

ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI



ISSN
2317-918X

V. 10, N. 2
JUL/DEZ2023

QUALIS
B2

©PPGD/UFPI

Uma publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI. Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução parcial ou total, sem consentimento expresso dos editores. As opiniões emitidas nos artigos assinados são de total responsabilidade de seus autores.

Artigos para possível publicação devem ser encaminhados exclusivamente pelo portal de periódicos da UFPI (<https://revistas.ufpi.br/>), com o prévio cadastramento do autor.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí / Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI, v. 1, n. 1 (jul./dez. 2011)

Teresina: Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI, 2011-
Semestral

ISSN: 2317-918X (versão digital)

1. Direito – periódicos. I. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI.

sobre a revista

A Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí, em circulação desde 2011, é o periódico acadêmico eletrônico semestral do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI, cujo objetivo é fomentar e difundir o intercâmbio de conhecimentos das áreas jurídica e afins.

Acesso eletrônico livre pelo portal <https://revistas.ufpi.br/>. Avaliado no estrato B2 pela Qualis / CAPES (2017).

Solicita-se permuta.
Pídese canje.
On demande l'échange.
Si richiede lo scambio.
We ask for exchange.
Wir bitten um austausch.

ARQUIVO JURÍDICO
Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal
do Piauí
Periódico acadêmico oficial do Programa de Pós-
Graduação em Direito da UFPI
ISSN digital 2236-1766
<https://revistas.ufpi.br/>

equipe editorial

Dr. Cleber de Deus Pereira da Silva

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

Editor-chefe

Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

Dr. Sebastião Patrício Mendes da Costa

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

equipe editorial assistente

Jairo Victor Candeira Braga

Mestrando em Direito do PPGD/UFPI

Maria Cláudia Almendra Freitas Veloso

Mestranda em Direito do PPGD/UFPI

Samille Lima Alves

Mestranda em Direito do PPGD/UFPI

conselho editorial

Dra. Alessandra Mizuta de Brito

Universidade Luterana do Brasil, Canoas, Rio Grande do Sul, Brasil

Dr. Alexandre Araújo Costa

Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

Dr. Alexandre Bernardino Costa

Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

Dr. Álvaro Filipe Oxley Rocha

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Dr. Carlos Alberto Molinaro

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Dra. Catarina Santos Botelho

Universidade Católica Portuguesa, Porto, Portugal

Dra. Caterine Gonçalves Acioli

Centro Universitário Cesmac, Maceió, Alagoas, Brasil

Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Dr. Jorge Trindade

Universidade Luterana do Brasil, Canoas, Rio Grande do Sul, Brasil

Dra. Márcia Cristina de Souza Alvim

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil

Dr. Menelick de Carvalho Netto

Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil



SUMÁRIO

<i>PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA</i>	<i>11</i>
<i>Flávia Medeiros de Paiva Medeiros de Oliveira Maria Cristina Paiva Santiago</i>	
<i>PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO: A INFLUÊNCIA DAS PATOLOGIAS CLIENTELISTAS NO DESENVOLVIMENTO DAS PRÁTICAS POLÍTICAS ATUAIS E O AFASTAMENTO DOS CIDADÃOS DESSE CENÁRIO</i>	<i>31</i>
<i>Rogério Gesta Leal Vanessa Thomas Becker</i>	
<i>O FENÔMENO DA PESCARIA PROBATÓRIA E OS MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICOS NAS OPERAÇÕES DE COMBATE À CORRUPÇÃO: DA TUTELA (IN)EFETIVA DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS À INTIMIDADE E AO SIGILO PROFISSIONAL DO CONTADOR</i>	<i>47</i>
<i>Diego Chagas de Souza João Vitor Sangiacomo Meira Lima</i>	
<i>JUIZ DAS GARANTIAS: INSTRUMENTO JURÍDICO PARA GARANTIR O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE</i>	<i>63</i>
<i>Felipe Augusto Rodrigues Ambrosio Arthur Shigueo Inoue</i>	
<i>ASPECTOS FORMAIS E MATERIAIS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO BOLIVIANA</i>	<i>81</i>
<i>Clovis Gorczewski Luís Guilherme Nascimento de Araujo</i>	
<i>FEDERALISMO X CONSEQUENCIALISMO: O QUE LEVOU A DECISÃO DO RELATOR NA ADI Nº 6341/DF?</i>	<i>93</i>
<i>Glênio Borges Quintana Ricardo Hernany</i>	
<i>SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL</i>	<i>109</i>
<i>Elayne Kallyne Braga da Silva Sobral Nelson Juliano Cardoso Matos</i>	

*A CONDIÇÃO ANTROPOLÓGICA DO HOMEM NA
COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: AS
FACULDADES HUMANAS NA PONDERAÇÃO DOS
DIREITOS EM ROBERT ALEXY*

121

*Lília de Sousa Nogueira Andrade
Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé
Cleber de Deus Pereira da Silva*

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Flávia Medeiros de Paiva Medeiros de Oliveira

Doutora em Direito pela Universidade de Valência-Espanha. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora do Mestrado em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPE). Professora da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Maria Cristina Paiva Santiago

Doutora em Direito Civil pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Mestre em Direito do Consumidor pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Direito Processual Civil, pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Professora do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Professora da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Resumo: A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência trouxe profundas modificações para os Estados integrantes do sistema das Nações Unidas, sendo de suma importância para reafirmação e avanço das medidas de políticas públicas e normativas de afirmação da igualdade, dignidade da pessoa humana e autonomia das pessoas com deficiência. Deste modo, qualquer medida editada pelas funções estatais, seja proveniente do judiciário, legislativo ou executivo, tanto no âmbito de alterações legislativas quanto de políticas públicas que busquem reafirmar o modelo tutelar estabelecido anteriormente, estão em frontal contrariedade ao disposto no sistema convencional de direitos humanos. Para tanto, trabalho com abordagem de natureza qualitativa, de caráter bibliográfica e exploratória, com base em textos de revistas científicas e Websites. O problema desta pesquisa, portanto, é propositivo e investiga a possibilidade de utilização da cláusula constitucional de proibição de retrocesso como critério interpretativo das ações estatais no âmbito judiciário, legislativo e executivo que visem alterar o texto normativo ou a interpretação da norma em claro retrocesso das posições jurídicas já conquistadas.

Palavras-chave: Políticas Públicas; Estatuto; Direitos das pessoas com deficiência.

Submetido em 12 de julho de 2022. Aprovado em maio de 2023.

INTRODUÇÃO

A pessoa com deficiência sempre margeou o plano da invisibilidade e marginalização. Como destoantes do padrão de normalidade fixado a partir de um critério econômico de eficiência e produtividade, a deficiência em seres humanos foi vista como uma desvantagem que exigia medidas assistencialistas e compensatórias para superar a limitação dos corpos abjetos. Nesta realidade, surge o modelo biomédico como padrão de avaliação da deficiência e define a linguagem e o discurso de tratamento assistencial da pessoa com deficiência. Por este modelo, chega-se à coisificação dos corpos deficientes como desvalidos e dignos ou de piedade ou de intervenção tecnológica com vistas à superação do problema incapacitante.

A realidade de pessoas com deficiência somente passa a ser questionada no século XX, quando do surgimento do modelo social que começa a problematizar as estruturas da construção normativa ao entorno da deficiência e a coloca como um problema também da ineficiência da estrutura social em absorver e conviver com a diversidade inerente ao ser humano. As críticas do modelo social ecoam na Organização das Nações Unidas e após longos debates é editada a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2009), que passa a reconhecer a plena capacidade da pessoa com deficiência e retira essa condição como fator de quebra da igualdade, reafirmando a dignidade humana. No Brasil, a internalização da convenção (BRASIL, 2009) se dá na forma do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, e o instrumento normativo ganha *status* de norma constitucional e direito fundamental.

Segundo Brasil (2009) após a incorporação à ordem constitucional brasileira da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (BRASIL, 2009) – Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009 –, passou-se a adotar o "modelo social de deficiência". Na sequência, é editado o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015 – que, em conformidade com a Convenção, revisa a legislação interna para reconhecer a plena capacidade legal das pessoas com deficiência e a proteção de seus direitos ao pleno desenvolvimento do plano existencial em todos os aspectos da vida da pessoa com dignidade e da existência em sociedade.

Logo em seguida surgem questionamentos quanto à necessidade de revisão do próprio Estatuto e assim é apresentado o Projeto de Lei do Senado Federal nº 757/2015 que, em sua redação, restabelece o modelo da incapacidade a partir da noção de discernimento e amplia o sistema tutelar de substituição na legislação civil, o que representa claro retrocesso às posições jurídicas já conquistadas pelas pessoas com deficiência. Assim, o problema desta pesquisa é

propositivo e investiga a possibilidade de utilização da cláusula constitucional de proibição ao retrocesso como critério interpretativo das ações estatais no âmbito judiciário, legislativo e executivo que visem alterar o texto normativo ou a interpretação da norma em claro retrocesso das posições jurídicas já conquistadas pela pessoa com deficiência.

Considerando os novos parâmetros introduzidos pela Lei Brasileira de Inclusão, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), se constata que sua efetividade perpassa necessariamente pelo reconhecimento social. Desse modo, a afirmação dos direitos humanos das pessoas com deficiência, na perspectiva de sua função promocional, se concretiza na medida que constitui elemento integrante e necessário do processo de inclusão. Logo, a presente pesquisa tem por hipótese a ilação que qualquer medida legislativa ou interpretativa que retome a deficiência como causa de incapacidade é violadora dos termos da Convenção (2009) que atualmente ostenta *status* de norma constitucional fundamental. Outra hipótese é que o modelo atual do Estatuto da Pessoa com Deficiência, interpretado a partir da referida norma internacional e da proibição de retrocesso como medida de progresso, implica na efetiva confirmação do reconhecimento da dignidade humana e capacidade das pessoas com deficiência.

Para o fim proposto, o estudo adota a metodologia de caráter bibliográfico e exploratório, com abordagem de natureza qualitativa, com a investigação dos institutos da capacidade da pessoa com deficiência, dos avanços propostos pela Convenção Internacional e os limites da legislação infraconstitucional a partir do problema explanado. Ademais, a pesquisa é de natureza aplicada, pois com esta se pretende contribuir de forma positiva para a aplicabilidade das normativas que asseguram os direitos das pessoas com deficiência.

Desse modo, o trabalho principia com a crítica ao modelo biomédico como paradigma orientador das políticas públicas e normativas da pessoa com deficiência. Ainda que representativo de importante acesso à tecnologia e ao direito à saúde, o modelo biomédico desconsidera a complexidade do sujeito e resume sua condição à deficiência negligenciando que essa, muitas vezes, é resultado da própria estrutura social inadequada para conviver com a diversidade.

