequação do posicionamento da 1ª turma do STF frente ao código de processo penal: a justa causa como requisito da ação penal	44
O decisionismo e a segurança jurídica: caso Bolsonaro e Maria do Rosário <i>versus</i> Jandhira Feghali e Aécio Neves	46
Imunidade, decisionismo e considerações finais	50

SOBRE O AUTOR 53

ÍNDICE REMISSIVO 54

Apresentação

É com grande prazer que apresento o livro "**Ensaaios sobre liberdades fundamentais**", uma obra que aborda temas essenciais no campo do direito e das garantias individuais. Este livro apresenta dois capítulos que exploram questões importantes sobre os direitos fundamentais e as liberdades civis.

O primeiro capítulo, intitulado "Para além do reducionismo formalista: a ponderação na resolução de conflitos entre direitos fundamentais", é uma reflexão sobre a complexidade da aplicação dos direitos fundamentais na prática jurídica. Destaca-se que, em muitos casos, os direitos fundamentais entram em conflito uns com os outros, o que pode gerar dificuldades na sua aplicação.

O segundo capítulo, intitulado "A imunidade parlamentar material no direito brasileiro - dilemas, controvérsias e perspectivas", aborda um tema relevante no contexto político e jurídico brasileiro. Discute-se a imunidade parlamentar material, que é a proteção conferida aos parlamentares em relação às opiniões, palavras e votos que emitem no exercício de suas funções.

Em resumo, este livro é uma obra fundamental para todos aqueles que se interessam pelo estudo dos direitos fundamentais e das liberdades civis. Os capítulos aqui apresentados são exemplos da importância do debate e da reflexão crítica no campo do direito, buscando aprimorar a aplicação dos direitos fundamentais na sociedade.

Matheus Ravi Rodrigues da Silva

CAPÍTULO 1

PARA ALÉM DO REDUCIONISMO FORMALISTA: A PONDERAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Matheus Ravi Rodrigues da Silva

Introdução

Os Direitos Fundamentais, sob uma perspectiva clássica, consistem em mecanismos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado e de outros indivíduos. Segundo Carl Schmitt (1928, p. 164, *apud* BONAVIDES, 2004, p. 561), os direitos fundamentais propriamente ditos são direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. São garantias inerentes à condição humana e indispensáveis para a manutenção de um estado democrático de direito. Sob essa perspectiva, duas modalidades de direitos fundamentais serão analisadas no presente trabalho, bem como os desdobramentos de suas aplicações práticas: o direito à vida e o direito à liberdade de escolha.

A vida é um direito fundamental garantido constitucionalmente na maioria dos ordenamentos jurídicos modernos. Costuma ser protegida pelo Estado com prioridade máxima, uma vez que constitui alicerce indispensável para o gozo dos demais direitos. É inato ao ser humano e sua inserção em textos constitucionais denota o seu caráter nitidamente garantista: ao Estado incumbe o dever de agir no sentido de preservar a vida.

Por outro lado, o direito fundamental à liberdade de escolha, em acepção ampla, abrange direitos fundamentais e liberdades específicas, sendo uma delas a liberdade de credo. Esta consiste na possibilidade de livre escolha, pelo indivíduo, da sua orientação religiosa, não se esgotando na dimensão da crença individual, mas abarcando também a prática religiosa – liberdade de culto. Nesse aspecto, pode-se considerar que não há verdadeira liberdade religiosa se não houver reconhecimento pleno da orientação livre, de acordo com as posições religiosas estabelecidas, ou seja, o direito à liberdade religiosa pressupõe sua livre manifestação.

No concernente ao direito à vida e ao direito à liberdade religiosa, a transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová, por exemplo, suscita discussões acerca da colisão de direitos fundamentais e dos procedimentos jurídicos mais adequados para solucionar tal embate. As Testemunhas de Jeová, ao impelirem ao sangue natureza sacra e, por isso, intocável, recusam a transfusão de sangue, mesmo em caso de risco iminente de morte. Deste modo, evidencia-se uma colisão entre direitos fundamentais: a premissa básica do direito à vida versus a liberdade de credo e de manifestação religiosa.

No Brasil, é recorrente a apreciação dessa colisão pelas instâncias judiciais, sendo o tema inclusive já debatido no Superior Tribunal de Justiça do Brasil, em 1998, no qual o ministro Luiz Vicente Cernichiaro enfrentou a questão da afirmada colisão entre o direito à saúde e vida em confronto com o direito de liberdade religiosa¹. Foi impetrado um *habeas corpus* com o objetivo de trancar ação penal contra pacientes que não se permitiram que médicos efetuassem transfusão de sangue em enfermo grave, testemunha de Jeová, que chegou a falecer por falta de socorro médico adequado.

Em uma discussão assentada nos deveres médicos, no direito à vida e no direito à liberdade de crença, o ministro afirmou que ser adepto de Testemunha de Jeová não exclui o indivíduo do cumprimento da legislação vigente, uma vez que quando a religião entra em conflito com o Direito, este prevalece. Além disso, o profissional da medicina também está submetido ao Direito Brasileiro, e, deste modo, as normas de deontologia médica devem ajustar-se a ele. Portanto, não configura constrangimento ilegal realizar transfusão de sangue contra paciente Testemunha de Jeová ainda que contra a sua vontade, tendo em vista que a vida é tutelada pelo ordenamento brasileiro e é considerada um bem jurídico único e indisponível. Dessa forma, a crença religiosa não ofereceria respaldo legal para o paciente dispor da sua própria vida ao recusar o procedimento de transfusão.

Dessa forma, infere-se que, no Brasil, essa situação é tratada de maneira categoricamente formalista, na qual é preconizada a hierarquização normativa, em face da liberdade de escolha. No referido caso, optou-se por vincular a conduta médica (regulada pelo código de ética médica) ao Código Penal e ao ordenamento jurídico brasileiro, que preconizam o direito à vida sob qualquer circunstância. Nesse caso, então, suprimiu-se por

¹ RECURSO STJ 5/11/1998 RHC 7785

completo a autonomia do paciente em dispor sobre o próprio corpo, bem como subordinou-se a liberdade de credo a um arcabouço normativo hierarquicamente superior (Código Penal Brasileiro).

Um caso envolvendo também a recusa da transfusão de sangue em face à liberdade de escolha religiosa ocorreu na Alemanha, em 1971². Uma mulher pertencente ao grupo testemunhas de Jeová, recusou-se a receber a transfusão de sangue. Em virtude de complicações, veio a óbito. Seu marido, adepto da mesma religião, foi processado e condenado em 1ª instância por omissão de socorro (art. 331, código penal alemão) por endossar a recusa da enferma e empecilhar o procedimento médico. Ao recorrer da decisão, o caso foi apreciado pela Corte Constitucional Alemã. Em sentido oposto ao julgado pelo STJ no Brasil, considerou-se que a dignidade da pessoa humana era o mais alto valor, e nesse sentido, a liberdade de crença garantiria ao indivíduo um certo espaço jurídico livre de intervenção estatal.

Essa liberdade incluiria não só a possibilidade de cultivar determinada crença, mas de manifestá-la, de professá-la e de propagá-la. Além disso, o indivíduo teria respaldo para orientar todo seu comportamento seguindo as prescrições de sua crença, de modo que não poderia ser imputado ao reclamante que ele tenha se omitido a dissuadir sua esposa, em opção à sua convicção religiosa, à renúncia dessa mesma convicção religiosa.

Com base no exposto, a proposta do presente artigo é analisar a partir do caso concreto alemão, nominado *GesundBeter*, se o direito normativo e formalista é adequado para sanar questões envolvendo colisões de direitos fundamentais. A hipótese aqui trabalhada é de que esse direito formalista e apegado à literalidade normativa revela-se inadequado para lidar com questões referentes à colisão de direitos fundamentais, sendo a ponderação de princípios um procedimento mais eficiente.

Analisando os casos expostos, percebe-se que a mera aplicação de uma norma geral e abstrata revela-se ineficaz para lidar com casos repletos de particularidades como esse, que envolve dois direitos fundamentais de importância indiscutível. A análise da Corte Constitucional Alemã, ao perpassar as fronteiras da norma posta e analisar o caso de forma particularizada, levando em consideração os princípios envolvidos, mostrou-se mais

² Caso 1 BvR 387/65:

adequada para solucionar o referido embate entre os dois direitos fundamentais.

Para tal, as duas decisões pertencentes ao caso *GesundBeter* serão analisadas, respectivamente, sob a perspectiva de dois teóricos pertencentes à tradição alemã: a decisão da primeira instância vinculada a um processo de subsunção será analisada sob a ótica de Hans Kelsen; por sua vez, a discussão evidentemente principiológica feita pela Corte Constitucional Alemã será analisada à luz da teoria da ponderação proposta por Robert Alexy.

No caso concreto *GesundBeter*, é possível a aplicação prática dessas duas teorias; no entanto, tratando-se dessa evidente colisão entre direitos fundamentais, a proposta da ponderação feita por Alexy evidencia ser mais adequada para sanar tal conflito. Embora pertencentes à tradição jurídica germânica, Kelsen e Alexy apresentam pontos cruciais de divergência com relação às suas teorias, que, por sua vez, serão analisadas no decorrer deste trabalho. As categorias normas, regras e princípios, que constituem, respectivamente, pontos fundamentais das teorias dos referidos autores, juntamente com uma abordagem histórica acerca dos direitos fundamentais, também serão debatidas no presente trabalho.

O artigo que segue será delineado em três partes, juntamente com a presente introdução e a conclusão. Na primeira parte, serão apresentadas as concepções teóricas acerca dos direitos fundamentais e as dificuldades encontradas para efetivá-los na prática. Em seguida, será realizada uma discussão a respeito do conflito entre a convicção e a norma e os questionamentos emergentes da discussão em voga: a liberdade de crenças e o direito à vida. Consubstanciando essa abordagem, será debatido, na segunda parte do presente artigo, o caráter sacro do sangue adotado pelas Testemunhas de Jeová em face ao dever do estado de proteção da vida.

Na terceira parte, será realizada a análise de duas decisões judiciais referentes ao caso *Gesundbeter*: a primeira, vinculada a um processo de subsunção, à luz do positivista Hans Kelsen; a segunda, sob a ótica da ponderação principiológica de Robert Alexy. Serão debatidas as categorias de normas e princípios, presentes respectivamente na teoria desses autores, juntamente com as divergências teóricas existentes e implicações práticas daí decorrentes. Por fim, o presente artigo será concluído com colocações acerca da

importância dos referidos teóricos, a relevância da discussão para a contemporaneidade, e o porquê da ponderação ser considerada como um procedimento mais eficiente e justo para solucionar embates envolvendo colisões de direitos fundamentais.

Direitos fundamentais: acepção histórica e desafios para sua efetivação

As sociedades pós-modernas, com o objetivo de cumprir com a função de defesa dos seus cidadãos na forma de limitação normativa ao poder estatal, foram produzindo um conjunto de valores, direitos e liberdades, consubstanciados na categoria de direitos fundamentais. São frutos graduais de lutas históricas, conforme transparece Bobbio³: (1992, p. 5)

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos, que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascido em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez nem de uma vez por todos.

A Idade Moderna foi calcada em um arcabouço absolutista, no qual o monarca concentrava todos os poderes e perseguia os opositores de um regime autoritário, alheio às liberdades e direitos individuais. Esse contexto hostil e desumano, mais especificamente na França, gerou um solo fértil no qual os ideais da Revolução Francesa germinaram. Esse movimento, de maneira simplista, pode ser reduzido à reivindicação dos direitos e garantias individuais de primeira geração. Nesse diapasão, pondera Bonavides⁴:

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela primeira vez, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789. [...] Em rigor, o lema revolucionário [...] exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.

É nesse contexto, portanto, que se dão as primeiras reivindicações pelos direitos fundamentais. Percebe-se que, diante de um contexto histórico precedente permeado pela intolerância, pelo absolutismo e pelo cerceamento de liberdades individuais, os direitos fundamentais de primeira geração surgem como alternativa para assegurar a dignidade da pessoa humana, independente de classe, de credo, de cor ou de etnia.

3 BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*, 2004, p. 5.

4 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 2004, p. 562

Porém, a despeito do seu reconhecimento formal e da sua recepção social, a aplicação do conceito de direitos fundamentais revela-se complexa, desde o âmbito conceitual até quando estes são colocados sob uma perspectiva histórica e social.

Segundo Luís Roberto Barroso⁵, uma das dificuldades em relação à aplicação dos direitos fundamentais se concretiza no momento em que a complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levam ao abrigo do arcabouço jurídico valores e interesses diversos que, eventualmente, entram em colisão. Esses valores, majoritariamente embutidos nas categorias de direitos fundamentais, são de suma importância para garantir a Dignidade da Pessoa Humana.

Nessa perspectiva, pondera ainda Barroso (2007), não é possível arbitrar a colisão de direitos fundamentais de forma abstrata, permanentemente e inteiramente dissociada das características do caso concreto. É preciso, portanto, ir além do reducionismo normativo e analisar o caso concreto analisando suas particularidades, no intuito de chegar a uma solução mais adequada.

Direitos fundamentais em discussão: o direito à vida frente ao direito à liberdade religiosa

Direito à vida

A vida é um direito fundamental garantido constitucionalmente na maioria dos ordenamentos jurídicos modernos. Costuma ser protegido pelo Estado com prioridade máxima, uma vez que constitui alicerce indispensável para o gozo dos demais direitos. É inato ao ser humano e sua inserção em textos constitucionais denota o seu caráter nitidamente garantista: ao Estado incumbe o dever de agir no sentido de preservar a vida.

Nesse aspecto, Canotilho⁶ determina que o direito à vida seja um direito subjetivo de defesa, implicando, portanto, uma garantia protetiva deste. O indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto por este; o Estado, por sua vez, tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo, e por outro lado, os indivíduos devem se privar

5 BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus direitos de personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 68.

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. P526/533/539

de praticar atos que atentem contra a vida de alguém. Vale ressaltar que a vida como bem jurídico está diretamente vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa dignidade, por sua vez, não fora criada pelo homem ou pelo Estado, mas sim é inerente à condição de ser humano. Incumbe apenas ao homem e ao Estado respeitar, evidenciar e normatizar o referido bem. Nesse aspecto, José Afonso da Silva⁷ (2000, p. 146) comenta que a dignidade humana não é uma criação constitucional, pois designa um conceito a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana.

É viável mencionar que a necessidade de efetivação e de normatização do referido bem é oriunda, majoritariamente, das barbáries contra a vida, cometidas com respaldo legal, principalmente no Absolutismo Moderno e no Holocausto. Daí, então, reforçou-se a necessidade de preservar a vida e considerá-la como bem jurídico indispensável e indisponível, em regra geral.

Direito à liberdade

Por outro lado, o direito fundamental à liberdade, em acepção ampla, abrange direitos fundamentais e liberdades específicas. É uma categoria larga e abstrata, sendo um gênero que envolve diversas espécies, das quais pode-se elencar liberdade de ir e vir, liberdade de expressão, liberdades civis e políticas, dentre outras.

No que diz respeito à questão das garantias de liberdades individuais, sob a ótica dos princípios, remonta-se ao século XVII com John Locke. É na obra desse pensador que se observa o destaque à manutenção desse direito, bem como de outros referentes à condição individual. Sobre a categoria liberdade, Locke⁸ pontua que:

Sendo os homens..., por natureza, todos livres, iguais e independentes, ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar consentimento. A maneira única em virtude da qual uma pessoa qualquer renuncia à liberdade natural e se reveste dos laços da sociedade civil consiste em concordar com outras pessoas em juntar-se e unir-se em comunidade para viverem com segurança, contato e paz umas com as outras, gozando garantidamente das propriedades que tiverem e desfrutando de maior proteção contra quem quer que não faça parte dela (LOCKE, 1991, p. 253)

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, 2000, p. 146.

⁸ LOCKE, John. *Ensaio Acerca do Entendimento Humano. Segundo tratado sobre o governo*. 5.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

Nesse sentido, a junção voluntária dos indivíduos forma a sociedade. Essa sociedade, por sua vez, indicará um governante, iniciando a formação do Estado; este nasce para garantir os direitos naturais (vida, propriedade) e é baseado no consenso. Daí, deriva a tese fundamental de que o poder estatal é essencialmente limitado. É limitado, primeiramente, porque pressupõe os direitos naturais e não pode violá-los; além disso, o consenso indica os governantes somente sob condição de que exerçam o poder dentro dos limites estabelecidos. Assim, o poder tem que ser exercido de forma legítima e moderada.

Um pressuposto que exige a moderação da força e do rigor da lei, quando se trata de decidir sobre questões que impactam diretamente sobre as liberdades individuais, pode ser entendido como uma regra de procedimento indispensável e otimizável, a ser seguida. Pode ser considerado, portanto, como uma modalidade de raciocínio principiológico antes mesmo da consolidação da tradição constitucionalista no ocidente.

Nesse sentido, pode-se considerar o direito à livre manifestação de crença como espécie do gênero *liberdade*.

A liberdade religiosa consiste na possibilidade de livre escolha, pelo indivíduo, da sua orientação religiosa, não se concretizando apenas na dimensão singular do indivíduo, mas englobando, também, a prática religiosa – liberdade de culto. Nesse contexto, é possível pontuar, ainda, que não há verdadeira liberdade religiosa se não houver reconhecimento pleno da orientação livre, de acordo com as posições religiosas estabelecidas. Desta maneira, o direito à liberdade de crença religiosa é vinculado umbilicalmente à sua livre manifestação.

No entanto, uma análise histórica da existência humana evidencia um cenário hostil, cristalizado na intolerância e na perseguição, motivados principalmente por motivos de natureza religiosa. A opressão e o desrespeito às crenças alheias perpassaram as fronteiras temporais e espaciais, e representaram uma evidente subversão ao direito à liberdade no seu sentido mais amplo.

A Idade Média, para efeito exemplificativo, foi assentada predominantemente sobre a perseguição feita aos hereges. Estes, considerados uma ameaça à supremacia da Igreja Católica, eram perseguidos e torturados de forma arbitrária e hedionda. De modo análogo,

essa subversão à liberdade de crença ocorreu, também, na Inglaterra absolutista, na qual Calvinistas foram arduamente perseguidos. O Holocausto, considerado a maior barbárie já presenciada pela humanidade, exterminou mais de 6 milhões de indivíduos pertencentes à religião judaica; em uma abordagem mais contemporânea, o conflito perene entre árabes e muçulmanos no oriente médio revela o completo menoscabo ao direito de liberdade de crença e, principalmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana. É importante frisar que a maioria dessas atrocidades, principalmente o nazismo, tinham respaldo em normas, sejam elas emitidas por um corpo político ou por um monarca absolutista.

Nesse sentido, é evidente a importância de subverter esse panorama de intolerância. Surge, assim, a necessidade de respaldar, respeitar e assegurar nos textos normativos o direito à livre manifestação de crença. Esta, por sua vez, designa uma garantia inerente e indispensável à dignidade humana e deve ser protegida de maneira otimizada. O Direito, nesse sentido, deve abarcar a livre manifestação de crença, assegurando todos os direitos fundamentais dos indivíduos adeptos a qualquer modalidade religiosa.

A liberdade religiosa versus o dever do Estado de garantir a vida: as testemunhas de Jeová, a sacralidade do sangue e a análise do caso GesundBeter

As Testemunhas de Jeová consistem em uma denominação cristã milenarista e restauracionista. Estima-se que possuem mais de 9 milhões de praticantes distribuídos em 239 países, e são popularmente conhecidos pelo trabalho regular e perene de pregação dogmática em residências. Tem como marca registrada o culto fiel à Bíblia e ao Deus por ela relatado, considerando que seu nome restaurado por pesquisas em hebraico é Jeová. Entendem que a inviolabilidade do sangue deriva de seu caráter sacro, como posto na Bíblia Sagrada:

Todo animal movente que está vivo pode servir-vos de alimento. Como no caso da vegetação verde, deveras vos dou tudo. Somente a carne com a sua alma — seu sangue — não deveis comer. (Gn 9.3-5)

E não deveis comer nenhum sangue em qualquer dos lugares em que morardes, quer seja de ave quer de animal. Toda alma que comer qualquer sangue, esta alma terá de ser decepada do seu povo. (Lv 7.26, 27)

Quanto a qualquer homem da casa de Israel ou algum residente forasteiro que reside no vosso meio, que comer qualquer espécie de sangue, eu certamente porei minha face contra a alma que comer o sangue, e deveras o deceparei dentre seu

povo. Pois a alma da carne está no sangue, e eu mesmo o pus para vós sobre o altar para fazer expiação pelas vossas almas, porque é o sangue que faz expiação pela alma. (Lv: 17.10, 11)

Em virtude do exposto, as Testemunhas de Jeová, ao conferirem ao sangue natureza sacra e, por isso, intocável, recusam a transfusão de sangue, mesmo em caso de risco iminente de morte. Tendo como base o princípio da liberdade de credo, tal postura teria respaldo principiológico e legal. Todavia, incumbe também ao Estado garantir categoricamente o Direito à vida. Além disso, devido a importância desse direito fundamental, não é assegurada ao indivíduo a possibilidade de dispor deste direito.

É evidente, então, uma colisão de direitos fundamentais tutelados juridicamente e indispensáveis à dignidade da pessoa humana. O caso *GesundBetter*, ocorrido na Alemanha em 1971, materializa essa colisão e revela divergentes possibilidades jurídicas para lidar com direitos fundamentais conflitantes.

O caso *GesundBeter*

Uma senhora alemã, membro convicto da comunidade Testemunhas de Jeová, foi aconselhada pelos médicos a internar-se em um hospital para realizar uma transfusão de sangue em virtude de complicações decorrentes do parto de seu quarto filho e de uma anemia falciforme. A mulher, entretanto, manifestou-se de forma reiterada e peremptória contra o procedimento; ao invés disso, optou somente por orar pela sua saúde, mantendo-se consciente de sua decisão de forma intermitente. Tempos depois, em virtude do agravamento do estado de saúde, a senhora veio a óbito.

Seu marido, também adepto da mesma comunidade religiosa, e, portanto, compactuante da ideia de inviolabilidade do sangue, em nenhum momento permitiu a transfusão na esposa. Quando solicitado, negou-se a convencê-la do contrário. Em virtude disso, foi processado e condenado pelo Estado, sob acusação de omissão de socorro (*unterlassenehilfeleistung*), conduta tipificada no parágrafo 330, c, do Código Penal alemão. O caso, então, passou a ser conhecido como *GesundBeter* (aquele que reza pela saúde).

Na condição de Testemunha de Jeová, o casal estava plenamente convencido da ideia da cura somente pelo poder da oração. Além disso, ainda que a vida e a estrutura familiar estivessem em xeque, aceitavam literalmente as prescrições bíblicas, principalmente as do Velho Testamento. Estas, por sua vez, proíbem o insumo e a transferência sanguínea.

A decisão de 1ª instância: o normativismo e a subsunção à luz de Kelsen

A teoria jurídica desenvolvida pelo austríaco Hans Kelsen é adequada para analisar a decisão proferida pela primeira instância. Partindo da prerrogativa do Direito como Ciência, ele defende uma ciência jurídica independente, com método e objeto próprios e bem definidos. A crença de que uma objetividade será necessariamente alcançada através de um método próprio é, certamente, a amálgama do positivismo kelseniano. Em Teoria do Direito e do Estado, postula que:

A regra do direito diz: se A é, B deve ser. A regra do Direito é uma norma (no sentido descritivo do termo). O significado da conexão estabelecida entre dois elementos pela regra do Direito é o dever ser. O princípio pela qual a ciência jurídica descreve seu objeto é o da normatividade.⁹

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 1998, p. 58

Nesse aspecto, Kelsen propõe que a teoria do direito seja pensada pelo próprio Direito. Assim, o Direito seria tanto uma técnica de resolução de conflitos quanto uma ciência com método e objeto próprios; esse objeto seria a norma jurídica reguladora da conduta humana. Partindo dessa prerrogativa, acredita em um Direito técnico, autônomo e científico, assim como as outras ciências. Seria possível então encontrar uma resposta objetiva seguindo um método, chegando a uma conclusão. Essa conclusão, no âmbito jurídico, seria a decisão judicial.