No segundo momento, o trabalho reflete a partir do próprio conceito de deficiência para, então, analisar o disposto atualmente no Código Civil (2002) e no Projeto de Lei do Senado Federal n. 757/2015, o qual pretende promover modificações no texto do Código Civil (2002), Código de Processo Civil (2015) e no Estatuto da Pessoa com Deficiência, retornando ao modelo tutelar do discernimento como critério de reconhecimento da capacidade, em frontal contrariedade à Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (2009).

Na seção sobre a atual proposição normativa influenciada pelo modelo social confirma-se a representação adequada da realidade das pessoas com deficiência e a busca pela efetivação da autonomia necessária para o projeto existencial da pessoa capaz de exercer a sua cidadania, de superar as dificuldades e buscar um cotidiano adequado para a sua realidade.

2 CONTORNOS DA DEFICIÊNCIA E A TEORIA SOCIAL

O tratamento dispensado à pessoa com deficiência transformou-se e atualizou-se em processos mais adequados para atender a esse público ao longo dos anos e, com isso, a forma como se reconhecem seus direitos e a capacidade de exercício é uma realidade no contexto social hodiernamente. Esse tratamento passa desde a eugenia até a marginalização. Ainda que representativo, o avanço no desenvolvimento tecnológico de melhora na qualidade de vida das pessoas com deficiência, o modelo biomédico não pode ser visto como reflexos da humanização do reconhecimento da condição de sujeito de direitos da pessoa com deficiência. Para esse modelo, tais pessoas eram vistas como objeto de estudo, na medida em que contribuíam com seus corpos para o desenvolvimento da ciência.

O paradigma racionalista científico e a análise da deficiência como desvantagem a partir de um padrão de normalidade sustentaram o surgimento do modelo biomédico, que foi objeto revisto a partir da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência (2009). Tal modelo representou a superação do misticismo em torno da pessoa com deficiência para colocá-la como objeto de estudo, pesquisa e controle dos corpos, a fim de que se pudesse superar a desvantagem provocada pela deficiência. Não se nega a importância do “modelo biomédico ou das práticas a ele correlatas como a oralidade para surdos, porém se reconhece sua insuficiência para explicar a complexidade do fenômeno” (DINIZ, PEREIRA, SANTOS, 2018, p. 67).

A supremacia do modelo biomédico permitiu verificar a coisificação do sujeito com deficiência e é contra isso que se volta a teoria social.¹ A partir das críticas formuladas pela teoria social ao modelo biomédico, outros aspectos impeditivos do desenvolvimento pleno das pessoas com deficiência passam a integrar a cena do debate sociopolítico. O discurso sobre a deficiência é politizado e não mais se aceita o monopólio médico de tal discurso que gerou durante anos de

¹ Os primeiros estudos resultantes na construção da teoria social são originados do Departamento de Sociologia da Universidade de Leeds, na Inglaterra, especialmente dos teóricos da *Union Physical Impairment Against Segregation* (Upias). Com formação marxista, os teóricos de Leeds colocam o modelo biomédico como reflexo da sociedade capitalista que rejeita a pessoa com deficiência como incapazes de contribuir produtivamente para uma sociedade de capital. Nisso, está a base da exclusão e marginalização social e econômica da pessoa com deficiência (DINIZ, PEREIRA, SANTOS, 2009, p. 69).

sua prevalência à inferiorização de corpos taxados como disfuncionais e que exigiam a intervenção compensadora com forte institucionalização em espaços assistenciais.

Com efeito, a deficiência passa a ser vista também como a ineficiência de uma sociedade em se adequar estruturalmente para conviver com a diversidade e garantir o acesso aos bens e serviços aos que diferem do *standart* de normalidade fixado pelo discurso médico (FERREIRA, 2017, p. 2). A partir da teoria social, o corpo é representativo da integralidade do indivíduo e deve também ser visto a partir do lugar do sujeito com deficiência na esfera pública e política de debate:

O corpo é construído socialmente em três níveis: i) é construído performativamente por meio de discursos que, nomeando-o de certa forma, fazem dele o que é e nada mais; ii) é construído politicamente por meio de estratégias práticas de formação, disciplinamento e classificação; e iii) se constrói existencialmente, na confluência desses discursos e dessas políticas, por meio da experiência cotidiana de sua prática-reflexão subjetiva. O corpo é o sedimento, permanente e irrevogavelmente presente, de nossa condição social: o social torna-se corpo, no sentido literal, no curso diário de nossa existência. (Tradução livre) (FERREIRA, 2017, p. 6).

El cuerpo es construido socialmente a tres niveles: i) es performativamente construido mediante discursos que, nombrándolo de determinada manera, lo hacen ser lo que es y no cualquier otra cosa; ii) es políticamente construido mediante estrategias prácticas de entrenamiento, disciplinamiento y clasificación; y iii) es construido existencialmente, en la confluencia de esos discursos y de esas políticas, mediante la experiencia cotidiana de su práctica-reflexión subjetiva. El cuerpo es el sedimento, permanente e irrenunciablemente presente, de nuestra condición social: lo social se hace cuerpo, en sentido literal, en el discurrir cotidiano de nuestra existencia. (FERREIRA, 2017, p. 6)

A releitura da condição da pessoa com deficiência exige que se abra o espaço público ao discurso para que o sujeito alcance seu lugar de fala. Não se constroem mais políticas para as pessoas com deficiência sem que os atingidos por ela sejam integrados ao debate e assumam o discurso político de seus direitos. O novo espaço social e político conquistado pela pessoa com deficiência provocou a desestabilização do próprio conceito do que se pode entender por deficiência até então fixado a partir dos padrões biomédicos.

A definição do tema passa, necessariamente, pelo uso adequado e cientificamente aceito da terminologia exigida já que o uso da linguagem pode reforçar ou romper as barreiras da estigmatização e do preconceito. A forma de tratamento da deficiência sempre colocou diversos termos sobre a matéria em disputa. Por vezes se considerou que usar quando do tratamento genérico o termo “deficiente” era estigmatizante, o que levou as políticas estatais a utilizar a expressão “pessoas com necessidades especiais”, a fim de mitigar o problema da discriminação, sem dúvidas o uso da linguagem tem influências e interfere diretamente nas relações interpessoais em sociedade, no meio profissional e em espaços público e privado.

Noutras perspectivas advindas, inclusive, dos grupos de pessoas com deficiência, opta-se pelo uso do termo “deficiente” sem qualquer outra adjetivação, já que representativo de uma identidade, assim como são os negros, isto porque entre eles é muito natural esse tratamento, por não ter nenhum cunho depreciativo. Outras formas comumente utilizadas são “pessoa portadora de deficiência” ou simplesmente “pessoa com deficiência”. Naturalmente, há uma ausência de consenso sobre o termo de tratamento que se deve utilizar, por isso as inúmeras pesquisas desenvolvidas nessa matéria, que não podem ser desqualificadas e tampouco desconsideradas, de modo que apenas se exige que os pesquisadores evitem termos pejorativos ou que qualifique a pessoa em inferiorização na vivência da deficiência (MEDEIROS, DINIZ, 2004, p. 107).

Mais difícil do que tratar da terminologia utilizada no tratamento da pessoa com deficiência é saber como definir e qualificar a deficiência, já que essa definição pode estar ligada a interesses econômicos e/ou governamentais. Por exemplo, que ao se tratar de uma companhia securitária que firma contratos de apólice de seguros em caso de deficiência, o conceito adotado pode ser restritivo e, com isso, claramente, buscará alcançar uma redução no número de benefícios pagos. Em lado oposto, se observado o conceito de deficiência fixado em legislações orientadoras de políticas públicas terá uma definição que visa atender a estratificação pretendida pelo órgão ou ente estatal.

Assim, seguem outras formas de se observar a deficiência de acordo com a realidade que se pretende alcançar, como na hipótese de inclusão em escolas ou atendimento prioritário em estabelecimentos hospitalares ou mesmo ainda, para utilizar-se dos benefícios fiscais em aquisições de bens e serviços como é o caso para compra de veículos no Brasil. Isso porque a complexidade da definição de deficiência está envolta em diversos núcleos normativos setoriais que buscam atingir objetivos distintos (BERGER, 2013, p. 6).

No campo da pesquisa, os aportes normativos servem como referência crítica, porém, não esgotam as possibilidades de estudo da matéria. O que se deve ter claro, no entanto, é quando a deficiência é limitativa do exercício de direitos de forma autônoma ou quando essas barreiras são construções reflexas da estrutura social. A redução da funcionalidade sensorial, mental ou física implica numa deficiência por diversidade biológica ou fisiológica, mas, somente se pode verificar a limitação decorrente dessa condição quando as circunstâncias sociais não forem adequadas para que essas pessoas possam desenvolver plenamente suas capacidades. Também tem se colocado como inadequado o uso do termo “desvantagem”, uma vez que a identificação

dessa condição pela incapacidade social de absorção da diversidade pode reafirmar a condição discriminatória (BERGER, 2013, p. 6).

Essa distinção é de extrema relevância uma vez que observada as pessoas com deficiência auditiva, visual ou de mobilidade somente pode-se afirmar que serão incapacitadas se as condições sociais não forem adequadas para a superação da limitação. Atualmente, o uso da cadeira de rodas somente não permite o pleno desenvolvimento e exercício das atividades se os prédios e demais locais não permitirem o acesso adequado da pessoa que a utilize. O mesmo se pode dizer em relação ao deficiente visual que não alcance os tratamentos de lentes capazes de compensar sua redução sensorial. Nesse contexto, observa-se que o desenvolvimento tecnológico também se converte em importante direito de acesso à pessoa com deficiência permitindo a compensação de sua limitação e, em contrapartida, a falta de acesso implicará não somente na visibilidade de sua deficiência mas também na sua incapacidade (BERGER, 2013, p. 7).

Outra importante discussão que permeia a definição de deficiência está centrada na necessidade de distinguir doença de deficiência. Os limites de uma e outra precisam de distinções, especialmente exigíveis pelos movimentos políticos e sociais de pessoas com deficiência com a finalidade de se afastarem de estigmas resultantes de algumas patologias. Contudo, há casos em que a distinção é inócua, uma vez que também é possível que a deficiência advinha de uma doença ou que pessoas com deficiência também estejam doentes. Ademais, com os ganhos próprios da longevidade dificilmente alguém chegará ao final da vida sem experimentar uma situação de deficiência. Deve-se considerar também que nem todas as pessoas nascem com a deficiência, e que muitas vezes ela é decorrente de condições próprias no decorrer da vida como uma doença, um acidente automobilístico ou de trabalho (BERGER, 2013, p. 11).

No contexto da crítica da teoria social ao conceito de deficiência, estabelecido exclusivamente por critérios biomédicos, torna-se necessário ampliar sua definição para que integre os elementos da estrutura social que impedem o pleno desenvolvimento do sujeito em sua integralidade baseados num *standart* de normalidade e negligenciando a diversidade própria e inerente do ser humano. Para a teoria ou modelo social, a deficiência deve ser encarada como um conceito que demanda uma construção social, que resulta da relação entre o corpo com limitações e a sociedade, de modo que as questões atinentes a esse tema deixem de ser encaradas como eventos individuais e naturais para se tornar uma situação social (DAHIA et al, 2020).