O método para chegar à conclusão, segundo o exposto, seria a subsunção: se A é, B deve ser. A primeira parte (se A é), Kelsen intitula suporte fático. O dever ser (B) seria a aplicação. Ao debater a categoria norma como comando prescritivo de conduta humana, Kelsen diz:

A ação ou omissão determinada pela ordem jurídica, que forma a condição ou o pressuposto de um ato de coerção estatuído pela mesma ordem jurídica, representa o fato designado como ilícito ou delito, e o ato de coação estatuído como sua consequência representa a consequência do ilícito ou sanção.¹⁰

Diante disso, analisando a decisão judicial à luz da teoria kelseniana, infere-se que o juiz de primeira instância enquadrou a conduta do marido da enferma como omissão de socorro, prevista no artigo 331 do Código Penal Alemão vigente. O magistrado, então, em uma conduta apegada à literalidade da norma, adotou o procedimento da subsunção e imputou ao réu a penalidade prevista – o cerceamento da liberdade.

A postura adotada pela Justiça Ordinária foi notoriamente reducionista. Especificamente no caso supracitado, a conduta do magistrado de primeira instância desvinculou-se de toda a discussão adjacente envolvendo uma clara e evidente colisão entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa. Esta, por sua vez, embora garantida pelo artigo 4.1 da Constituição Alemã, foi suprimida. Optou-se pela punição marido por ter endossado a postura da mulher de abster-se do procedimento jurídico que certamente salvaria sua vida.

Além disso, vários questionamentos podem ser feitos acerca dessa decisão. O direito à vida, considerado e preconizado pela Justiça de primeira instância, se referia especificamente a um conceito de vida vinculado a batimentos cardíacos e funções vitais. É

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 1998, p. 50

um conceito meramente reducionista, principalmente tratando-se de testemunhas de Jeová. O direito fundamental à vida, como citado anteriormente, deve estar diretamente vinculado à dignidade da pessoa humana, englobando não apenas o existir, mas principalmente o existir com qualidade de vida e satisfação adequada. Essa qualidade de vida e satisfação adequada, por sua vez, seriam parcialmente ou completamente subvertidas em face de uma transfusão de sangue, principalmente tratando-se de uma Testemunha de Jeová.

Além disso, questiona-se o valor de Justiça da decisão. Cercear a liberdade de um indivíduo que perdera a esposa e privá-lo do convívio dos filhos órfãos em virtude do endosso de uma postura religiosa certamente não seria uma medida adequada. Sobre essa eventual exigência de justiça, Kelsen fala ainda que:

De qualquer modo, uma teoria pura do Direito, ao se declarar incompetente para responder se uma dada lei é justa ou injusta, não se opõe de modo algum a essa exigência. Uma teoria pura do Direito – uma ciência – não pode responder a essas perguntas porque elas não podem, de modo algum, serem respondidas cientificamente.¹¹

Percebe-se, portanto, que a decisão de primeira instância desvinculou-se de um ideal de justiça alheio à norma. O juiz de primeira instância, nesse diapasão, aplicou a norma posta ao caso concreto; tal postura reforça o posicionamento kelseniano acerca de direito e justiça. Conforme Kelsen (1973, p. 51), o Direito não se opõe à exigência de justiça. No entanto, não recai sobre o Direito como ciência a responsabilidade e a capacidade de averiguar critério de justiça, pois tal critério não pode ser mensurado de forma científica. O ideal de justiça válido seria, portanto, somente aquele que coincide com a legalidade estrita da norma.

A decisão do Tribunal Constitucional Alemão: a ponderação como mecanismo para solucionar colisão de direitos fundamentais sob a ótica de Robert Alexy

O marido da paciente, diante do exposto, interpôs recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) contra a condenação imposta pela justiça ordinária.

O 1º Senado do Tribunal optou por adotar uma postura significativa no concernente às limitações ao direito fundamental da liberdade de crença e o direito à vida¹². Diante de uma

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 1998, p. 51

¹² MENZEL, Jörg (org.). *Verfassungsrechtsprechung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000, 692*

evidente colisão entre a liberdade de religião e outros bens tutelados constitucionalmente (vida, saúde, etc.), o Tribunal optou por adotar uma ponderação de bens para chegar a uma solução mais adequada ao caso.

A Corte Constitucional Alemã julgou, em 19 de outubro de 1971, o caso 1 BvR 387/65:

Num Estado no qual a dignidade humana é o mais alto valor e no qual a livre auto-determinação de cada indivíduo representa, ao mesmo tempo, um valor constitutivo da comunidade [política], a liberdade de crença garante ao indivíduo um certo espaço jurídico livre de intervenção estatal, no qual ele possa se orientar segundo o estilo de vida correspondente à sua convicção.

Nesse sentido, a liberdade de crença é mais do que tolerância religiosa, ou seja, mais do que a mera tolerância da confissão religiosa ou da convicção não religiosa¹³Ela inclui, por isso, não apenas a liberdade (interior) de ter ou não ter uma crença, mas também a liberdade exterior de manifestar a crença, professá-la e propagá-la¹⁴. Faz parte dessa garantia, ainda, o direito do indivíduo de orientar todo seu comportamento segundo os ensinamentos de sua crença, agindo de acordo com sua íntima convicção religiosa. Aqui, não são protegidas pela liberdade de crença apenas as convicções religiosas que se baseiem em dogmas de fé. Antes disso, ela abrange também as convicções religiosas que, em face de uma situação concreta da vida, exijam, ainda que não coercitivamente, uma reação estritamente religiosa, que todavia é considerada como o melhor e o mais adequado meio para enfrentar uma circunstância da vida de maneira coerente com a atitude prescrita pela fé.

De outra sorte, o direito fundamental da liberdade de crença não poderia ter um pleno desdobramento [no caso concreto].

[...]

Não pode ser imputado ao reclamante que ele tenha se omitido em persuadir sua esposa, em oposição à sua convicção religiosa, à renúncia desta mesma convicção religiosa.

Nesse sentido, a Corte Constitucional Alemã considerou que a decisão proferida pela primeira instância interferira de forma inaceitável na liberdade de consciência e de crença religiosa; esta, por sua vez, era assegurada aos cidadãos alemães pelo artigo 4.1 da Constituição Alemã¹⁵.

O Tribunal transpareceu, ainda, que não são apenas as convicções que se baseiam em disposições imperativas de uma determinada crença que são protegidas pela liberdade de crença. Abrange, também, convicções religiosas que não signifiquem obrigatoriamente, numa concreta situação de vida, uma exclusiva reação segundo modelos previamente dispostos em enunciados imperativos de convicção religiosa, assegurando, pois, aos

¹³ (BVerfGE 12, 1 [3])

¹⁴ (cf. BVerfGE 24, 236)

¹⁵ BVerfGE 32, 98 (106). J. Menzel (org.). *Verfassungsrechtsprechung*, p. 186.

indivíduos, a possibilidade de arbitrarem procedimentos para superar uma determinada situação concreta de vida, tudo conforme a posição de sua crença¹⁶.

Percebe-se, portanto, que a Corte Constitucional Alemã adotou um procedimento mais adequado para resolver o presente caso. A ponderação entre os bens tutelados constitucionalmente (direito à vida, direito à saúde e direito à liberdade religiosa) concretizou, na prática, a teoria da ponderação de princípios proposta por Robert Alexy.

Ao divagar sobre teoria dos direitos fundamentais, Robert Alexy destaca a distinção entre regras e princípios¹⁷. Ele a caracteriza como um elemento fundamental tanto para a dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, quanto para os direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito.

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. (ALEXY, p.85)

Ainda no que concerne a essa discussão, segundo o teórico alemão, regras e princípios constituem razões para juízos concretos de dever-ser. Dessa forma, sob o prisma de Alexy (1986, p. 87), regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras como princípios são normas, pois ambos dizem o que deve ser.

Embora se aproximem pelo caráter normativo, regras e princípios apresentam particularidades. Para Alexy:

As regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção em grau. (ALEXY, 1986, p.91)

Quanto a essa classificação de normas em princípios e regras, há três teses. A primeira defende que não há, de fato, essa diferenciação e, em virtude disso, qualquer tentativa de fazê-la estaria fadada ao fracasso. A segunda tese gira em torno de uma diferenciação de grau entre esses conceitos. A última, à qual Alexy afirma estar certa, assevera que, além dessa diferença de grau, existe, também, uma diferença qualitativa.

¹⁶ BVerfGE 32, 98 (107).

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 1986, p. 85.

Ainda nessa discussão, o autor pontua sobre o conceito de princípios:

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios, são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados. (ALEXY, 1986, p.90)

Ao passo que Alexy¹⁸ assinala princípios como mandamentos de otimização, isto é, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ele designa regras como normas que contêm determinações no âmbito daquilo que é fática ou juridicamente possível. Uma regra, pois, é uma norma que é ou não satisfeita, uma vez que, quando válida, aquilo que ela exige deve ser feito.

Ainda no que tange a essa relação entre princípios e regras, uma categoria capital para o desenvolvimento da teoria de Alexy é a de colisão entre regras e colisão entre princípios.

Para Alexy, (1986, p.92) um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Excetuando-se essas possibilidades, não há como coexistirem duas regras conflitantes no mesmo ordenamento jurídico.

O jurista alemão, igualmente, minucia sobre uma situação envolvendo princípios colidentes.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio, e de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente seja considerado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. (ALEXY, 1986, p.93)

Nesse caso, excepcionalmente, a cláusula de exclusão é prescindível, pois um princípio pode prevalecer em face do outro sob determinadas condições, sem que haja necessidade da exclusão do outro. Nessa conjuntura, pois, não é aferida a validade do princípio, como é feito a uma regra, haja vista que princípios colidentes atuam sob a perspectiva do peso do princípio naquele momento. Em síntese, a teoria de Robert

18 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 1986, p. 85.

Alexy preconiza a ponderação de princípios fundamentais, devendo-se avaliar, portanto, a proporção dos princípios e o peso que cada um exercerá no caso concreto. O conflito entre regras ocorre na dimensão da validade; já a colisão de princípios ocorre na dimensão do peso.

Referindo-se ao caso *GesundBeter*, percebe-se que os direitos fundamentais à vida e à liberdade de credo foram categorizados como princípios, e não como regras. Ainda, para Alexy (1986, p.86) as normas de direitos fundamentais são não raro caracterizadas como princípios. Deste modo, ainda que conflitantes no caso concreto, esses direitos, ao serem categorizados como princípios, podem coexistir no mesmo ordenamento. No referido caso concreto, otimizou-se o direito à liberdade religiosa, atribuindo um peso maior a esta e designando um peso menor ao direito à vida, sem desconsiderá-lo. Percebe-se, então, uma ponderação de princípios, conforme preconiza Alexy, atentando às particularidades envolvidas.

No referido caso, como mencionado anteriormente, evidenciou-se a possibilidade de uma prevalência da liberdade religiosa sobre o direito à vida. Todavia, o Tribunal apenas o fez em consideração a condições e a circunstâncias absolutamente extraordinárias, deixando claro que, em outro contexto, envolvendo indivíduos incapazes de manifestar a própria vontade, o direito à vida prevaleceria. Em resumo, ainda que em condições peculiares e singulares do referido caso concreto, a Corte Constitucional da Alemanha evidenciou, na maior medida possível, a importância de proteger o direito à vida, ainda que confirmando o direito à liberdade de credo.

Considerações finais

A categoria de Direitos Fundamentais revela-se, portanto, indispensável para a existência humana digna. É inconcebível, em um Estado Democrático de Direito, qualquer subversão em ampla magnitude no concernente a tal categoria. Nesse sentido, recai sobre o Direito a responsabilidade de assegurar no ordenamento jurídico a existência, o respeito, e mecanismos que assegurem a aplicabilidade e a efetividade máxima desses direitos na sociedade.

No entanto, diante da pluralidade humana existente, os ordenamentos jurídicos necessitam abranger direitos fundamentais diversos de maneira simultânea; no entanto, diante da complexidade e da contingência do agir humano, alguns direitos fundamentais tutelados juridicamente podem entrar em conflito, como evidenciado no caso alemão *GesundBeter*: o direito à vida, de caráter indisponível, colidiu com o direito à liberdade de crença religiosa.