O tema em análise não pode ser reduzido a uma questão biológica. Ao contrário, deve ser encarado como consequência das estruturas sociais alheias à diversidade e adaptadas a um

padrão de normalidade que partem de critérios médicos. Esse novo modelo muda a perspectiva da discussão acerca da deficiência, uma vez que a coloca como uma questão coletiva e não mais individual, o que desemboca na perspectiva da conquista da igualdade pelo prisma social. Algum tipo de discriminação ocorre na medida em que as pessoas com deficiência têm negado o seu acesso a serviços de saúde, empregos e educação, apenas para citar alguns. Dessa forma, é imperativo que toda a sociedade se envolva para que a superação dessas barreiras sejam reais e concretas.

3 REFLEXOS DO MODELO SOCIAL NO CONTEXTO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Os primeiros movimentos no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) com vistas a garantir a proteção das pessoas com deficiência se iniciaram na década de 70. Em outros instrumentos reguladores dos direitos humanos já existentes nesse período se identificam mecanismos de proteção que se aplicam também às pessoas com deficiência, contudo nenhuma medida específica. No período mencionado acima foram editadas a Declaração para Pessoas com Depressão Mental e a Declaração sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, porém, ambas refletiam o modelo biomédico e assistencialista como sendo o paradigma vigente à época. (BRASIL, 2015).

As primeiras mudanças se identificam somente na década de 80, quando é estabelecido o Ano Internacional dos Incapacitados em 1981, e a Década Internacional das Pessoas com Deficiência, entre 1982-1991. A partir de então outras medidas direcionadas ao fortalecimento das políticas estatais voltadas às pessoas com deficiência foram instituídas, inclusive com a instituição de um mecanismo de monitoramento das ações nos Estados (STEIN, 2009, p. 21). Já em 31 de dezembro de 2001 iniciam-se os trabalhos na Assembleia Geral para elaboração de propostas específicas de proteção direcionadas às pessoas com deficiência. Estudos nessa seara avançam a partir de um comitê *ad hoc* que redige os textos fundamentais os quais foram aprovados em 25 de agosto de 2006 (STEIN, 2009, p. 23).

Para a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (2009) abre espaço entre os Estados integrantes do sistema global de proteção para discussão da condição e proteção da pessoa com deficiência tanto em seus aspectos normativos quanto sociais, ambos praticamente inexistentes em caráter vinculativo até o momento da promulgação da Convenção. A partir de então, juntamente com a Convenção (2009) fora aprovado o Protocolo Facultativo que permite

o acesso das pessoas com deficiência ao Comitê de Direitos das Pessoas com Deficiência (2007) para representar as violações aos seus direitos internalizando definitivamente a matéria no âmbito dos direitos humanos (PALACIOS, 2007, p. 9). Segundo Sasaki (2002) a definição de deficiência tratada na Convenção (2009) é fortemente resultado da teoria social construída pelo DPI (*Disabled People's International*)¹, após amplos debates provocados por movimentos sociais da Irlanda e Reino Unido (DINIZ, BARNES, 2013, n.p.). Com o advento da Convenção todas as políticas internas dos Estados membros passam a ser pensadas tendo como referência os direitos humanos das pessoas com deficiência, o que implica numa importante mudança de paradigma e permite o enfrentamento da discriminação vivenciada diariamente pelas pessoas com deficiência (PALACIOS, 2007, p. 11).

No Brasil, somente meia década depois é obtida a aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015 (BRASIL, 2015).

Um dos efeitos imediatos da vigência da lei é provocar a transformação de institutos consagrados pela doutrina civilista como a capacidade jurídica e que refletem incisivamente na construção e no exercício de todos os direitos assegurados no ordenamento jurídico. A capacidade, como instituto jurídico, estabelece importantes mecanismos de exercício de direitos nas distintas áreas e exprime a posição do sujeito no momento de seu exercício. A racionalidade jurídica construiu, a partir de primados éticos, morais e jurídicos, o sujeito de direito intrinsecamente vinculado ao conceito de capacidade. Segundo Roig (2009) a própria base de estruturação do conceito de dignidade humana vincula-se à capacidade sensorial de comunicação e a possibilidade de firmar relações intersubjetivas. Corolário dessa formulação está a igualdade, como exercício da capacidade em um mundo de relações sociais.

A Convenção Internacional de Proteção da Pessoa com Deficiência (2009) rompe com os fundamentos estruturantes do conceito de capacidade e redesenha o próprio entendimento de dignidade humana. A base da compreensão da capacidade, a partir do instrumento internacional, a desvincula da exigência de consciência racional no exercício de atos e na formulação de relações intersubjetivas. O artigo 5º, em suas alíneas 1 e 2, firma o compromisso dos Estados signatários de protegerem os direitos das pessoas sob o primado da igualdade vedando qualquer forma de discriminação, incluindo as pessoas com deficiência. O passo dado pela normativa internacional supera a doutrina civilista que vinculava a capacidade à inteligibilidade do exercício dos direitos e ressignifica o conceito de dignidade humana para torná-lo inclusivo,

¹ Tradução livre: Organização Internacional das Pessoas Deficientes.

abrangendo não somente os sujeitos integrantes de uma comunidade político-social firmada na racionalidade, mas também aqueles que, por qualquer razão, tem sua inteligibilidade comunicacional reduzida.

Os efeitos são imediatos e determinam o abandono de institutos construídos durante toda a tradição jurídico-romana. O modelo da substituição, largamente utilizado na cultura ocidental, passa a ser de uso excepcional, temporário e controlado. Ao contrário daquele, o novo paradigma reconhece a capacidade legal e determina o regime de apoio, enfocando na situação e não na identidade, construindo medidas aprioristicamente temporárias, individuais e proporcionais. A certeza de que a regra é trabalhar baseado no regime de apoio fica evidenciada na redação do artigo que reconhece a capacidade legal das pessoas com deficiência em igualdade de condições com todas as demais pessoas. O sistema de apoios se orienta pela máxima autonomia possível do sujeito de direitos e foca nas circunstâncias sociais que o envolvem para preservar ao máximo sua liberdade de vida.

Assim, o sistema de apoio deve: (i) ser capaz de respeitar plenamente a autonomia da pessoa com diversidade mental ou intelectual; (ii) ser permeável aos diferentes tipos de diversidade e às circunstâncias específicas de cada pessoa; (iii) ter a menor duração possível e ser revisado periodicamente; (iv) sacrificar ao mínimo os direitos da pessoa (Tradução livre) (ASIS ROIG, 2009).

Desvincular a capacidade de exercício racional como elemento essencial da compreensão da dignidade humana é representativo da necessidade de sua revisão em correlação ao contexto histórico e normativo. O reconhecimento de direitos e da capacidade legal das pessoas com deficiência impõe a necessidade de revisão da compreensão de dignidade da pessoa humana não mais reduzindo sua titularidade àqueles que preenchem os elementos racionais necessários para firmar relações intersubjetivas. A capacidade de exercício é intrinsecamente vinculada à dignidade da pessoa humana, uma vez que se correlaciona historicamente, desde o renascimento, ao sujeito moral integrante de uma comunidade política, e desta, a pessoa com deficiência, por suas próprias características pessoais, resulta excluída por seu conceito (PALACIOS, 2007, p. 75).

Para Roig (2009), essa é construção de capacidade passou a ser gradual e relativa, sendo indispensável que se desvincule do conceito de dignidade humana a necessidade de que o sujeito titular seja capaz de raciocinar e expressar sentimentos. O nível e a extensão da capacidade são condições voláteis circunscritas a condições de tempo e ao desenvolvimento da atualidade. Se a capacidade está vinculada ao planejamento de vida e ao próprio desenvolvimento individual livre esta é também uma das funções do direito ao promover o pleno exercício das potencialidades humanas. Na citação em espanhol, é preciso colocar uma tradução livre em português:

Em outras palavras, uma coisa é ter a capacidade para raciocinar, para sentir e para comunicar-se e outra, bem diferente, é ter a possibilidade de raciocinar, sentir e comunicar-se. É importante lutar contra aquilo que provoca a impossibilidade, seja algo 'natural' ou algo que construímos (Tradução Livre) (ASIS ROIG, 2009).

Ter sua capacidade de compreensão reduzida não importa na nulificação do desejo e do direito de planificar uma existência. O princípio de uma vida independente orienta um projeto jurídico capaz de assegurar o reconhecimento da autonomia decisional da própria existência, do desenvolvimento pessoal e social, e da forma de participação política. Essas circunstâncias podem ser vistas tanto no plano do sujeito considerado com capacidade reduzida em função da idade, como transposto para a pessoa com deficiência em similaridade (ROIG, 2009).

Há duas formas de reconhecimento da capacidade: a primeira observada a partir de seu exercício é vista desde a participação dos sujeitos morais numa sociedade racional e comunicacional, onde expressam decisões de cunho ético e moral; a segunda é jurídica, e resulta da personalidade diferenciando o sujeito no mundo (ROIG, 2009).

Se tomado o conceito de dignidade da pessoa humana a partir da compreensão hermética de uma comunidade de sujeitos capazes de expressar racionalmente e emotivamente pensamentos, eleições, sentimentos e comunicar-se adequadamente numa sociedade constituinte, é necessário que se exclua a dignidade como elemento fundante e justificador da capacidade da pessoa com deficiência que a teria somente por concessão dos sujeitos racionais que os julgassem merecedores (PALACIOS, 2007, p. 76). Assim, sob o ponto de vista sustentado por Palacios (2007, p. 77) e também por Roig, a análise da dignidade da pessoa humana desde o modelo de discurso dos direitos humanos não pode ser esgotada na compreensão do paradigma formado na racionalidade de agentes comunicacionais.

Esse modelo de reconhecimento e compreensão da dignidade humana se realiza indistintamente e independente da capacidade comunicacional, mas se coloca como inerente e intrínseco ao ser humano, não dependendo de concessões e livre de qualquer ação arbitrária, impondo a aceitação da diversidade como parte da formação social. Nessa perspectiva, a dignidade humana se coloca como importante e principal instrumento interpretativo de direitos em legislações específicas, firmando a compreensão de que a dignidade é própria da existência humana e não depende de atuação estatal concessiva ou de reconhecimento e, assim, implicam em restrições e obrigações da atuação estatal, tanto no âmbito normativo como de políticas públicas de eficácia desses direitos (BASSER, et. al. 2011, p. 20).