Tal colisão, portanto, remonta um debate acerca da maneira mais adequada para solver tal conflito. A primeira decisão judicial do caso *GesundBeter*, analisada à luz de Hans Kelsen, revelou-se inadequada por desconsiderar os princípios adjacentes, reduzindo a um processo de subsunção um caso difícil, abstendo-se da discussão subjacente referente à colisão de princípios tutelados pela Constituição Alemã.

Entretanto, tal fato não implica suprimir e refutar a teoria kelseniana na sua totalidade. Ao adotar o Direito como técnica e como uma ciência independente e reguladora da conduta humana, Hans Kelsen forneceu contribuições significativas, perceptíveis inclusive nos ordenamentos jurídicos mais atuais. A categoria norma vinculada a uma sanção é amplamente perceptível no Direito moderno; o mecanismo da subsunção, embora se revelando inadequado no caso exposto, é frequente em práticas jurisdicionais contemporâneas.

Durante muito tempo, a subsunção simbolizou o único mecanismo para compreender a aplicação do Direito. Nesse sentido, a premissa maior (norma) incidindo sobre a premissa menor (fatos) produzia, através de um silogismo, a aplicação normativa ao caso concreto. Essa espécie de raciocínio continua sendo imprescindível para a dinâmica jurídica. Todavia, a aplicação da subsunção não é a maneira mais adequada para lidar com questões que devem ser tratadas sob a dimensão de princípios.

Diante disso, tornou-se evidente a necessidade de um raciocínio mais diverso, considerando os princípios conflitantes na medida de sua respectiva importância e pertinência para o caso concreto. Em uma metáfora utilizada por Luís Roberto Barroso¹⁹, tal qual um quadro bem pintado, as diferentes cores devem ser percebidas, embora alguma(s)

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus direitos de personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 68.

dela(s) venham a se destacar das demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar *técnica da ponderação*.

No referido caso *GesundBeter*, a decisão de primeira instância assentou um entendimento meramente normativo. Percebe-se, claramente, uma postura kelseniana, visto que, em sua teoria, a categorização de regras como princípios e a ponderação eram inconcebíveis. Isso, porque Kelsen considerava apenas a categoria norma como uma regra a ser cumprida; em caso de colisões entre normas, uma delas seria considerada inválida. Portanto, normatizar e categorizar o direito à vida e o direito à liberdade religiosa atribuindo-se a estes o caráter de regra, em caso de colisão, uma dessas normas seria completamente desconsiderada.

No entanto, Robert Alexy inova ao categorizar as normas como regras e como princípios. Conforme debatido anteriormente, as normas como regras, para Alexy se aproximam do conceito kelseniano, sendo aplicáveis de forma imediata e total e, em caso de colisão, uma das regras seria suprimida. Já as normas como princípios designariam mandados de otimização, podendo coexistir no mesmo ordenamento e aplicáveis com um peso diferente em cada caso concreto, em caso de colisão.

A decisão refeita pela Corte Constitucional no caso *GesundBeter* foi adequada para lidar com as questões envolvendo os direitos fundamentais em voga. Em virtude de tais direitos envolvidos (direito à saúde, direito à vida e direito à liberdade de crença), o tribunal analisou o caso de forma individual e particularizada. Optou-se, portanto, por atribuir a esse caso específico, um peso maior ao direito à liberdade de crença, principalmente pelo fato da enferma estar consciente de sua decisão e pelo fato do princípio da dignidade da pessoa humana assegurar um espaço livre de intervenção estatal que permita a livre manifestação de crenças religiosas. Ainda que reiterando esse pensamento, a sentença proferida pela Corte afirma a importância de se assegurar o direito à vida, que, sob outras circunstâncias, poderia ter um peso maior no mesmo caso concreto (incapacidade cognitiva da enferma, por exemplo).

Deste modo, conclui-se que, diante da complexidade e da contingência social, categorizar os direitos fundamentais como princípios e adotar o procedimento da

ponderação em caso de colisão entre eles é, certamente, a conduta mais apropriada. Os direitos fundamentais em voga, conforme discutidos na introdução do presente trabalho, necessitam ser garantidos a todos os seres humanos, principalmente após as barbáries históricas que subverteram esses direitos. Considerá-los, pois, como princípios, permite uma aplicação mais ampla e assegura que sejam envolvidos pelo mesmo ordenamento jurídico, ao passo que, considerá-los como regras limitaria a sua aplicabilidade. Em caso de colisão de princípios no caso concreto, o procedimento da ponderação permite a tutela e a aplicação desses direitos de forma adequada, justa e com pesos variáveis. É uma análise menos genérica, mais particularizada e mais adequada para lidar com colisões de direitos fundamentais.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria Discursiva do Direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos de personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 68.

BÍBLIA. Português. Bíblia sagrada. Tradução de Padre Antônio Pereira de Figueredo. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1980. Edição Ecumênica.

BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: CAMPOS, 2004

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: MALHEIROS, 2004

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3.ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1999.

GUEDES, Neviton. Prevalência da liberdade religiosa e o direito à vida. Disponível em <www.conjur.com.br/2013-fev-18/constuicao-poder-prevalencia-liberdade-religiosa-direito-vida2> Acesso em 11 de junho de 2015.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Traduzida por Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Traduzido por João Baptista. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. Ensaio Acerca do Entendimento Humano. Segundo tratado sobre o governo. 5.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAPÍTULO 2

A IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL NO DIREITO BRASILEIRO - DILEMAS, CONTROVÉRSIAS E PERSPECTIVAS

Matheus Ravi Rodrigues da Silva

Imunidade parlamentar: considerações iniciais

Com o escopo de assegurar a liberdade do representante do povo ou Estado Membro, a Carta Magna consigna um conjunto de dispositivos que instituem prerrogativas funcionais aos congressistas. Algumas destas, em virtude do categórico relevo que ostentam, fazem jus à alcunha de imunidades. Não configuram, pois, privilégios, mas sim prerrogativas necessárias ao desempenho independente da atividade parlamentar e à efetividade do Estado Democrático de Direito, marcado pela representatividade dos cidadãos-eleitores. Enquanto prerrogativas do órgão legislativo, e não de ordem subjetiva do congressista, tem-se a irrenunciabilidade como núcleo da imunidade.

Com o que se exporá adiante, não constitui objetivo precípua demarcar espaço e tempo exatos do surgimento do instituto da imunidade parlamentar. Isso se deve ao fato de doutrinadores e de pesquisadores divergirem quanto à sua origem. Entretanto, pode-se apontar com firmeza para a França como marco para o instituto da imunidade, tal que a Constituição Federal Francesa (título III, seção V, art. 7º e 8º), aduz:

Art. 7º Os representantes da nação são invioláveis, não poderão ser processados, acusados nem julgados, em tempo algum, pelo que tiverem proferido, escrito ou praticado no exercício de suas funções de representantes.

Art. 8º Somente poderão ser presos, por fato criminoso, em flagrante delito ou em virtude de mandado de prisão, dando-se ciência imediata ao Corpo Legislativo. O processo somente poderá continuar depois que o Corpo Legislativo houver decidido sobre a procedência da acusação. (FRANÇA, 1791, tradução nossa)

No Brasil, a imunidade parlamentar, por análise das Cartas Constitucionais, está presente desde sua independência. Ainda que soe contraditório, uma Constituição outorgada salvaguardava amplamente valores democráticos, tal qual o exemplo da imunidade material.

Assim, pois, os artigos 26, 27 e 28 da Constituição de 1824 estabeleceram que:

Art. 26. Os Membros de cada uma das Câmaras são invioláveis pelas opiniões, que proferirem no exercício das suas funções.

Art. 27. Nenhum Senador, ou Deputado, durante a sua deputação, póde ser preso por Autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Câmara, menos em flagrante delicto de pena capital.

Art. 28. Se algum Senador, ou Deputado fôr pronunciado, o Juiz, suspendendo todo o ulterior procedimento, dará conta á sua respectiva Câmara, a qual decidirá, se o processo deva continuar, e o Membro ser, ou não suspenso no exercício das suas funções (BRASIL, 1824).

Ainda acerca do período imperial, segundo Eduardo Oliveira Ferreira, continua-se a perceber a proteção de que esse instituto gozava. Em seu artigo “Origens e fundamentos das imunidades parlamentares”, ele afirma que um parlamentar poderia se manifestar inclusive de forma contrária ao regime monárquico, sendo ele republicano ou abolicionista. Dessa forma, constata-se que, apesar de um regime antidemocrático, esse instituto não foi mitigado.

A tutela desse instituto permaneceu consistente com a Constituição Federal de 1891. Os artigos 19 e 20 rezavam que o parlamentar seria inviolável por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato, asseverando ainda a garantia de que ele não seria processado criminalmente sem licença prévia de sua Casa de origem, escuso o caso de flagra de crime inafiançável.

Em seguida, com a Carta Constitucional de 1934, as prerrogativas foram mantidas, estendendo-se, agora, aos suplentes imediatos dos parlamentares e aos senadores. Entretanto, cita-se, ainda, outras mudanças, como a que estabelecia também a imunidade em relação à prisão e ao processo.

A Constituição Federal de 1937, em contramão às demais, não concedia garantias ao parlamentar no que tangia às opiniões e aos votos proferidos no exercício de sua função. Respondia, pois, civil e criminalmente por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública do crime. Ademais, submetia-se as declarações ao crivo da Câmara, que analisava se o proferido atentava à existência ou à independência do Estado, ocasião em que perderia seu lugar.

Com a Carta de 1967, houve uma retomada da defesa do instituto em voga,

restabelecendo a inviolabilidade de deputados e de senadores por suas opiniões, palavras e votos emitidos no exercício do mandato. Entretanto, era permitida a concessão de uma licença tácita para o processo de parlamentar caso a respectiva Casa não deliberasse sobre o pedido dentro do prazo de 90 dias.

Ainda perdurando esse período de minguada democracia, citar-se-á a Emenda Constituição de 17 de outubro de 1969, que deferiu mais um duro golpe à Imunidade Parlamentar e, conseqüentemente, à democracia e à liberdade de expressão. Estava previsto, pois, que deputados e senadores poderiam ser responsabilizados por crimes contra a Segurança Nacional. Porém, aqui, é evidente a preocupação do constituinte derivado de instituir a exceção, não as deixando ao crivo do julgador. Dessa maneira, retoma-se a discussão para os dias atuais, nos quais, embora não haja expressa previsão legal, vê-se o desejo o julgador de atropelar o texto constitucional, afastando-se do seu ofício de guardar e de zelar pela Constituição.

Por fim, chega-se à Constituição Cidadã, cujo instituto é protegido em suas vertentes material e formal. Salvo o caso de flagrante de crime inafiançável, deputados e senadores são invioláveis quanto a opiniões, palavras e votos desde a expedição do diploma, não podendo ser presos. Ainda, alude-se à EC 35/2001, que provoca alterações nas imunidades parlamentares, pois exclui-se a responsabilidade civil e penal dos congressistas. Logo, não há crime. Assim, não cabe falar em processo penal contra o parlamentar. Assim, fala-se em imunidade absoluta, permanente, resguardando plenamente o exercício da atividade legislativa, que demanda ferozmente liberdade de expressão.

Imunidade material: conceito e natureza jurídica

O instituto da imunidade parlamentar está resguardado na Constituição Federal de 1988 no artigo 53, *caput*, e possui o objetivo precípua de garantir o livre exercício do ofício dos membros do Poder Legislativo. Os seus fundamentos axiológicos estão interligados com a noção de autonomia e de independência funcional do Poder Legislativo, cuja atuação é imanente à democracia representativa.

Alexandre de Moraes a conceitua como uma garantia funcional, não a considerando

como um privilégio pessoal, protegendo a figura do parlamentar. O seu escopo, pois, é assegurar um livre exercício do mandato legislativo, prevenindo-o de ameaças que maculem o seu bom funcionamento. Nesse diapasão, ensina Alexandre de Moraes que:

Na independência harmônica que rege o princípio da Separação de Poderes, as imunidades parlamentares são instrumentos de vital importância, visto buscarem, prioritariamente, a proteção dos parlamentares, no exercício de suas funções, contra os abusos e pressões dos demais poderes, constituindo-se, pois, um direito instrumental de garantia de liberdade de opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo, bem como de sua proteção contra prisões arbitrárias e processos temerários. (MORAES, 2012, p. 456)

Ainda no tocante ao conceito, cabe a análise dos sujeitos das imunidades parlamentares. De acordo com SANTOS (2003, p.151), pode-se dividi-los em sujeitos ativos e em sujeitos passivos. Os ativos são a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. Os passivos, por sua vez, são as pessoas que se sentem lesadas ou ofendidas por palavras, votos ou opiniões dos parlamentares. Ressalta-se que os supostos ofendidos podem ser pessoas físicas ou jurídicas.