A capacidade das pessoas com deficiência foi expressamente tratada no artigo 12º da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (2009), introduzida no ordenamento jurídico interno através do Decreto nº 6.949/2009. Na normativa, a capacidade jurídica e de

exercício são simultaneamente tratadas como capacidade legal e importam no reconhecimento da pessoa com deficiência como sujeito de direitos. A partir disso não se fala mais em qualquer distinção entre capacidade jurídica e de exercício, já que esse não pode mais ser critério para relativização ou restrição de exercício de direitos das pessoas com deficiência seja sensorial, mental ou física. Em outras legislações, como a alemã, por exemplo, a capacidade legal equivalente a capacidade jurídica na legislação brasileira, já implica na conjunção das possibilidades de exercício e gozo de direitos (MENEZES, 2017, p. 140).

4 CLÁUSULA DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O modelo tutelar e de substituição foi previsto pelo Código Civil de 1916, e ainda permanece vigente no Código Civil de 2002, além de orientar toda a legislação esparsa ao tratar da manifestação de vontade e do exercício de direitos das pessoas com deficiência. Sempre se pensou a pessoa com deficiência a partir da incapacidade e da necessidade de proteção de seus interesses, sobretudo a partir de um enfoque de sua absoluta impossibilidade de reconhecimento de interesses relevantes e necessários para o desenvolvimento de sua existência.

A tradição jurídica foi construída a partir desses elementos que colocavam a legislação civil como instrumento de tutela da pessoa com deficiência e estabeleciam um conceito restritivo de capacidade dissociada entre direito e exercício. A vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência e a reestruturação normativa do conceito de capacidade para adotar as críticas da teoria social já incluídas na Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência (2009) provocaram a necessária nulificação de dispositivos do Código Civil (2002) e da legislação correlata afastando o modelo de substituição e firmando a autonomia da pessoa com deficiência, a qual transmite liberdade para seguir a vida.

A determinação do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (2009) afastou a leitura discriminatória que colocava a deficiência e a incapacidade como questões indissociáveis. O objetivo da norma, atualmente com força constitucional, é, sem dúvida, erigir a pessoa com deficiência ao status de igualdade material e garantir o pleno exercício e gozo de seus direitos. Nesse aspecto, quando da edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil, uma de suas propostas foi extirpar do ordenamento jurídico as disposições que ainda colocassem a incapacidade como decorrência da deficiência, e assim o fez ao determinar a revogação dos artigos 3º, inciso I e artigo 4º, incisos II e III do Código Civil (2002), para que não

mais constasse a deficiência mental ou psíquica como causa justificadora da absoluta ou relativa incapacidade.

A partir de então, o que justifica a redução da autonomia do sujeito é seu discernimento para tomada de decisões vitais, e a sua ausência pode ou não estar relacionada à condição de deficiência. Veja-se, nessas hipóteses, que é perfeitamente possível reconhecer a capacidade do portador de esquizofrenia quando adequadamente submetido ao tratamento necessário, ao passo que uma pessoa em estado de coma, ainda que não deficiente, está temporariamente ou por prazo indefinido, incapaz de atos relacionados à sua vida.

Contudo, a revisão normativa ainda deixou espaços a serem preenchidos e interpretações a serem feitas que, se não controladas inadequadamente pelo filtro constitucional e convencional, podem implicar em grave retrocesso aos direitos já reconhecidos às pessoas com deficiência. Da mesma forma, tramita perante o Poder Legislativo o Projeto de Lei do Senado Federal nº 757/2015, que pretende promover modificações no texto do Código Civil (2002), Código de Processo Civil (2015) e no Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ambas as frentes são resultado de anos de prevalência e construção do instituto da capacidade a partir de critérios biomédicos e de substituição da vontade com fins tutelares. É contra esse risco que o princípio constitucional da proibição de retrocesso tem importante função interpretativa e de controle para manutenção dos direitos da pessoa com deficiência em acordo com a normativa constitucional e convencional.

O primeiro cuidado deve ser direcionado à adequada interpretação do disposto no artigo 4º, inciso III do Código Civil (2002), que prevê a incapacidade relativa daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Não há dúvida de que, para estar em conformidade com a dignidade da pessoa humana e com os princípios da Convenção de *status* constitucional, a única interpretação possível para o dispositivo indicado é aquela que exclui de seu conteúdo qualquer forma de deficiência como causa transitória ou permanente de incapacidade relativa. Pensar de modo diferente permite que seja enfocada novamente a deficiência como causa de incapacidade fugindo do pretendido pela convenção (2009) que está centrada no indivíduo e suas expectativas existenciais. Por constituir norma com texto aberto e que exige integração pela hermenêutica, torna-se um risco que o inciso III do artigo 4º torne-se uma abertura para o retorno da medida tutelar como instrumento de redução da capacidade e autonomia das pessoas com deficiência.

Uma decisão judicial que caminhe por esse trilho certamente é contrária à cláusula de proibição de retrocesso que assegura, justamente, a plena autonomia da pessoa com deficiência e veda a redução de sua capacidade com base em sua diversidade funcional. Se o conceito amplo

de deficiência pode ser admitido com vistas a incluir no instrumento protetivo todos que tenham limitações ao exercício de seus direitos por força da deficiência, na hipótese normativa em comento, a interpretação deve ser reversa e restringir ao máximo seu âmbito de aplicação para excluir a pessoa com deficiência de sua pretensão tutelar.

No que se refere ao Projeto de Lei do Senado Federal nº 757/2015, o cuidado deve ser redobrado sob pena de incorrer em claro retrocesso normativo na inclusão da pessoa com deficiência. Como seu ponto fundamental é relativizar a autonomia das pessoas com deficiência coma nova redação aos dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, do Código Civil (2002) e do Código de Processo Civil (2015), a eventual aprovação de seu texto influenciará em diversos outros instrumentos legais como a legislação empresarial, trabalhista e penal.

Em síntese, na justificativa da proposta do PL nº 757/2015, os autores criticam o Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos no Código Civil (2002) e demais legislações que, ao pretenderem garantir a proteção da pessoa com deficiência, ampliaram o conceito de capacidade para hipóteses em que as pessoas não têm discernimento suficiente para garantir a efetividade de seus direitos e escolhas. Essa situação colocaria as pessoas com deficiência em situação de extrema vulnerabilidade e representa uma redação incompatível com a Convenção internacional (2007) que buscava, precipuamente, garantir a não discriminação da pessoa com deficiência.

No conteúdo da sua redação, em diversas partes o dispositivo retoma a ausência ou insuficiência de discernimento como fundamento para medidas de restrição da capacidade, ainda que não mencione diretamente a pessoa com deficiência, o que, efetivamente, altera o conteúdo do Estatuto da Pessoa com Deficiência e contraria a própria norma internacional que estabelece como fundamento a impossibilidade de manifestação de vontade.

No artigo 4º do PL nº 757/2015, a proposta reinsere o termo “falta de discernimento” como causa para justificar a incapacidade absoluta no artigo 3º, II do C.C., e torna relativamente incapaz quando o discernimento for severamente reduzido, com a redação do artigo 4º, II do C.C. O mesmo artigo 4º ainda trata de reinserir hipóteses de curatela e trata da nulidade do casamento de pessoas com ausência de discernimento ~~(artigos 1548, I; 1.767, I e II; 1.769, I e II; 1.777)~~. Na sequência ainda prevê a ampliação dos limites de atuação da curatela para abranger não somente atos patrimoniais, mas também condicionar alguns atos como o casamento, a manifestação judicial ~~(art. 1.772, §§ 2º e 3º)~~.

O artigo 7º do PL nº 757/2015 promove a alteração do artigo 85 do Estatuto da Pessoa com deficiência (BRASIL, 2015), objetivando permitir o avanço do curador também em decisões não exclusivamente patrimoniais. O artigo 9º permite a aplicação das disposições próprias da

tutela e curatela também aos casos de decisão apoiada e permite ao juiz definir a curatela quando entender não ser o caso de decisão apoiada. Na hipótese narrada, vê-se a ampliação dos poderes discricionários do juiz ao decidir pela imposição da interdição quando entender não se tratar de hipótese de decisão apoiada.

O PL nº 757/2015, ainda que não expressamente, provoca severa redução da aplicação do instituto da decisão apoiada. A contrariedade do novo instituto com o modelo tutelar vigente por décadas provocou severas desconfianças e insurgências contra a ampliação do conceito de capacidade. Contudo, o próprio instituto da tomada de decisão apoiada permite que o apoiado mantenha sua capacidade preservada e seus traços fogem do modelo tutelar. Todas as decisões de cunho obrigacional ou relacionados as questões vitais permanecem no apoiado e sob sua responsabilidade. A participação do apoiador deve ser secundária somente devendo agir quando, sob sua perspectiva, o negócio jurídico puder causar qualquer prejuízo ao apoiado ou, ainda, a pedido próprio interlocutor, for chamado a assinar em conjunto o negócio jurídico (MENEZES, 2017, p. 16). No mais, não se deve confundir o apoio com a tutela, e se permitir uma ingerência indevida do apoiador no âmbito da vida privada ou pública do apoiado. Para Brasil (2015) a própria dicção dos artigos da Lei supracitada Art. 1.783-A, §4º e §5º, delinea as funções, responsabilidades e limites do apoiador nas relações jurídicas do apoiado nesses termos.

O objetivo da Convenção, ao determinar a revisão da legislação interna, é justamente distinguir os atos que são admitidos ou não pela curatela. Em regra, as decisões relacionadas aos aspectos existenciais da vida do sujeito devem ser tomadas como personalíssimas e não admitidas através de representação. Por questões existenciais pode-se entender, entre outros aspectos, aquelas relacionadas a intervenções no próprio corpo ou que tenham reflexo em seu plano afetivo como casar e constituir família, incluindo o reconhecimento de filhos ou diretivas antecipadas de vontade (MENEZES, 2017, p. 157). Se o objetivo do Estatuto, na linha orientadora da Convenção, é ampliar a autonomia da pessoa com deficiência, é certo que isso implica em preservar ao máximo os aspectos que estejam relacionados à sua vida pessoal, protegendo sua privacidade e garantindo a incolumidade de questões intrinsecamente ligadas a sua condição existencial.

Notadamente, as modificações legislativas e a possível interpretação das normas com cláusulas abertas exigem que a matéria seja avaliada a partir da cláusula de proibição de retrocesso, sendo este instrumento de resistência aos movimentos de reforma regressiva no âmbito dos direitos fundamentais. Como princípio de orientação de atuação dos poderes

constituídos, sua aplicação se reflete em todos os âmbitos de atuação estatal dos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

Para Prieur (2012, p. 14), a proibição de retrocesso, enquanto medida protetiva de um *status* e diretiva de avanço na conquista de novas posições jurídicas, é implícita em todos os documentos de Direitos Humanos, expressando conteúdo ético e jurídico. Nessas condições, a proibição de não regredir na proteção de um direito reflete indiretamente o dever de progresso nos aspectos normativos e de políticas públicas de sua promoção. Toda medida negativa que implica regresso importa, necessariamente, em uma medida positiva de promoção e avanço dos mesmos direitos. Assim, somente são aceitáveis medidas que visem implementar a Convenção Internacional (2007) e a normativa interna de promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência. Ao contrário disso, perspectivas de reforma legislativa ou interpretações que restrinjam a capacidade das pessoas com deficiência são absolutamente contrárias à proteção jusfundamental posta pela proibição de retrocesso.