No que concerne à natureza jurídica do instituto, exala-se consistente divergência doutrinária. Rogério Sanches, professor de Direito Penal, escritor e membro do Ministério Público de São Paulo, assevera que:

A natureza jurídica da imunidade absoluta é questão controvertida. Pontes de Miranda, José Afonso da Silva e Nelson Hungria entendem ser causa excludente de crime; [...] Aníbal Bruno considera-a causa pessoal (funcional) de isenção de pena; José Frederico Marques, por sua vez, ensina tratar-se de causa de incapacidade pessoal penal por razões políticas. Por fim, para Luiz Flávio Gomes, seguido pelo STF, a imunidade parlamentar absoluta torna o fato atípico. (SANCHES, 2016, p. 130)

A priori, a questão, que apresenta, aparentemente, apenas relevo teórico, reflete diretamente na punibilidade do partícipe. Conforme leciona Sanches (2016, p. 130), vez que, como conduta acessória, será punível apenas quando o fato principal for típico e ilícito. Assim, entendendo que a imunidade exclui o fato típico ou a ilicitude, impunível seria a conduta do partícipe, conclusão repudiada para aqueles que lecionam tratar-se de causa extintiva de punibilidade. Consigne-se que o STF, através da edição da súmula 245, pontuou que a Imunidade Material não se estende ao corrêu sem esta prerrogativa.

A regulamentação jurídica da imunidade parlamentar material no direito pátrio: dilemas e controvérsias

Conforme preteritamente delineado, o constituinte reservou à Imunidade Parlamentar Material apenas um dispositivo constitucional. Pertinente, então, a transcrição deste: “Art. 53, CF. - Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. ”

Diante de tamanha escassez legislativa, recaiu sobre a doutrina e a jurisprudência o *mister* de fornecer ao instituto o seu devido contorno. Preleciona, com precisão, Gilmar Ferreira Mendes:

A imunidade não é concebida para gerar um privilégio ao indivíduo que por acaso esteja no desempenho de mandato popular; tem por escopo, sim, assegurar o livre desempenho do mandato e prevenir ameaças ao funcionamento normal do Legislativo [...] A imunidade material a que alude o *caput* do art. 53 da Carta expressa a inviolabilidade civil e penal dos deputados e senadores por suas opiniões, palavras e votos, neutralizando a responsabilidade do parlamentar nessas esferas. (MENDES, 2015, p. 927)

Depreende-se, assim, que as imunidades parlamentares constituem garantias institucionais do Congresso Nacional. Almejam, portanto, assegurar a amplitude do exercício das funções legislativas de seus membros, cuja finalidade precípua é a representação dos interesses do povo que os elegeram. Pertinente, então, nessa toada, o critério adotado pela doutrina, de modo a admitir a incidência da aludida prerrogativa somente às narrativas que apresentem relação com o cargo político ostentado pelo parlamentar. O instituto, portanto, jamais pode ser concebido como um escudo para a prática desarrazoada de quaisquer crimes que eventualmente possam ser praticados de forma verbal e que nada guardem vínculo com a função desempenhada, a exemplo da extorsão (art. 158, CP), da ameaça, (art. 157, CP), do assédio sexual (216 - A, CP), dentre outros.

A jurisprudência das cortes superiores, em especial a do Supremo Tribunal Federal, lida com a matéria de forma controversa. A título de ilustração, colaciona-se, a seguir, transcrição parcial de julgado pertinente acerca do tema em discussão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL. ENTREVISTA JORNALÍSTICA. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A MANIFESTAÇÃO E O EXERCÍCIO DO MANDATO. PRÁTICA PROPTER OFFICIUM. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE

REPARAÇÃO CIVIL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A imunidade parlamentar material, que confere inviolabilidade, na esfera civil e penal, a opiniões, palavras e votos manifestados pelo congressista (CF, art. 53, caput), *incide de forma absoluta quanto às declarações proferidas no recinto do Parlamento*. 2. *Os atos praticados em local distinto escapam à proteção absoluta da imunidade, que abarca apenas manifestações que guardem pertinência, por um nexo de causalidade, com o desempenho das funções do mandato parlamentar*. (RE 606451 AgR-segundo, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 23/03/2011, grifo nosso).

Da transcrição parcial do julgado acima, conclui-se que, conforme reiterado entendimento da Corte Maior, a Imunidade Parlamentar Material alberga, de forma absoluta, quaisquer declarações proferidas nas dependências físicas do parlamento. Todavia, no que se refere àquelas verbalizações proferidas em local distinto da casa legislativa, torna-se necessária a persecução ao vínculo com a função desempenhada pelo congressista, e, sendo aquele verificado, admitir-se-á a incidência do aludido instituto. Entretanto, tal entendimento enseja incontestes inadequações.

De imediato, se um Congressista, dentro das instalações do parlamento, assediasse sexualmente uma de suas assessoras, estaria tal fato automaticamente albergado pelo signo da Imunidade Parlamentar Material, apenas em virtude da consumação do alegado ter se procedido dentro das dependências físicas do parlamento?

Ademais, por que as declarações proferidas por um parlamentar, no interior das instalações do Congresso Nacional, atraem para si, de forma absoluta, a incidência da Imunidade, ao passo que as mesmas declarações, eventualmente proferidas por um parlamentar distinto, fora das dependências do Parlamento, devem, em tese, ser submetidas ao crivo do judiciário, para somente a partir de então admitir-se a incidência de tal benesse? Essa circunstância, por si só, pode ensejar tratamento jurídico distinto para duas situações absolutamente análogas, apenas em virtude de um questionável critério espacial.

Tais indagações anteriormente suscitadas levam à conclusão de que o critério espacial não se revela o mais adequado para tratar a matéria em debate. Primeiramente, conforme exhaustivamente exposto, a garantia da Imunidade Parlamentar Material é da instituição e a ela deve prestar vínculo. Não se trata, portanto, de um privilégio subjetivo de titularidade da pessoa que ocupa um cargo de representação. Logo, ao ofício da proporcionalidade, a incidência da garantia constitucional deve estar umbilicalmente

vinculada às ilações que guardem relação com o cargo ostentado pelo congressista.

Deste modo, conforme exposto, presumir, de forma absoluta, a relação do *proferido* no interior das dependências do congresso com o cargo desempenhado, e a partir de então, atrair a incidência do dispositivo constitucional a quaisquer ilações ali proferidas, pode ensejar a desvirtuação da finalidade do instituto. Abarcar-se-ia, de acordo com esse frágil critério, eventuais declarações que não guardariam nenhum vínculo com o *mister* exercido pelo representante. Há, portanto, patente risco de transformação desse instituto em um instrumento subjetivo perpetuador de eventuais abusos.

De igual maneira, um discurso A, por ter sido prolatado nas dependências físicas do parlamento, conforme entendimento do STF, automaticamente atrairia a incidência absoluta da imunidade material. O mesmo discurso A, agora por ter sido proferido fora das dependências físicas do parlamento, estaria submetido ao crivo judicial para verificação da existência ou não de vínculo entre o *proferido* e a função legislativa. Dessa aferição e análise meritória, há a possibilidade de o julgador não reconhecer a existência do supracitado vínculo, acarretando, portanto, em eventuais responsabilizações cíveis e criminais. Assim, manifesta é a insegurança jurídica exalada desta metodologia. Conforme já exposto, as mesmas declarações, apenas por terem sido proferidas em locais distintos, podem ensejar tratamentos jurídicos diversos.

Em trabalho de fôlego sobre o tema, o Promotor de Justiça do Ministério Público de Goiás, Eliseu Antônio da Silva Belo, corroborando com o entendimento anterior, leciona que:

Se as ofensas verbais assacadas nessas situações não são abrangidas pela imunidade parlamentar material, justamente por não terem a mínima relação com o exercício do respectivo mandato, será que constituiria uma razão suficiente para a incidência dessa imunidade, sob o ângulo do princípio da isonomia, a mera circunstância de essas mesmas ofensas serem externadas de dentro do recinto do Parlamento? Entendemos que não, por um singelo motivo: *o espaço físico em que instalado o Parlamento, por si só, não tem o condão de realizar o elo jurídico – que deve ser sempre averiguado pelo Poder Judiciário – entre essas ofensas e o exercício do mandato eletivo.* (BELO, 2014, grifo nosso)

Recorrendo – se, ainda, às preciosas lições de Alexandre de Moraes, no mesmo sentido, temos que:

Assim, haverá integral aplicabilidade dessa inviolabilidade, desde que as palavras, votos e opiniões decorram do desempenho das funções parlamentares, e *não necessariamente exige-se que sejam praticadas nas comissões ou no plenário do Congresso Nacional*. (MORAES, 2006, p. 1079, grifo nosso)

Ademais, a referida metodologia adotada pela Corte Suprema encontra pertinente resistência, por parte da doutrina pátria, no que cinge às verbalizações proferidas através de dispositivos de mídia digital. Um congressista, nas dependências físicas do parlamento, pode proferir quaisquer impropérios através de dispositivos conectados à internet e, automaticamente, estar absolutamente protegido pelo manto da imunidade? Decerto, tal desdobramento, corolário lógico do entendimento jurisprudencial aqui questionado, não se revela o mais adequado. Corroborando com este ponto de vista, Lênio Luiz Streck, com a irreverência e a crítica inerentes aos seus posicionamentos, pontua que:

E imunidade está restrita ao prédio do Parlamento? Hoje em dia, na era virtual, isso ainda faz diferença? ‘—Ah: falei isso, mas foi da tribuna’. Ah, bom. Paraphraseando um livro famoso, ‘precisamos falar sobre a imunidade’. Urgente. Sob pena de o STF escolher em cada caso um determinado tipo de delito que fique dentro ou fora da abrangência. (STRECK, 2016)

Debatendo a controvérsia, e patrocinando entendimento que coaduna com o defendido no presente trabalho, o professor Marcelo Novelino, de maneira mais técnica, assevera que:

Na hipótese de utilização de meios eletrônicos (Orkut, Facebook, Twitter, e-mails...) para divulgar mensagens ofensivas à honra de alguém, *deve haver vinculação com o exercício parlamentar para que seja afastada a responsabilidade, ainda que a mensagem tenha sido gerada dentro do gabinete*. Entendimento diverso daria margem ao exercício abusivo dessa prerrogativa que, como destacado, é da instituição e não do parlamentar. (NOVELINO, 2012, p. 810, grifo nosso).

Pelos fatos exaustivamente expostos, imperiosa é a conclusão que o entendimento adotado pelo STF, no sentido de atrair de forma absoluta e automática a incidência da imunidade a quaisquer declarações proferidas nas dependências físicas do parlamento, deve ser revisto. O critério espacial, além de não encontrar substratos fáticos ou jurídicos coerentes que o alicerce, pode acarretar em patente insegurança jurídica e em deturpação da finalidade precípua a qual a Imunidade Parlamentar é vocacionada: uma prerrogativa objetiva de proteção e de independência da instituição, e não um privilégio de ordem subjetiva do parlamentar.

O caso Bolsonaro versus Maria do Rosário: questionamentos atinentes a uma decisão contestável

Jair Messias Bolsonaro (PSC - RJ) e Maria do Rosário Nunes (PT - RS), protagonizam, diuturnamente, reiteradas discussões públicas. O primeiro, notadamente conhecido por suas polêmicas declarações de cerne conservador; a segunda, garantista, que sempre calcou sua posição política em defesa dos Direitos Humanos. As desavenças entre ambos remontam ao ano de 2003; à época, o país estava em choque pelo assassinato brutal do casal de jovens Liana Friedenbach e Felipe Caffé, orquestrado pelo menor conhecido por *champinha*.