A construção do princípio da proibição do retrocesso parte de seu reconhecimento como princípio implícito do texto constitucional decorrente dos princípios da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (SARLET, FENSTERSEIFER, 2012, p. 143).

Outro importante suporte normativo para a proibição do retrocesso está nas cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, da CF), representativas de limites materiais ao poder de reforma das normas constitucionais. Essas barreiras ao poder de reforma são exemplos da preocupação do constituinte originário com a preservação das posições jurídicas conquistadas e asseguradas ao longo da história constitucional. Portanto, mesmo que se negue a existência de formulações protetivas implícitas, é inadmissível recusar forte caráter de proteção ao regresso nas normas informadoras de cláusulas pétreas (SARLET, FENSTERSEIFER, 2012, p. 145). Isso significa que na medida em que a Convenção (2009) foi aprovada pelo procedimento previsto no artigo 5º, §3º da Constituição Federal (1988), passa, indiscutivelmente, a ser cláusula pétrea e com isso somente admite medidas protetivas e progressivas sendo vedado qualquer movimento legislativo ou interpretativo que reduzam ou esvaziem seu conteúdo.

Das linhas já traçadas das características de proibição de retrocesso, verifica-se o princípio e se foi construído com a finalidade de proteger o bloco normativo constitucional e infraconstitucional de direitos e garantias através do controle de “atos legislativos ou administrativos tendentes a restringir ou abolir posições jurídicas subjetivas já conquistadas” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 146).

A vedação de regresso em matéria de direitos e posições jurídicas adquiridas vincula-se diretamente à liberdade de conformação do legislador, impondo limitações ao seu atuar e criando limites ao seu comportamento que violem os marcos já estabelecidos como direitos subjetivos (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 149). Assim, a relativização da liberdade de atuação do legislador implica no reconhecimento da inconstitucionalidade das ações que extrapolem o direito já inserido no plano de conquistas fundamentais subjetivas e expressem medidas claramente retrógradas em violação à supremacia da Constituição Federal (SCAFF, 2005).

5 CONCLUSÃO

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência trouxe profundas modificações para os Estados integrantes do Sistema das Nações Unidas e é de suma importância para reafirmação e avanço das medidas de políticas públicas e normativas de afirmação da igualdade, dignidade da pessoa humana e autonomia das pessoas com deficiência. No Brasil, os reflexos foram significativos no que toca ao âmbito normativo com a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015), bem como a introdução no sistema jurídico nacional dos valores e princípios convencionais de proteção da pessoa com deficiência.

Em suma, a deficiência passa a ser vista também sob o olhar da ausência de estrutura social para convivência com a diversidade rompendo com o monopólio do discurso biomédico que objetificou os corpos e reduziu a pessoa com deficiência a condição de incapazes e abjetos. No entanto, o novo paradigma de análise dos direitos da pessoa com deficiência rompe com a tradição do instituto da capacidade na legislação civil e transforma o modelo vigente tutelar e de substituição em uma nova proposta de autonomia e apoio a pessoa com deficiência.

Deste modo, qualquer medida editada pelas funções estatais, sejam do Judiciário, Legislativo e/ou Executivo tanto no âmbito de alterações legislativas como de políticas públicas que busquem reafirmar o modelo tutelar, estão em frontal contrariedade ao disposto no sistema convencional de direitos humanos.

Essas propostas, como é o caso do PL nº 757/2015, esbarram no princípio constitucional da proibição de retrocesso e permitem o controle de constitucionalidade já que a convenção foi internalizada seguindo o procedimento do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, e assim trata-se de norma constitucional de direito fundamental. Da mesma forma, interpretações normativas que pretendam se utilizar de legislações de textura aberta para ressurgir o sistema

tutelar devem ser controlados pelo princípio da proibição de retrocesso em claro modelo de filtragem constitucional e barreira retrocessiva.

Assim, as propostas legislativas atualmente em andamento no Poder Legislativo e as interpretações que se desviem da plena autonomia da pessoa com deficiência não passam pela barreira do controle de constitucionalidade e do princípio da proibição de retrocesso.

Faz-se necessário, portanto, deixar claro que desta pesquisa desdobram-se alguns temas que merecem atenção, a saber, o Art. 2º da Constituição Federal de 1988 usa o tratamento “pessoa com deficiência” para aquela pessoa que tem algum impedimento físico, mental ou sensorial a longo prazo, por que a sociedade não adotou esse uso da linguagem, naturalmente? O que prega a CF-1988 em relação aos direitos da pessoa com deficiência? Estes temas são apontamentos para pesquisas futuras, uma vez que não se dá, aqui, a última palavra sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Decreto nº 6949. DECRETO Nº 6.949, DE 25 DE AGOSTO DE 2009. Promulga a **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 26 jun. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 26 jun. 2022
- BRASIL (Estado). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasil, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 26 jun. 2022.
- BRASIL (Estado). Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Brasil, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071impressao.htm. Acesso em: 26 jun. 2022.
- BRASIL (Estado). Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasil, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 jun. 2022.

BRASIL (Estado). Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência**. (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasil, DF, Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 26 jun. 2022.

BRASIL. Congresso. Senado. Pls nº 757, de 2015. **Política Social > Proteção Social > Direitos Humanos e Minorias**. Brasil, DF, Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 26 jun. 2022.

SASSAKI, Romeu Kazumi (Org.). **Declaração de Sapporo**: uma convocação da dpi para pessoas com deficiência de todo o mundo. Uma convocação da DPI para pessoas com deficiência de todo o mundo. 2002. Tradução. Disponível em:

https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/saude/arquivos/deficiencia/Declaracao_de_Sapporo.pdf. Acesso em: 26 jun. 2022.

BASSER, Lee Ann. Human Dignity. In: RIOUX, Marcia H.; BASSER, Lee Ann; JONES, Melinda. **Critical Perspectives on Human Rights and Disability Law**. Leiden, Boston: Martinus, 2011.

BERGER, Ronald J. **Introducing Disability Studies**. USA: Bolder, 2013.

DINIZ, Debora; BARNES, Colin. **Deficiência e políticas sociais-entrevista com Colin Barnes**. 2013.

DINIZ, Debora; PEREIRA, Lívia Barbosa; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. 2009. **Repositório UnB**. Disponível em:

<<http://repositorio.unb.br/handle/10482/14984>>. Acesso em: 18 maio 2022.

FERREIRA, Miguel. La discapacidad: entre la formalidad político-discursiva y experiencia incorporada. **Revista Latinoamericana de Estudios sobre Cuerpos, Emociones y Sociedad**, n. 23, p. 20-32, 2017.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora. **Envelhecimento e deficiência**. Repositório UnB. 2004. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/15195>>. Acesso em: 18 maio 2022.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei no 13.146, de 06 de julho de 2015. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 12, p. 137-171, abr./ jun. 2017.

PALACIOS, Agustina. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos**. Madrid: 2007.

PRIEUR, Michel. Princípio de retrocesso ambiental. **Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, Distrito Federal, 2012.

ROIG, Rafael. Sobre la capacidad. **Repositório institucional Universidad Carlos III de Madrid**, 2009. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10016/7828>>. Acesso em: 18 maio 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental**. Brasília: Senado Federal, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **VERBA JURIS-Anuário da Pós-Graduação em Direito**, v. 4, n. 4, 2005.

STEIN, Ashley Michael; LORD, Janet. Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. In: ARNARDÓTTIR, Mjöll Oddný; QUINN, Gerard (Ed). **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**. Leiden, Boston: Martinus, 2009.

PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

A INFLUÊNCIA DAS PATOLOGIAS CLIENTELISTAS NO DESENVOLVIMENTO DAS PRÁTICAS POLÍTICAS ATUAIS E O AFASTAMENTO DOS CIDADÃOS DESSE CENÁRIO

Rogério Gesta Leal

Doutor em Direito pela Universidade de Santa Catarina (USFC). Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Coruña, Espanha. Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

Vanessa Thomas Becker

Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Pós-graduada em Direito e Prática Previdenciária pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) e em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Dom Alberto. Graduada em Direito pela Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). Assessora no Ministério Público Federal - PRM Cruz Alta/RS.

Resumo: O presente trabalho aborda a temática sobre a democracia desenvolvida no Brasil, que culmina em uma política de coalizão entre os poderes estatais. Nesse contexto, questiona-se como a cidadania ativa pode limitar o presidencialismo de coalizão. O escopo foi analisar como a internalização da democracia pode influenciar na prática da cidadania ativa, a fim de contrapor-se aos prejuízos causados pela política de coalizão, quando reprodutora de práticas clientelistas. Utilizou-se, para o desenvolvimento, o método de abordagem hipotético-dedutivo e o método de procedimento analítico, a partir da técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Cidadania; Clientelismo; Democracia; Presidencialismo de Coalizão.

Submetido em 12 de setembro de 2022. Aprovado em maio de 2023.

1 INTRODUÇÃO

A democracia brasileira está em crise, uma vez que o país está imerso em escândalos de corrupção e em atuações políticas que confrontam o texto constitucional, o que culmina na desaprovação popular quanto à gestão dos governantes. Frente a esse cenário, faz-se necessário identificar as práticas que contribuem para essa tribulação no cenário político brasileiro, especialmente a partir da análise da política brasileira à luz do presidencialismo de coalizão.

Nesse sentido, a partir de uma análise sobre os contornos formativos da democracia, busca-se entender como as relações entre cidadãos e os Poderes Estatais se desenvolvem e a implicação que promovem diante do contexto democrático do país. O questionamento que orienta a pesquisa relaciona-se com a possibilidade da cidadania ativa servir como um limitador à prática do presidencialismo de coalizão. Nesse escopo, busca-se analisar como a internalização da democracia pode influenciar na prática da cidadania ativa, a fim de que seu exercício contraponha-se aos prejuízos causados pela política de coalizão, quando exercida de forma a perpetuar práticas clientelistas.

Para desenvolver essa pesquisa, no capítulo inicial, promove-se uma análise sobre o contexto de formação democrática no Brasil. No segundo capítulo, volta-se a análise para o desenvolvimento das relações entre os Poderes da República, especialmente no tocante à prática do presidencialismo de coalizão. Por fim, no último capítulo, promove-se uma análise quanto à internalização da democracia, a fim de estimular a prática da cidadania ativa, e seus reflexos limitadores das condutas do presidencialismo de coalizão que auxiliam na disfunção da democracia no país.

O presente trabalho caracteriza-se como uma pesquisa qualitativa bibliográfica, baseada em livros, artigos científicos e doutrinas, a fim de obter uma possível resposta para a problemática apresentada. A abordagem do tema é feita pelo método hipotético-dedutivo. A pesquisa, por sua vez, se efetua pelo método de procedimento analítico. O estudo está vinculado à linha de pesquisa de Constitucionalismo Contemporâneo do Mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

2 CONTORNOS FORMATIVOS DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A democracia constitucional brasileira, como é conhecida atualmente, surgiu após um longo período autoritário. Nesse contexto, a percepção da população brasileira quanto a um

Estado que pressupõe a participação popular como ferramenta essencial para o seu adequado funcionamento demonstra-se, por vezes, distorcida ou insuficiente. Aliado a isso, tem-se que os governos que precederam o período ditatorial brasileiro tampouco estimularam a vivência democrática entre os cidadãos. Dessa forma, o advento da Constituição Federal de 1988 introduziu ao contexto brasileiro uma forma de atuação e percepção completamente nova sobre cidadania, sobre Estado e sobre a atuação do cidadão perante a Administração Pública.

Diniz (1982), em um contexto de bipartidarismo que permeou a Ditadura Militar, discorreu sobre o fenômeno de atuação da máquina política, que desenvolveu suas relações com eleitores e potenciais apoiadores pautadas no clientelismo. Nas palavras da autora, as relações se perpetuavam a partir de “incentivos e recompensas materiais na estruturação e funcionamento das máquinas políticas”. Essa prática que envolvia diversas condutas que objetivavam vantagens particulares por meio da utilização de recursos ou influência pública incluía, sobretudo, na concessão de vantagens financeiras imediatas:

o acesso a empregos e cargos na administração pública pela manipulação da influência política dos dirigentes e quadros partidários, a obtenção de privilégios de diferentes tipos, desde contratos de fornecimento de bens e serviços para órgãos governamentais, até a maximização das oportunidades de realização de negócios particulares através da utilização de contatos políticos e tráfico de influência, ou ainda a concessão de licenças para diversas finalidades, isenções fiscais e outros tipos de benefícios e vantagens, freqüentemente irregulares ou ilegais (DINIZ, 1982, p. 27).

De outro lado, a máquina política não seria capaz de abarcar todos os seus apoiadores na estruturação da Administração Pública. Quanto aos apoiadores menos influentes, agraciava-os com serviços assistenciais e de caráter de auxílio pessoal, por meio de “uma bolsa de estudos ou a obtenção de uma vaga em num hospital para a internação de um doente” (DINIZ, 1982, p 28). De igual forma, no caminho para a retomada democrática, essas práticas fisiológicas também ocorriam entre os próprios políticos, uma vez que havia uma relação associativa entre o Presidente da República e o desenvolvimento de sua governança com o apoio do Poder Legislativo. Todavia, esse apoio dependia do “acesso a recursos e cargos governamentais”, gerando assim, “poderosos incentivos ao toma-lá-dá-cá, ao clientelismo e à patronagem” (ABRANCHES, 2018, p. 79).

Tal prática, de desenvolvimento dessa política de promoção de apoio em razão de concessão de benefícios durante a retomada democrática, ao final do período ditatorial, foi identificada, inclusive, na atuação da Assembleia Constituinte que desenvolveu a Constituição Federal de 1988, consoante descreveu Ames (2003, p. 339):

A descoberta mais notável, sem dúvida alguma, foi a importância do fisiologismo nas posições relativas ao interesse público. Na Assembléia Constituinte, os deputados podiam ser comprados, ou pelo menos alugados, e os que tinham sido beneficiados com verbas públicas para suas regiões votaram a favor do Executivo, contra o Congresso, contra medidas trabalhistas e relutaram em apoiar a democracia popular. A importância dos benefícios diretos para os deputados mostra com eloquência a fragilidade dos vínculos entre eleitores e seus representantes nas questões de interesse nacional.

Nesse contexto, infere-se que a finalidade política de um governo relaciona-se mais com a garantia de obtenção do poder, do que com o desenvolvimento de projetos de melhoria de condições sociais. A máquina política utiliza-se da Administração Pública para a garantia de interesses particulares e perpetua que os cidadãos o façam de igual forma, mesmo que a obtenção das vantagens de finalidades pessoais desses seja de relevância mais objetiva e imediata. “Nossa sociologia política contém fatores que levam a um sistema de representação precário e a uma sociedade que se acostumou a tolerar o intolerável e a se contentar com o mínimo funcional” (ABRANCHES, 2018, p. 14).

Em que pese essa descrição quanto à relação entre políticos e eleitores e suas motivações remeta-se ao período ditatorial, de forma corriqueira identifica-se o seu desenvolvimento no contexto atual. Esse modo de operação não é uma prática que ficou no passado; foi transposta para atuação dos governantes no modelo democrático inaugurado no ano de 1988. Para Leal (2020, p. 32), as relações de clientela no país continuamente foram assinaladas “pela (in)capacidade dos gestores, maior ou menor, de resolver os conflitos dentro da sociedade onde os recursos são escassos, alocando os benefícios de forma a gerar um mínimo de aceitação entre os participantes”.

Assim, na próxima seção será feita uma análise do desenvolvimento das relações entre políticos no contexto da democracia constitucional de 1988. A partir do estudo do desenvolvimento de coalizões entre os Poderes Executivo e Legislativo, visa-se identificar a manutenção de práticas fisiológicas nas relações de poder desenvolvidas hodiernamente, a fim de identificar condutas que se assemelham a da máquina política no contexto autoritário, que estimulam o distanciamento dos cidadãos da participação política e da sua essencialidade nesse processo.

3 O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: CRÍTICAS AO SEU DESENVOLVIMENTO NA ATUALIDADE

A Constituição Federal¹ elencou em suas disposições iniciais os fundamentos do Estado. São eles: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político. No que diz respeito ao fundamento do pluralismo político, “nossa sociedade deve reconhecer e garantir a inclusão, nos processos de formação da vontade geral, das diversas correntes de pensamento e grupos representantes de interesses existentes no seio do corpo comunitário” (ALEXANDRINO E PAULO, 2019, p. 93). Assim, o Estado Democrático de Direito precisa abarcar a pluralidade de opinião que permeia uma sociedade, fornecer meios que garantam a representação de todas as instituições e suas nuances de diversidade.

Dessa forma, o agrupamento de afinidades ideológicas se dará, entre outras formas de organização da sociedade civil, por meio dos partidos políticos no contexto eleitoral. O fundamento do pluralismo político oportuniza a criação de tantos partidos quantos forem necessários para que o povo sinta-se representado, desde que “resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”, conforme determinou a Constituição Federal². Nesse contexto, há no Brasil 32 (trinta e dois) partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL, 2022). Nas eleições de 2018, segundo dados de Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar, 30 (trinta) partidos garantiram representação na Câmara dos Deputados; e no Senado Federal, 22 (vinte e dois) partidos dividiram os 81 (oitenta e um) cargos de Senadores.

Para Nicolau (2017, p. 73) “em decorrência da alta fragmentação partidária, todos os presidentes do atual ciclo democrático tiveram de fazer amplas coalizões no Legislativo para governar”. Nesse contexto, ao assumir a chefia do Poder Executivo, o Presidente da República poderá ter um impasse no momento de exercer a governabilidade, frente à representação multipartidária no Congresso Nacional (VIEIRA, 2018). Diz-se isso, pois, em que pese haja independência entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, o presidente da República “para

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. [...]

² Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana [...].

enfrentar a sua agenda de problemas, [...] tem que governar com uma coalizão multipartidária” (ABRANCHES, 2001, p. 12).

Essa coalizão diz respeito à necessidade de negociação de projetos entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, característica da política brasileira, denominada por Abranches (1988, p. 21-22) como “presidencialismo de coalizão”. A expressão expõe a necessidade que o Presidente da República tem em promover negociações, buscando firmar acordos com os partidos políticos com maior representatividade no Congresso Nacional, para obter apoio parlamentar a fim de implementar suas políticas de governo.

O Executivo, na versão de 1988 do presidencialismo de coalizão, passou a ter a iniciativa exclusiva de propor projetos de lei orçamentária e sobre matéria tributária. Tal poder foi turbinado pela faculdade de legislar por medida provisória, a sucessora do famigerado decreto-lei dos militares, e de pedir urgência para projetos de lei em votação. Incorporou elementos centralizadores oriundos do regime militar e alterou em aspectos fundamentais o equilíbrio de forças entre o Executivo e Legislativo, em favor da Presidência da República. (ABRANCHES, 2018, p. 75).

Esse cenário decorre em razão das características institucionais da democracia brasileira (ABRANCHES, 1988). Nesse sentido, há um Poder Executivo em que há uma grande concentração de poderes, visto que compete ao Presidente legislar sobre “as principais áreas de política: tributação, orçamento e fixação dos quadros do funcionalismo” (LIMONGI, 2006, p. 27). Caso não obtenha o apoio parlamentar de forma majoritária para levar adiante a votação do projeto legislativo, esbarra na dificuldade de garantir a sua governabilidade.

Dessa forma, para sanar os conflitos de uma sociedade complexa e multicultural, fez-se necessário encontrar um ponto em comum entre os interesses do Presidente da República e dos Congressistas, para execução do projeto de governo presidencial, bem como dos interesses populares representados pelos parlamentares. Todavia, dada as práticas clientelistas tão fomentadas no histórico formativo da democracia brasileira, essa necessidade de negociação entre os poderes tende a se desenvolver pautada em interesses de caráter oligárquicos, em que os objetivos visados não garantem a construção de melhorias que amparem a sociedade de forma coletiva, mas que garantem privilégios a pequenos grupos. Abranches (2018, p. 9-10) narrou que:

O presidencialismo de coalizão nasceu em 1945, durou dezessete anos, descontando-se o interregno parlamentarista de setembro de 1961 a janeiro de 1963. Foi reinventado e praticado por trinta anos na Terceira República (1988-atual). Ele combina, em estreita associação, o presidencialismo, o federalismo e o governo por coalizão multipartidária. Evoluiu ao longo dessas três décadas, com mudanças de regras, em conjunturas bastante variadas e com resultados diferenciados. Houve um

elemento de ensaio e erro no desenho das regras do jogo político eleitoral. Há uma queda de braço permanente entre os que querem o modelo mais democrático, menos clientelista e menos vulnerável à corrupção, e aqueles que, ao contrário, lutam para preservar o status quo oligárquico, clientelista e vulnerável à influência ilegal dos endinheirados. Essa clivagem não se confunde com a divisão esquerda/direita. O clientelismo oligárquico, que limita o escopo da democracia e interfere na formação das coalizões, existe à esquerda e à direita do espectro político.

Nesse escopo, a prática do presidencialismo de coalizão no contexto brasileiro, tem permitido, em diversas oportunidades, a perpetuação de condutas antidemocráticas em um sentido de que as motivações que perpassam a formação das coalizões, por vezes, pautam-se em princípios que não visam práticas lícitas e probas em prol das melhorias das condições sociais. Nesse sentido, Schier (2016, p. 54) descreve que o presidencialismo de coalizão diz respeito a “um arranjo institucional que combina presidencialismo, multipartidarismo, sistema proporcional com lista aberta para eleições no parlamento e federalismo”; segundo o autor, “é uma combinação encontrada em poucas democracias e que, de partida, é problemática”.