Pouco após o crime, o deputado Jair Messias Bolsonaro, durante entrevista concedida à emissora televisiva RedeTV! no Congresso Nacional, defendeu o recrudescimento das penas aos menores em conflito com a lei. A deputada, então, aproximou-se e acusou o parlamentar de promover a violência, inclusive a sexual. *“O senhor promove sim!”*, bradava Maria do Rosário. *“Grava aí que eu sou estuprador! [...] Jamais estupraria você, porque você não merece!”*, retrucou, em defesa, Jair. Diante da ofensa, Maria ameaçou-lhe dar uma bofetada, caso investisse contra a sua integridade física. Passou, então, a receber empurrões do congressista, que retrucava *“dá que eu te dou outra!”*, antes de chamá-la de vagabunda e ser contido pelos seguranças do recinto.

À época, o fato não resultou em responsabilização a nenhuma das partes. Entretanto, em 2014, os parlamentares, novamente, protagonizaram outra polêmica. Durante discurso em plenário, a deputada federal Maria do Rosário Nunes (PT - RS) *criticou as manifestações ecoadas pelo país que defendiam o retorno ao Regime Militar*. Irritado com as declarações, Jair Messias Bolsonaro verbalizou: *“Não saia não, Maria do Rosário! Fique aí! Há poucos dias (referindo-se ao episódio de 2003, já relatado), você me chamou de estuprador no salão verde e eu falei que não estuprava você porque você não merece! Fique aí para ouvir!”* Em seguida, continuou: *“por que você não falou do sequestro, tortura, e execução do Prefeito Celso Daniel, do PT? Ninguém nunca falou nada sobre isso aqui, e estão preocupados com os Direitos Humanos! Vá catar coquinho! Mentirosa, deslavada e covarde!”*, completou, rudemente, o parlamentar. Em posterior entrevista ao jornal Zero Hora, concedida no interior

do seu gabinete, o parlamentar, referindo-se ao episódio, ratificou as afirmações, dizendo que *jamais estupraria a parlamentar, pois além de não merecer, era feia e não fazia o seu tipo.*”

Indignada com as afirmações, a parlamentar ajuizou a petição de nº 5243, no Supremo Tribunal Federal, denunciando Jair Bolsonaro pela prática de Calúnia (art. 138, CP) e de Injúria (art. 140, CP). Em ato contínuo, a Vice Procuradora Geral da República, Ela Wiecko de Carvalho, ofereceu denúncia em face do parlamentar (Inq. nº 3932), em decorrência do mesmo fato, por Incitação ao Crime, tipificado no art. 286, CP. A primeira turma do Supremo Tribunal Federal, diante do exposto, acolheu parcialmente os pedidos e tornou Jair Messias Bolsonaro (PSC – RJ) réu pela prática dos crimes de Injúria (art. 140, CP) e de Incitação de Crime (art. 286, CP).

O relator do caso, ministro Luiz Fux, invocou o suposto desprezo, causado pelas falas do Deputado com relação às vítimas de estupro. Do mesmo entendimento, coadunaram os ministros Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, que, oportunamente, invocaram os tratados de repressão à violência de gênero, dos quais o Brasil é signatário e que, por isso, deveriam conduzir os pronunciamentos do Poder Judiciário na análise de atos potencialmente violadores de direitos previstos na Carta Magna. Em voto vencido, o ministro Marco Aurélio, embora reconhecendo a relevância dos argumentos de igualdade de gênero, levantados pelos demais ministros, entendeu que o discurso proferido pelo então réu estaria permeado pelo caráter político e, portanto, tal circunstância atrairia o manto da Imunidade Parlamentar Material, que elide a responsabilidade civil e criminal do congressista por qualquer de suas opiniões, palavras e votos.

Entretanto, com a devida *venia*, o posicionamento adotado pelos ministros da 1ª turma do Supremo Tribunal Federal revela-se incompatível com o dispositivo constitucional que regulamenta a matéria e com o *próprio entendimento da corte*, já questionado anteriormente, que atrai a incidência da Imunidade Material de forma automática e absoluta às declarações proferidas nas dependências físicas do parlamento. Assim, um dos escopos do presente trabalho não é verificar se os dispositivos penais imputados ao agora réu Jair Bolsonaro são ou não acertados e se amoldam ao caso concreto. O objetivo, pelo contrário,

é justamente evidenciar a desnecessidade de realizar tal adequação típica, visto que os dizeres do parlamentar estão albergados pela Imunidade Parlamentar e, em decorrência disso, alheios a qualquer categorização de natureza penal.

A gravidade das declarações como requisito inidôneo para afastar a incidência da imunidade parlamentar material

As declarações proferidas pelo Deputado Federal Jair Bolsonaro, no sentido de que *não estupraria a Deputada Federal Maria do Rosário por considerá-la feia*, se consideradas em si, são dignas do mais incontestável repúdio. Semelhantemente, não são dignas do melhor apreço as ilações iniciais produzidas pela parlamentar, em associar Jair ao crime de Estupro (art. 213, CP).

O ministro Luiz Fux, relator, em seu voto, assevera que:

Portanto, cuidando-se de declarações firmadas em entrevista concedida a veículo de grande circulação, cujo conteúdo não se relaciona à garantia do exercício da função parlamentar, não incide a imunidade prevista no art. 53 da Constituição Federal. (BRASIL, 2016)

Com o devido respeito, a conclusão a que chegou o eminente relator é calcada em um silogismo frágil. Partindo da premissa de que o conteúdo não se relaciona à garantia do exercício do *mister* desempenhado pelo parlamentar, não haveria que se incidir a prerrogativa cristalizada no art. 53, *caput*, CF. Em uma tentativa forçada de desentranhar o jaez político do proferido por Bolsonaro, o ministro aduz que:

Para que as afirmações feitas pelo parlamentar possam ser relacionadas ao exercício do mandato, elas devem revelar teor minimamente político, referido a fatos que estejam sob debate público, sob investigação do Congresso Nacional (CPI) ou dos órgãos de persecução penal ou, ainda, sobre qualquer tema que seja de interesse de setores da sociedade, do eleitorado, organizações ou quaisquer grupos representados no parlamento ou com pretensão à representação democrática. (BRASIL, 2016)

Tentando estabelecer critérios objetivos para a matéria, o Douto Julgador propõe, como requisitos para relacionar as declarações ao exercício do mandato, fatos que estejam sob debate público, investigações ou qualquer tema que sejam de interesse de setores da sociedade. Todavia, conforme já exaustivamente exposto, a litigância entre os congressistas remonta ao ano de 2003, na qual *Maria do Rosário associou Jair Bolsonaro à violência sexual contra mulheres*. Em tese, uma conduta que se amolda ao art. 140, CP, que tipifica o

crime de calúnia, ao sancionar àquele que imputa a outrem fato criminoso. Em ato contínuo, a parlamentar *ameaçou bofetear* Jair Bolsonaro, caso este viesse a lhe causar algum temor. *A priori*, a conduta pela parlamentar amoldar-se-ia ao crime de ameaça, tipificado no art. 147, da codificação penal pátria.

Entretanto, a criminalização de tais condutas revela-se impertinente, visto que amplamente perpetradas em um contexto eminentemente político, o que atrai, por óbvio mandamento constitucional, a incidência da Imunidade Parlamentar Material. De mesmo modo, irrazoável é desvencilhar o teor político que permeia o discurso de Jair Bolsonaro, no plenário da Câmara dos Deputados em 2014, objeto da presente denúncia, a qual se tece críticas. O parlamentar, de modo inequívoco, remete-se ao episódio de 2003, e critica Maria do Rosário por não se ater a episódios controversos, como o assassinato do prefeito de Santo André - SP, Celso Daniel. A resposta de Jair, ainda que desproporcional, vil e desarrazoada é também motivada pela crítica às Forças Armadas, das quais é membro, feita por Maria do Rosário. Deste modo, apesar de abjetas, imperioso reconhecer que as declarações feitas por Bolsonaro, no que concernem ao seu conteúdo, guardam vínculo, ainda que longínquo, com o mister representativo que exerce.

Ademais, percebe-se que a argumentação maciça dos julgadores, no sentido de receber as denúncias contra o parlamentar, debruçou-se maciçamente sobre a gravidade *in concreto* dos dizeres. Nesse sentido, transcrição voto proferido pelo ministro Relator, Luiz Fux:

À sombra de uma sociedade que vive um “estado de coisas” inconstitucional, com a banalização desse mal maior contra a liberdade da mulher, discursos que relativizam a gravidade e a abjeção do crime sexual contribuem para agravar a vitimização secundária. (BRASIL, 2016)

Ainda, nessa toada, cita-se o trabalho do professor e magistrado Roger Raupp Rios no julgamento do HC 81.288, Rel. Min. Ellen Gracie, no qual se debatia a subsunção do delito estupro ao regime dos crimes hediondos. Fux, transcrevendo os dizeres daquele, assevera, em seu voto, que:

O papel do direito na construção social das diversas e variadas subjetividades e “a necessidade dos operadores jurídicos considerarem a realidade das relações de gênero nos mais diversos âmbitos em que estas se apresentam ao Poder Judiciário e a prática jurídica”, de modo a que se consolide “um outro olhar diante da discrimi-

nação e da violência que caracterizam as relações de gênero” (RIOS, Roger Raupp. “Por uma perspectiva feminista no debate jurídico: anotações a partir do julgamento do habeas corpus 81.228-1 – SC pelo Supremo Tribunal Federal, grifo nosso).

Em ato contínuo, o ministro explicita dados alarmantes, que resultam por situar o Brasil em um patamar elevado no que importa à violência de gênero. Assim, o desprezo demonstrado pelo bem jurídico protegido (dignidade sexual) reforçaria e incentivaria a perpetuação dos traços de uma cultura que subjuga o feminino.

Percebe-se que o eminente relator, seduzido pelos discursos de igualdade de gênero, pouco se ateu ao liame político existente nos dizeres de Bolsonaro. A argumentação delineada pelo ministro, certamente, expõe premissas de grande valia para o combate da endêmica violência de gênero que assola a coletividade. Entretanto, por mais abjetas, torpes e repugnantes as declarações feitas pelo parlamentar, não é pertinente desvinculá-las da atividade que exerce. À exceção do Ministro Marco Aurélio, os demais julgadores debruçaram-se precipuamente a analisar gravidade in concreto das acusações, reservando-se apenas a mencionar que não estão vinculadas ao exercício do mandato e, a partir de tal premissa, concluíram por elidir a incidência da imunidade parlamentar material prevista na nossa bíblia política. Um silogismo frágil, perigoso e danoso ao Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, imperioso concluir que argumentação delineada pelos ministros que votaram pela instauração da Ação Penal esvazia-se ao ser conflitada com o art. 53, caput, da Carta Magna. Nesse sentido, preciosas são as lições de Pontes de Miranda, citado por Alexandre de Moraes, ao analisar o art. 44, *caput*, da CF/46, com redação idêntica ao art. 53, caput, da CF/88:

Não se admite o processo porque não há crime; nem cabe a responsabilidade por perdas e danos, porque a irresponsabilidade do art. 44 é geral, é direito constitucional material e, pois, compreensiva da irresponsabilidade penal e da irresponsabilidade civil. (MORAES, 2006, p. 1078).

O decisionismo exalado pelo posicionamento adotado pela 1ª turma do Supremo Tribunal Federal, no presente caso, revela-se ainda mais evidente no voto da ministra Rosa Weber:

Lembro que a Ministra Cármen Lúcia, em um voto brilhante, destacou, com muita propriedade, que imunidade não significa impunidade. Então temos, sim, que veri-

ficar *quais os valores protegidos e quais os valores ofendidos* ao exame da própria imunidade, instituto de tamanho relevo na democracia. (BRASIL, 2016, grifo nosso)

Exposto, dessa maneira, está o caráter valorativo e decisionista do posicionamento adotado. Atribuiu-se, nesse diapasão, um valor elevado à dignidade feminina, a ponto de fulminar uma garantia constitucional expressa a qual o parlamentar faz *jus*. O ordenamento jurídico pátrio dispõe de outros mecanismos para tutelar a liberdade e igualdade de gênero, tornando, desta forma, prescindível uma postura ativista e messiânica do Poder Judiciário, que pulveriza uma prerrogativa parlamentar institucional expressa em incontroverso vernáculo no arcabouço normativo constitucional.