Como apontado na seção anterior, o desvirtuamento das finalidades da coalizão, por vezes decorre, entre outros fatores, das heranças formativas desenvolvidas em contextos autoritários, por governos perpetuadores de fisiologismos na formação da democracia brasileira. As práticas formativas do desenvolvimento do presidencialismo de coalizão foram descritas por Avritzer (2016, p. 10), que pontuou que o presidente da república passa a estruturar “amplo acordo político ou aliança interpartidária. Essa negociação tem como moeda de troca recursos públicos alocados no orçamento da União ou cargos distribuídos nos ministérios”.

No que diz respeito à alocação de recursos públicos, os parlamentares estão interessados nas emendas parlamentares como moeda de troca de apoio ao governo presidencial. Segundo Abranches (2018, p. 79) “sem a ação federal em seu favor nos estados e municípios, sempre carentes de recursos federais, o parlamentar perde as condições de elegibilidade”. Nesse sentido, o parlamentar, que também foi eleito com promessas de conquistas em seu mandato, sejam elas de interesse local ou de interesse de determinado grupo específico, precisa aliar seus objetivos com o interesse do Poder Executivo, a fim de que ambos obtenham sucesso no desenvolvimento de seu projeto político.

Outra forma de negociação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo diz respeito ao preenchimento dos Ministérios Presidenciais. Abranches (2018, p. 88) discorreu:

Como os ministérios têm papel relevante na indicação das prioridades de gasto, os cargos de primeiro, segundo e terceiro escalão se tornam, junto com as verbas orçamentárias, recursos de barganha na formação e no manejo das coalizões. Esse Executivo poderoso, transformado em poder concedente no plano fiscal, negocia com

um Congresso demandante, cujo objetivo central é obter a liberação de recursos para suas bases eleitorais.

Assim, evidencia-se que o sucesso presidencial dependerá da capacidade de articulação do Presidente da República para com os detentores dos mandados eletivos do Poder Legislativo e os interesses que permeiam a negociação. A composição governamental e o orçamento público disponível serão a moeda de negociação entre os Poderes para composição de um projeto de governo. No entanto, desse arranjo institucional para o desenvolvimento da política nacional, surgem críticas quanto aos seus possíveis prejuízos.

Alguns autores sugerem que o sistema do presidencialismo de coalizão instituído no Brasil poderia gerar instabilidade política, pois tendencia à possibilidade de conflitos entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo caso não cheguem a um denominador comum, quando da negociação de projetos. Pode-se perceber essa interpretação, por exemplo, na colocação de Schier (2016, p. 254-255):

O presidencialismo de coalizão é, ao mesmo tempo, como se disse, um arranjo institucional e um modo de comportamento do presidencialismo. [...] Por um lado a combinação de multipartidarismo e sistema proporcional de eleição gera composições parlamentares fragmentadas. [...] Por outro lado o presidencialismo demanda que o chefe do Poder Executivo tenha apoio do parlamento para implantar a sua agenda e suas políticas mas, em face de um legislativo fragmentado, as relações tendem a ser conflituosas. [...] Em sistemas parlamentaristas quando os conflitos entre Executivo e Legislativo são muito fortes ou insolúveis existem válvulas de escape: voto de desconfiança com a respectiva queda do gabinete ou, em alguns casos, dissolução do próprio parlamento com convocação de eleições. Tais saídas não existem no presidencialismo, onde o chefe do Poder Executivo só pode ser retirado do cargo pelo término do mandato ou eventualmente através de processo de impeachment no caso da prática de crime de responsabilidade. [...] A combinação institucional pode gerar, ao menos tendencialmente, instabilidade política.

Pode-se inferir, pela colocação do autor, que o presidencialismo de coalizão tem uma tendência à paralisia na agenda programática em caso de descompasso entre os interesses do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Tal percepção é fática e quando aplicada ao contexto brasileiro torna-se essencialmente preocupante, pois, a primeira vista, não há meios institucionais capazes de contornarem eventual impasse entre os Poderes Estatais, salvo a destituição de cargo executivo por meio de impeachment. A partir dessa situação, com o intuito de sanar conflitos programáticos, justificam os envolvidos nessa negociação, a desvirtuação da finalidade da coalizão partidária com intuito de encontrarem um denominador comum.

Assim, emerge outra crítica ao presidencialismo de coalizão que vem se fortalecendo no cenário nacional: ao apontar que a estabilidade dos governos tem tido um alto custo para a sociedade brasileira. Segundo Carazza (2018, p. 119):

Nos últimos anos, o alto preço cobrado pelos partidos para garantir a governabilidade dos presidentes da República tem ficado mais explícito. As revelações da Operação Lava Jato têm indicado como esse equilíbrio de forças entre o chefe do Poder Executivo e os grandes caciques do Parlamento, demonstrado nos trabalhos de Limongi e Figueiredo, é extremamente dispendioso para a sociedade. E mais do que isso: ao longo das negociações surgem excelentes oportunidades de ganhos para os grupos de interesses que saibam se aproveitar das brechas geradas pelo nosso presidencialismo de coalizão.

Nesse sentido, a partir da prática do presidencialismo de coalizão, a corrupção teria se instalado no sistema de governo brasileiro atual. A necessidade de negociação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, estaria por contaminar a consolidação da democracia no país, ao ponto que a necessidade de formação de coalizões estaria desvinculando a prática política dos ideais republicanos e democráticos, uma vez que os governantes promovem a negociação de interesses particulares para concessão de apoio político ao invés de preocuparem-se com a administração da coisa pública.

Nesse contexto, percebe-se que o desenvolvimento da política brasileira, especialmente em decorrência do presidencialismo de coalizão, reforça a lógica do exercício político por meio da prática de concessão para obtenção, perpetuando o desvirtuamento das condições democráticas no Brasil, ao ponto que mantém suas práticas relacionadas ao clientelismo. No entanto, não é viável atribuir a corrupção à necessidade de construção de apoio político, uma vez que em qualquer sistema de governo é preciso alcançar apoio majoritário. Essa necessidade de diálogo entre os poderes estatais, em que pese à experiência brasileira permita inferir se tratar de um meio capaz de perpetuar práticas clientelistas, demonstra-se essencial para o desenvolvimento da política atual.

Isso decorre, especialmente, a partir da nova significação da teoria constitucionalista e do sistema democrático, nas palavras de Schier (2016, p. 265) “agora, ainda mais plural, ainda mais substancial, reflexo da complexização das sociedades contemporâneas”. Todavia, esse modelo de desenvolvimento político, pressupõe, para o seu efetivo funcionamento, um acompanhamento permanente de suas práticas, tal como exige a própria democracia; necessitando, então, de uma atuação e fiscalização constante por parte da sociedade civil. Dessa forma, na próxima seção, será introduzida a ideia da atuação ativa dos cidadãos, por meio da internalização da democracia e do princípio republicano, como contraponto ao presidencialismo de coalizão.

4 A MANUTENÇÃO DO STATUS QUO A PARTIR DE PRÁTICAS CLIENTELISTAS E A NECESSIDADE DE INTERNALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA COMO CONTRAPONTO A ESSE CENÁRIO PERPETUADO PELO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

No Brasil, há um evidente descomprometimento com a eleição de representantes, uma vez que os cidadãos não se sentem parte componente do sistema político, pois a atuação dos governantes não atende as expectativas dos eleitores, que não se identificam com a forma que as relações políticas se desenvolvem, especialmente no que diz respeito à prática de negociação entre os poderes estatais. Em consequência, perpetua-se como normalidade condutas corruptas e ineficazes no desenvolvimento da política, o que funciona como uma injeção letárgica no progresso democrático.

Identifica-se que a manutenção de práticas desvirtuadas na relação da formação do cenário político entre eleitores e representantes ocorre em detrimento do desenvolvimento das instituições sociais e democráticas, bem como da própria participação popular na formação da vontade política. O estímulo à permanência do desenvolvimento das relações políticas pautadas em concessões de benesses a partir da alocação de cargos, verbas ou serviços públicos, ou seja, em práticas clientelistas “representa um importante mecanismo de controle social em benefício de uma dada constelação de interesses dominantes” (DINIZ, 1982, p. 45).

Portanto, a despeito de caracterizar-se por um estilo essencialmente pragmático, a máquina política não pode ser entendida como um partido destituído de significado ideológico. O pragmatismo tem um sentido, tem uma implicação ideológica, que é dada pelas características macrosociais, ligadas às relações de dominação e de poder que definem o modo de regulação do fluxo de recursos, numa dada sociedade. Nesse sentido, o pragmatismo reproduz uma lógica conformista, que implica aceitação e reforço do estado de coisas vigente. Privilegiando um estilo de acomodação e uma tática adaptativa, termina por favorecer a inércia das políticas estabelecidas e, portanto, a preservação de uma dada ordem político-institucional. Como é sabido, uma estratégia de omissão e de não decisões opera basicamente em benefício dos interesses dos status quo [...] (DINIZ, 1982, p. 44).

A manutenção do clientelismo na formação da vontade política do país tende a prejudicar o desenvolvimento das instituições democráticas, bem como o avanço nas condições de melhoria social, pois objetiva a permanência do status quo, ou seja, a manutenção de benesses, a partir dos recursos públicos, para um grupo privilegiado e restrito de participantes-beneficiados. Tal prática destoa profundamente dos fundamentos da Constituição de 1988, no que diz respeito à finalidade democrática e o ideal republicano, em que a administração da coisa pública deve ser desenvolvida em prol de melhorias coletivas para o povo. Para Abranches (2018, p. 13) a

qualidade da democracia é mensurada pelo funcionamento adequado “de suas regras e instituições, pelos bons resultados cumulativos de seus governos, expressos em boas condições gerais de vida social, da economia, dos serviços públicos e privados”.

Entretanto, a permanência da formação da vontade política pautada na obtenção de privilégios pessoais ou de grupos afasta o cidadão da lógica do Estado Democrático de Direitos. Nesse sentido, Leal (2020, p. 2) descreveu que essas práticas “tem amortecido determinadas reações de indignação e resistência social a tais tipologias governamentais, mantendo a Sociedade Civil em letargia política”. Leal (2020, p. 32) sustenta, ainda, que essa relação de dependência das práticas clientelistas entre políticos e eleitores só pode ser superada “na medida em que a mobilização da sociedade, conjuntamente com o alargamento dos direitos civis e políticos a um maior número de pessoas, ganha fôlego e escala significativos”.