O decisionismo e o desrespeito ao próprio precedente: a imunidade parlamentar material e a sua dimensão espacial

Conforme já exposto, é entendimento pacífico e consolidado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que as declarações proferidas nas dependências físicas do parlamento atraem, de forma automática e absoluta, o manto da Imunidade Material. Entretanto, apesar das pertinentes críticas feitas à essa metodologia, esperava-se, ao ofício da coerência, que tal entendimento fosse aplicado no caso Bolsonaro, pelo fato de que as polêmicas a qual se envolve com a deputada Maria do Rosário, em sua maioria, desenvolvem-se nas dependências do Congresso.

Nesse sentido, imprescindível ressaltar que as discussões protagonizadas pelos parlamentares desenvolveram-se, maciçamente, nas dependências do congresso: as desavenças de 2003, o discurso no plenário em 2014 e a posterior entrevista concedida ao jornal *Zero Hora*. Evidente, entretanto, é a intenção forçada dos julgadores em desvencilhar, a qualquer custo, o *proferido* por Jair da incidência da Imunidade Material, violando, diametralmente, entendimento consolidado da corte. O relator, em seu voto, assevera que:

Deveras, não obstante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tenha entendimento no sentido da impossibilidade de responsabilização do parlamentar quando as palavras tenham sido proferidas no recinto da Câmara dos Deputados, in casu as declarações foram proferidas em entrevista a veículo de imprensa, não incidindo, assim, a imunidade. (BRASIL, 2016)

Percebe-se evidente incoerência no posicionamento transcrito. Conforme já exposto e criticado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal atrai, de forma automática e

absoluta, a incidência da Imunidade Material às declarações prolatadas nas dependências da Casa. É um critério, portanto, vinculado exclusivamente ao espaço físico. Não há, ao contrário do que deixou transparecer o ministro, um critério baseado no *modo* em que foram feitas as verbalizações: seja em votos, em depoimentos, em Comissões Parlamentares de Inquérito, em discursos no plenário ou em entrevistas. Assim, ainda que os dizeres ofensivos tenham sido repetidos em entrevista, esta se concretizou no gabinete do deputado e, segundo o entendimento jurisprudencial da Corte, automaticamente estaria atraída a incidência da Imunidade.

Ademais, além de a entrevista ter sido concedida dentro do gabinete do parlamentar, o conteúdo desta apenas reproduziu o já *proferido em plenário*. Nesse sentido, Jair, após ser indagado, repetiu, nos exatos termos, aquilo que já fora dito. Ou seja, para a 1ª turma da Suprema Corte, o fato de repetir, em entrevista concedida a um Jornal, as declarações *proferidas em tribuna*, após sobre elas ser indagado, por si só, teria o condão de desvencilhá-las da função representativa que exerce. Um entendimento que atenta contra a literalidade constitucional, contra a própria jurisprudência da corte e demonstra questionável proativismo dos julgadores.

Novamente, em uma tentativa forçada de não enquadrar o caso à jurisprudência da corte, Luiz Fux afirma que:

(ii) o fato de o parlamentar estar em seu gabinete no momento em que concedeu a entrevista é fato *meramente accidental*, já que não foi ali que se tornaram públicas as ofensas, mas sim através da imprensa e da internet; (BRASIL, 2016, grifo nosso)

Em síntese, o eminente Relator, sob fundamento desconhecido, considerou o *espaço físico*, que era adotado como critério consistente pela Corte, apenas como um *elemento accidental*. Em seguida, encerra o posicionamento concluindo que, apesar das declarações terem sido proferidas no gabinete, a publicização destas consumou-se pela imprensa e pela internet. Mas, conforme exaustivamente exposto, o critério adotado pela jurisprudência para atrair, de forma absoluta e automática o véu da Imunidade, é o local onde são *proferidas as declarações*, e não o *modo* em que se consumaram ou a *maneira como se tornaram de conhecimento público*. Um decisionismo que guarda consigo evidentes contradições nefastas ao Direito.

Ademais, com a devida vênia, não é digno de prosperidade o argumento que justifica a não incidência da imunidade pelo fato de as declarações terem se tornado públicas pela imprensa e pela internet. Por óbvio, a não ser que cada brasileiro disponha de um equipamento de *streaming* para acompanhar as discussões no Congresso Nacional em tempo real, toda e quaisquer declarações proferidas naquele recinto, seja em plenário ou em entrevistas, só serão de conhecimento público após divulgadas em veículos de imprensa. Assim sendo, o argumento invocado pelo douto julgador inviabilizaria a incidência da Imunidade Parlamentar no Caso Bolsonaro e em qualquer outro pronunciamento ali consumado.

A inadequação do posicionamento da 1ª turma do STF frente ao código de processo penal: a justa causa como requisito da ação penal

Importante, *a priori*, ressaltar que a decisão da 1ª turma STF, aqui questionada, não impõe a Jair Bolsonaro uma sanção de natureza penal. O acórdão prolatado traduz apenas o ato de recebimento de uma denúncia. De antemão, imperioso ressaltar que, no presente momento, o congressista ostenta apenas a qualidade de réu, o que implica a conclusão de que, além de atualmente estar configurada sua inocência até que se prove o contrário, há a possibilidade de os julgadores, no fim do curso do processo, reconhecerem, corretamente, a incidência da imunidade parlamentar e, assim, inocentar o Deputado das acusações que lhe são imputadas.

Entretanto, apesar de ser possível tal desfecho, a circunstância não isenta de críticas a primeira turma do STF. Conforme já discutido, a Imunidade Parlamentar Material, a depender da corrente doutrinária adotada, apresenta natureza jurídica de exclusão da tipicidade, da ilicitude ou da culpabilidade. O ordenamento brasileiro adotou a teoria tripartite de crime, proposta por Nelson Hungria, na qual configura-se crime, no seu sentido material, uma conduta cumulativamente típica, ilícita e culpável. Independentemente da corrente adotada, a Imunidade Material tem o condão de tornar o fato atípico, alheio aos interesses do Direito Penal.

Nesse aspecto, cumpre salientar que a atipicidade do fato, além de impedir uma condenação, também impede o decurso da ação penal. O Código de Processo Penal pátrio

assim dispõe:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - *faltar justa causa* para o exercício da ação penal.

A *justa causa*, que constitui condição da ação penal, é prevista de forma expressa no Código de Processo Penal e consubstancia-se no lastro probatório mínimo e firme, indicativo da autoria e da materialidade da infração penal. Em outro dizeres, havendo suspeita fundada de crime, e existindo elementos idôneos de informação que autorizem a investigação penal do episódio delituoso, torna-se legítima a instauração do processo penal.

Nesse sentido, leciona, em uma de suas obras, o professor e membro do Ministério Público de São Paulo, Norberto Avena:

Não há *justa causa* para a Ação Penal quando não justificável, no caso concreto, o desencadeamento do processo criminal. [...]. Logo, havendo a imputação de fato atípico, não há interesse de agir e, via de consequência, inexistente *justa causa* para a ação penal. (AVENA, 2017, p. 208)

Evidenciando preocupação com as lamúrias e as estigmatizações que a simples instauração do processo penal confere ao acusado, o legislador tratou, com o art. 395, III, do CPP, de evitar o desencadeamento de ações penais levianas e sem amparo legal. No que tange ao reconhecimento da Imunidade Material como excludente da tipicidade e, por conseguinte, excludente de *justa causa*, já decidiu o STF, tratando da mesma matéria:

O processamento da queixa crime encontra óbice no inciso III do art. 395 do Código de Processo Penal. *Não há justa causa para o exercício da ação penal se o fato increpado ao acusado (detentor do foro por prerrogativa de função) está estreitamente ligado ao exercício do mandato parlamentar*, sabido que os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. Torna-se imperioso, portanto, o reconhecimento da manifesta ausência de tipicidade da conduta descrita na inicial acusatória. (BRASIL, 2009, grifo nosso)

Dessa forma, o entendimento adotado pela primeira turma do STF, in casu, ao receber a denúncia acerca de um fato manifestamente atípico, viola diametralmente o disposto no art. 395, III, e submete, de forma precipitada, o congressista às mazelas e aos constrangimentos inerentes a qualquer processo de natureza penal.

O decisionismo e a segurança jurídica: caso Bolsonaro e Maria do Rosário versus Jandira Feghali e Aécio Neves

A decisão da 1ª turma da Corte torna-se ainda mais contestável ao ser contrastada com a decisão monocrática proferida pelo ministro Celso de Mello, em dissídio envolvendo a Deputada Federal Jandira Feghali (PCdoB) e o Senador da República Aécio Neves (PSDB - MG).

A Superintendência da Polícia Federal do Espírito Santo apreendeu, no interior do Estado, em 24.11.2013, 450 kg de pasta-base de cocaína, no interior de um helicóptero de propriedade da família do Senador da República Zezé Perrella (PTB - MG). À época, o parlamentar era membro do PSDB e nutria estreitas relações com o também Senador da República, Aécio Neves. Diante disso, a Deputada Federal Jandira Feghali (PCdoB) postou, em seu Twitter, uma mensagem que associava o Senador ao tráfico de entorpecentes.

Indignado, o Senador ajuizou a petição nº 5875, acusando a parlamentar de cometer crime contra a honra. Em decisão monocrática, o Decano Celso de Mello entendeu que tais declarações estariam abarcadas pelo signo da Imunidade Parlamentar Material e, portanto, isentas de responsabilização criminal. *In verbis*, trecho da decisão:

Com efeito, a cláusula da inviolabilidade parlamentar qualifica-se como causa de exclusão constitucional da tipicidade penal da conduta do congressista em tema de delitos contra a honra, afastando, por isso mesmo, a própria natureza delituosa do comportamento em que tenha incidido. Como se sabe, a norma inscrita no art. 53, “caput”, da Constituição da República, na redação dada pela EC nº 35/2001, exclui, na hipótese nela referida, a própria natureza delituosa do fato que, de outro modo, tratando-se do cidadão comum, qualificar-se-ia como crime contra a honra [...] (BRASIL, 2016)

Analisando, de forma cautelosa, o teor da decisão, percebe-se que o nobre julgador, ao contrário dos ministros da 1ª turma no caso Bolsonaro *versus* Maria do Rosário, não se ateve, em nenhum instante, à gravidade do fato em associar alguém ao tráfico de entorpecentes.

Segundo Yuri Fedotov, diretor executivo do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes, quase 200 mil pessoas morrem anualmente em virtude do consumo de narcóticos ilegais. No Brasil, a realidade é endêmica: jovens, de forma cada vez mais precoce, são recrutados ao tráfico e a este sucumbem.

O tráfico de drogas, por expressa disposição constitucional, recebe tratamento gravoso pela legislação penal pátria. Tratado como hediondo, impõe ao criminoso penas severas e reduzidas garantias processuais. Entretanto, tais premissas, em nenhum instante, foram invocadas pelo julgador para elidir o instituto da Imunidade Parlamentar Material e para responsabilizar Jandira. Diante de tal dissonância, emerge-se o seguinte questionamento: por que a ofensa à dignidade das mulheres ostenta gravidade suficiente para elidir a incidência da imunidade parlamentar material, enquanto a insinuação de envolvimento de um Senador da República com o tráfico de entorpecentes não possui o condão de fazê-lo?

Percebe-se, nesse sentido, que duas situações semelhantes receberam tratamentos jurídicos distintos, dados pelo mesmo órgão jurisdicional. Um panorama, pois, que prejudica a integridade do Direito e a Segurança Jurídica. Sobre esta, leciona Marinoni, um dos maiores processualistas do Direito Brasileiro:

Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disso, há que se garantir-lhe previsibilidade em relação às consequências das suas ações. O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que as suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas. Note-se, contudo, que a previsibilidade das consequências oriundas da prática de conduta ou ato pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna esses elementos indissociavelmente ligados. (MARINONI, 2012, p. 565)

A discussão acima torneada revela que uma postura proativa do Judiciário, a exemplo da adotada no Caso Bolsonaro, é extremamente nociva. O intérprete, na contemporaneidade, não pode se imbuir em uma postura messiânica e utilizar a decisão judicial como instrumento de realização de justiça social, à revelia dos ditames da separação dos poderes e da segurança jurídica, valores caros e de grande valia a um Estado Democrático de Direito.

Como principal expoente da corrente que critica esta postura do judiciário, o jurista Lênio Streck destaca-se com os seus posicionamentos permeados de ironia, de acidez e de consistência jurídica. Foi membro do Ministério Público do Rio Grande do Sul e atualmente é Advogado, escrevendo periodicamente em sua coluna, Senso Incomum, no portal CONJUR - Consultor Jurídico. É crítico assíduo do decisionismo judicial e da

postura proativa do Judiciário, por vezes à revelia da disposição legal expressa. Postura esta infelizmente verificada na decisão da 1ª turma do STF, aqui questionada, que resultou no recebimento da denúncia contra Jair Bolsonaro. Em um de seus artigos, Lênio expressa, de forma clara, a marca registrada de seus ensinamentos:

Peço desculpas por insistir nesse assunto ‘ativismo-decisionismo-falta-de-democracia’. Tenho sido um chato. Mas, o que fazer? Alguém tem que dizer essas coisas. Dizer que o rei está nu. Dizer, mais uma vez, que decisão não é escolha subjetiva. Bater pé e dizer que não é! Decisão é um ato de responsabilidade política. Meus direitos não podem depender de escolhas subjetivas, pessoais, voluntaristas, políticas.... Por melhor que seja o juiz. Por mais bondoso que seja. Mas, bondoso para quem? (STRECK, 2014)

No mesmo sentido, oportuno mencionar a preocupação do jurista com a falta de legitimidade dos magistrados e com o perigo da inércia perante tais abusos:

Mas ele não substitui o governo ou o parlamento. Deixemos que a malta vote. Se vota mal, pelo menos pode-se substituir o incompetente de quatro em quatro anos (no caso do senador, de oito em oito). Mas não esqueçamos que um juiz ativista, além disso, é vitalício [...] É impossível substituir juízes (e promotores) pelo voto. Peço que compreendam bem essa observação que faço — e a faço de forma absolutamente lhana e respeitosa. Pensando na democracia. (STRECK, 2014)

As observações feitas por Streck gozam de pertinência e se amoldam às críticas aqui delineadas. Um magistrado, no seu *mister*, não pode ultrapassar as competências que lhe são conferidas por lei. Conforme alerta Lênio, um julgador, além de não possuir legitimidade para conferir um teor político às suas decisões, está alheio a qualquer processo eleitoral.

Nesse diapasão, discorrendo, ainda, sobre o tratamento jurídico divergente entre o caso Bolsonaro-Maria do Rosário e Jandira Feghali-Aécio Neves, Streck, oportunamente, assevera que:

Veja-se que dias antes, Jandira Feghali (PCdoB) manteve sua imunidade sem máculas, quando associou Aécio Neves ao consumo de cocaína. O senador Fernando Collor (PTC) chamou o procurador-geral da República de f.d.p. Então? Ah, dirá o Líder da Minoria no Congresso, mas esse caso do Bolsonaro é (mais) grave. OK. É grave. *Mas a apreciação é moral? É política? Discutimos a imunidade pela apreciação moral do que foi dito? Como sabem, decisões devem ser por princípio e não por política ou moral.* (STRECK, 2016, grifo nosso)

Novamente, faz-se oportuno salientar que as declarações de Jair Bolsonaro estão revestidas da mais absoluta torpeza. Todavia, a gravidade de tais declarações não é instrumento idôneo, por expresse mandamento constitucional, para elidir a incidência

da Imunidade Parlamentar Material. Se o constituinte reformador reservou à Imunidade o condão de impedir a responsabilização civil e criminal do congressista por *quaisquer* opiniões, palavras ou votos, é defeso ao poder Judiciário, imbuído por uma postura Cesarista, contornar a sua própria lei, a doutrina pátria e a sua própria jurisprudência, para responsabilizar um parlamentar, sob o pretexto de *combater a violência de gênero*.

Ademais, ao ofício do enriquecimento do debate, imprescindível mencionar a redação do art. 55, §1, da nossa Bíblia Política:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

[...]

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

Não é escopo do presente trabalho analisar, no presente caso, eventuais responsabilizações que o congressista poderia ser submetido, perante a Casa Legislativa que pertence. Entretanto, o referido dispositivo é de imprescindível relevo para o debate em questão, visto que expressa, de forma clara e inequívoca, a preocupação e a intenção do constituinte em atribuir à própria Casa Legislativa a competência para averiguar e para tolher eventuais abusos.

No caso em debate, a Corregedoria da Câmara dos Deputados, após sindicância, não verificou *quaisquer* indícios de ilicitude na conduta perpetrada por Jair. As ofensas, nesse sentido, foram interpretadas como *mera discussão com opiniões divergentes*.

Não há, nesse aspecto, margem para desqualificar a competência da Corregedoria da Câmara para apreciar a matéria. Quis o constituinte que os abusos das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso fossem aferíveis pelos seus pares. No caso em concreto, não houve, conforme entendimento da Corregedoria, nenhum abuso cometido pelo parlamentar e, em obediência à Constituição, tal conclusão deve ser respeitada.

No entendimento aqui criticado, o Supremo Tribunal Federal valeu-se de uma postura ativa, atuando como um legítimo combatente à violência de gênero, à revelia do que sustenta a sua própria jurisprudência, a doutrina e a própria Constituição. O combate a quaisquer tipos de opressão é válido e legítimo, desde que seja feito nos moldes adequados.

Recorrendo-se ao famoso clichê, *os fins jamais podem justificar os meios*. A decisão judicial não pode ser interpretada como um cheque em branco nas mãos do julgador, que o preencherá com o preço que lhe aprouver.

Imunidade, decisionismo e considerações finais

Diante do panorama exaustivamente delineado, conclui-se que a 1ª turma do STF, incontestavelmente seduzida pelo discurso de inibição à violência de gênero, decidiu por não incidir o instituto da Imunidade Parlamentar Material às ilações proferidas por Jair Bolsonaro. Entretanto, com base nas doutrinas de Alexandre de Moraes e de Pontes de Miranda, a Imunidade Parlamentar Material não pressupõe como requisito para sua incidência o grau de gravidade das acusações, o local em que são proferidas, o modo como se consuma ou o momento em que se tornam públicas. Ademais, ao atribuir maior relevo à dignidade da mulher a ponto de desconsiderar toda uma desavença política subjacente entre os envolvidos e de afastar a incidência da proteção constitucional ao parlamentar, os nobres julgadores deixam transparecer o caráter político e moral da decisão. Uma postura, nas lições de Streck, nociva ao Estado Democrático de Direito.

É preciso, portanto, dar ao instituto da imunidade parlamentar material o devido contorno para adequá-lo à finalidade a qual se destina. A gravidade do conteúdo da ilação, nessa toada, não pode ser considerada requisito inidôneo para afastar a incidência da imunidade parlamentar material, sob pena de violar diametralmente o vernáculo constitucional. Requisito igualmente inidôneo é utilizar como critério de verificação do teor político das ilações o local em que foram proferidas. Em tempos de era digital, não merece prosperidade tal critério. Por fim, a interpretação do instituto não deve ser restritiva, sob pena de esvaziá-lo e de enfraquecer a atividade legislativa. A Imunidade Parlamentar Material deve ser interpretada de acordo com o que o constituinte a delimitou, e não como o Supremo Tribunal Federal quer que ela seja.

Referências

AVENA, Norberto. Processo Penal. 9. ed. São Paulo: MÉTODO. 2017.

BELO, Eliseu Antônio da Silva. Críticas ao caráter absoluto da imunidade parlamentar material brasileira. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4015, 29 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29608>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Emenda Constitucional n. 35 de 20 de dezembro de 2001. Dá nova redação ao art. 53 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc35.htm> Acesso em: 15 de jun. de 2017.

_____. Emenda Constitucional n. 11. De 13 de outubro de 1978. Altera os dispositivos da Constituição Federal de 1967. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em: 28 de jun. 2017.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em: 28 de jun. 2017.

_____. Emenda Constitucional n. 9. de julho de 1964. Altera os artigos 38, 39, 41, 45, 81, 82, 83, 95, 132, 138 e 203 e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>> Acesso em: 28 de jun. 2017.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 28 de jun. 2017.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br.>>. Acesso em: 28 de jun. 2017.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 28 de jun. 2017

_____. Constituição do Império do Brasil de 1824. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 28 de jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2674. Relator: Min. Carlos Britto.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 5.243. Requerente: Maria do Rosário Nunes. Requerido: Jair Messias Bolsonaro. Relator: Min. Luiz Fux.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 5.875. Requerente: Aécio Neves da Cunha. Requerida: Jandira Feghali. Relator: Min. Celso de Mello.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 606.451. Agravante: Luiz Estevão de Oliveira Neto. Agravado: João Domingo Fassarella. Relator: Ministro Luiz Fux. Segundo Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 606.451. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622052>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. Direito constitucional. 13 ed. Belo Horizonte, DEL REY, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERREIRA, Eduardo O. Imunidade Parlamentar. Visão Jurídica. Nº40, Ed. Escala. São Paulo-SP, 2010, pg.80-83 ISSN: 1809-7170

FRANÇA. Constituição Federal Francesa de 1791. Disponível em: <http://www.dh-cii.eu/0_content/investigao/files_CRDTLA/outros_documentos/1.a_constituicao_da_revolucao_francesa-1791.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: A força dos precedentes. Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 565.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo, Saraiva, 2015

MORAES, Alexandre, Direito Constitucional, 28ª edição, São Paulo. Ed. Atlas S.A. 2012, p. 456

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo, ATLAS, 2006.

NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 7ª ed. São Paulo, GEN, 2012

SANTOS, Miguel Angelo Ciavareli Nogueira. Imunidades jurídicas: penais processuais/diplomáticas / parlamentares. São Paulo: J. Oliveira, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. “Porte de arma de traficante” e caso Bolsonaro: o que têm em comum? Consultor Jurídico, [porto Alegre], p.1-1, 23 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-23/senso-incomum-porte-arma-trafficante-bolsonaro-comum>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

_____. Justiça entre exegetismo e decisionismo: o que fazer? Consultor Jurídico, [porto Alegre], p.1-1, 27 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-27/senso-incomum-justica-entre-exegetismo-decisionismo>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

Sobre o Autor

Matheus Ravi Rodrigues da Silva

Possui especialização em Direito Público pela Faculdade Legale. Graduado em direito pela Universidade Federal do Piauí (2019). Atualmente é Assessor de Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Aprovado nos concursos para Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Pará e Analista Ministerial do Ministério Público do Estado do Pará.

Índice Remissivo

A

análise 11, 12, 16, 17, 28, 29, 32, 35, 38

C

controvérsias 33

criminais 35

D

decisionismo 41, 42, 43, 46, 47, 48, 50, 52

democracia 31, 42, 48

dilemas 33

direito 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 32, 33, 40, 41, 51, 52

direito fundamental 9, 14, 15, 18, 21, 22

direitos 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 23, 25, 26, 27, 28, 38, 48

F

fundamentais 2, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 21, 23, 25, 26, 27, 28

G

gênero 15, 16, 38, 40, 41, 42, 49, 50

GesundBeter 11, 12, 17, 19, 25, 26, 27

I

ilícito 20, 32

imunidade 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 39, 41, 42, 44, 47, 48, 50, 51

imunidade parlamentar 29, 31, 32, 33, 34, 35, 39, 41, 42, 44, 47, 50, 51

instrumento 35, 47, 48

J

judiciário 34, 47

jurídica 12, 19, 20, 26, 31, 32, 33, 35, 36, 40, 44, 46, 47, 52

jurídico 10, 11, 14, 15, 20, 22, 23, 24, 25, 28, 34, 35, 41, 42, 48

jurisprudência 33, 42, 43, 49

K

kelseniano 19, 21, 27

L

legislativa 31, 33, 34, 35, 50

liberdade 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 40, 42

M

moral 30, 48, 50

N

normativismo 19

normativo 11, 14, 23, 27, 42

O

ordenamento 10, 24, 25, 27, 28, 42, 44

P

parlamento 34, 35, 36, 38, 39, 42, 48

ponderação 9, 11, 12, 13, 14, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28

positivismo 19

princípios 11, 12, 13, 15, 23, 24, 25, 26, 27, 28

procedimentos jurídicos 10

S

STF 32, 35, 36, 44, 45, 48, 50

V

violência 37, 38, 39, 41, 49, 50





AYA EDITORA
2023