Para tanto, a compreensão do ideal democrático pelos cidadãos demonstra-se como fator determinante para a superação da bagagem formativa oriunda do período ditatorial: o desenvolvimento político por meio de práticas clientelistas. Nesse sentido, o ideal democrático tem por base dois princípios que se demonstram essenciais para a compreensão do real significado da relação entre o povo e o poder político do Estado. São eles: a soberania popular e a participação popular (SILVA, 2005). Segundo o autor, o princípio da soberania popular consiste em dizer que deriva do povo todo o poder do Estado, logo, é o povo a fonte unitária do poder estatal. Já no que diz respeito ao princípio da participação popular, o autor sugere que deve haver participação direta ou indireta do povo no poder, “para que este seja efetiva expressão da vontade popular” (SILVA, 2005, p. 131).

A democracia exige, então, como condições essenciais para sua existência, o reconhecimento da soberania popular, permeando o sentido de que só é genuíno o poder que sobrevém do povo, o poder que corresponde aos interesses da população, bem como só é legítimo o poder em que há participação popular; o povo necessariamente precisa ter envolvimento com o político. Segundo Carvalho (2018), a cidadania ultrapassa a qualificação de quem é portador de direitos políticos; para ele, a cidadania desdobra-se em adquirir todas as dimensões de direitos, tais como civis, políticos e sociais.

Carvalho (2018, p. 16-17) em interpretação do entendimento de T. A. Marshall, que descreveu as dimensões de cidadania com base no processo ocorrido na Inglaterra, sugere que a sequência lógica de aquisição de direitos seria a conquista dos direitos civis, relacionados às liberdades particulares; com isso, os cidadãos passariam a desenvolver o interesse por envolvimento nas questões estatais, representando a aquisição de direitos políticos; para então,

reivindicar direitos de interesse coletivo, os chamados direitos sociais. Assim, originar-se-ia um cidadão pleno. No entanto, o autor aponta que, apesar de a organicidade da aquisição de direitos conforme narrou Marshall seja lógica, nem todos os países a desenvolveram igualmente, o que garante, nas palavras de Carvalho (2018, p. 17) à cidadania uma característica de “fenômeno histórico”.

Nesse ínterim, não há uma organização padrão de desenvolvimento da cidadania, ela se dará de forma individualizada em cada Nação, a depender do contexto histórico em que está inserida. Todavia, o que se pode extrair do entendimento de Marshall (1967, p. 84) sobre a cidadania é que ela pressupõe “um elo de natureza diferente, um sentimento direto de participação numa comunidade baseado numa lealdade a uma civilização que é um patrimônio comum”. A aquisição de direitos do cidadão brasileiro não seguiu a lógica indicada por T. A. Marshall, o povo brasileiro teve acesso primeiro aos direitos sociais, que foram concedidos pelo Estado, antes mesmo da introdução de direitos civis ou políticos de forma ampla, o que, nas palavras de Carvalho (2018, p. 221), “gera uma excessiva valorização do Poder Executivo”, pois foi esse poder que concedeu ao povo brasileiro os direitos sociais. Nesse sentido, afasta-se a lógica de obtenção de direitos por meio da luta, da conquista, internalizando uma interpretação de desenvolvimento social pautada na negociação e na concessão de benesses.

Dessa forma, no Brasil, há uma distorção sobre de onde se origina o poder estatal. Não há uma percepção clara de que o poder estatal emana do povo. A melhoria de condições sociais está relacionada como a concessão de benefícios concedidos pelo Poder Executivo (CARVALHO, 2018). No entanto, não há como um poder estatal conceder algo ao povo, pois todo o patrimônio estatal é coisa pública, é por direito, riqueza do povo. Essa ausência de consciência republicana promove uma tendência em atribuir o envolvimento político como coisa de político e não de povo (LINZ E STEPAN, 1999), tal como se os direitos concedidos ao povo fossem favores da administração pública e não direitos necessariamente pertencentes aos cidadãos.

Assim, infere-se que há uma tendência, pelos cidadãos brasileiros, em não reconhecerem-se como peça fundamental do desenvolvimento democrático; parte disso, por vezes, remonta aos contornos autoritários em que se desenvolveram, bem como a ideia de política como sinônimo de clientelismo, meio de obtenção e concessão de benefícios. Em consequência, identifica-se a ausência de democratização das instituições em que o cidadão está inserido, tal como a família, o ambiente de trabalho, entre outros espaços de tomada de decisão.

Ao encontro dessa interpretação, Bobbio (2001, p. 155) discorre no sentido que “o processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas através

da integração da democracia representativa com a democracia direta”, pressupõe, especialmente, a “extensão da democratização – entendida como instituição e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo – a corpos diferentes daqueles propriamente políticos”.

Dessa forma, essa ausência da internalização da democracia no cotidiano do cidadão brasileiro influencia o desenvolvimento de todo o cenário político do país. As instituições públicas expandem-se às avessas da democracia, uma vez que para sua composição e atuação mantêm práticas ultrapassadas de favorecimento e clientelismo. Isso acarreta em uma distorção do desenvolvimento das instituições democráticas, o que, conseqüentemente, afasta o cidadão da prática política e enfraquece a percepção quanto a sua essencialidade nesse processo.

Nesse contexto, a fim de superar a insatisfação ante as práticas fisiológicas perpetuadas pelo presidencialismo de coalizão, os cidadãos precisam atuar de modo a garantir que o diálogo entre os poderes estatais ocorra comprometido com a promoção de melhorias reais ao cenário social. Movidos pelo desgosto com as práticas institucionais, aos cidadãos compete garantir o processo de aperfeiçoamento das instituições democráticas, por meio da internalização da democracia em seus cotidianos; a fim de que os ambientes sociais permitam a discussão ativa dos cidadãos, tornando-os efetivos agentes participativos no debate político, ao ponto que a cidadania é fundamento do Estado Democrático de Direito e apenas por meio de seu exercício será possível a superação do status quo que visa garantir a manutenção de privilégios apenas a um grupo seleto de envolvidos, por meio de práticas clientelistas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma análise do contexto de desenvolvimento da democracia brasileira, percebe-se que origens autoritárias influenciam diretamente no desenrolar da atividade política do país na contemporaneidade. Nesse sentido, visualiza-se que há excessiva valorização do Poder Executivo pelos cidadãos brasileiros, prática que remonta aos períodos pretérios de pouca participação popular no desenvolvimento da política estatal, influenciando em uma internalização do desenvolvimento social pautado na concessão de benesses. Essa hipótese se reforça, inclusive, pela característica de desenvolvimento da política entre os Poderes Estatais, que foi denominada como presidencialismo de coalizão.

Tal característica de negociação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, que perpetua o primeiro como poder concedente e o segundo como poder demandante, por vezes,

auxilia na manutenção de práticas clientelistas que desvirtuam o desenvolvimento democrático no país. É o que se extrai, inclusive, dos diversos escândalos de corrupção amplamente divulgados pela mídia. Conseqüentemente, essa disfunção no desenvolvimento da atuação estatal promove um afastamento do cidadão da prática política cotidiana, ao ponto que não se identifica com as condutas promovidas. Assim, enfraquecendo cada vez mais a percepção do cidadão quanto a sua essencialidade no desenvolvimento do contexto sociopolítico do país, retardando o progresso da democracia no Brasil.

Todavia, esse cenário pode ser superado por meio da internalização da democracia no cotidiano do cidadão brasileiro. Com a busca pela educação cívica, que só se encontra na vivência democrática em todas as instâncias do cotidiano, o cidadão brasileiro se torna, efetivamente, ator soberano do poder estatal, podendo, então, influenciar os rumos da política de seu país. Com isso, valendo-se da adoção de práticas vinculadas à cidadania ativa, tais como fiscalização e o comprometimento constante com a atividade política e institucional, pode-se inferir que a democracia ativa contrapõe-se à prática do presidencialismo de coalizão que perpetua condutas clientelistas, agindo como um limitador dos prejuízos dessa política institucional, a fim de superar a manutenção do status quo em que apenas um grupo seletivo de envolvidos é capaz de definir os rumos da política brasileira.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro.

Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, p. 5-34, 1988. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4251415/mod_resource/content/1/AbranchesSergio%281988%29_PresidencialismodeCoalizao.pdf>. Acesso em: 01 maio 2022.

ABRANCHES, Sérgio Henrique. A democracia Brasileira vai bem, mas requer cuidados:

proposições sobre a democracia brasileira e o presidencialismo de coalizão. **XIII Fórum Nacional**,

Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <[https://www.inae.org.br/estudo/a-democracia-brasileira-](https://www.inae.org.br/estudo/a-democracia-brasileira-vai-bem-mas-requer-cuidados-proposicoes-sobre-democracia-brasileira-e-o-presidencialismo-de-coalizao/)

[vai-bem-mas-requer-cuidados-proposicoes-sobre-democracia-brasileira-e-o-presidencialismo-de-coalizao/](https://www.inae.org.br/estudo/a-democracia-brasileira-vai-bem-mas-requer-cuidados-proposicoes-sobre-democracia-brasileira-e-o-presidencialismo-de-coalizao/)>. Acesso em: 5 maio 2022.

ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2019.

- AMES, Barry. **Os entraves da democracia no Brasil**. Tradução Vera Pereira. Rio de Janeiro: FGV, 2003.
- AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 maio 2022.
- BRASIL. **Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar**. Novo Congresso Nacional em Números: 2019-2023. Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar, 2018. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2018/10/Novo-Congresso-Nacional-em-Numeros-2019-2023.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2020.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Partidos políticos registrados no TSE**. TSE, 2022. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-registrados-no-tse/registrados-no-tse>>. Acesso em: 5 maio 2022.
- CARAZZA, Bruno. **Dinheiro, Eleições e Poder: as engrenagens do sistema político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- DINIZ, Eli. **Voto e Máquina Política: Patronagem e clientelismo no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- LEAL, Rogerio Gesta. **Déficits democráticos na sociedade de risco e (des)caminhos dos protagonismos institucionais no Brasil**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- LIMONGI, Fernando. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos Estudos**, São Paulo, v. 76, p. 17-41, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002006000300002&script=sci_arttext>. Acesso em: 12 jun 2022.
- LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **A transição e consolidação da democracia: a experiência do sul da Europa e da América do Sul**. Tradução Patrícia de Queróz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

NICOLAU, Jairo. **Representantes de quem?** Os descaminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

SCHIER, Paulo. Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 20, p. 253-299, 2016. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/959/476>>. Acesso em: 11 jun. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes:** da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

O FENÔMENO DA PESCARIA PROBATÓRIA E OS MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICOS NAS OPERAÇÕES DE COMBATE À CORRUPÇÃO DA TUTELA (IN)EFETIVA DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS À INTIMIDADE E AO SIGILO PROFISSIONAL DO CONTADOR

Gustavo Noronha de Ávila

Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS); Docente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar).

Luís Gustavo Candido e Silva

Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (Unicesumar) com período sanduíche na Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo (UAEH); Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (Unicesumar).

Resumo: O presente trabalho busca estudar o fenômeno da pescaria probatória no processo penal, delimitando sua análise aos mandados de busca e apreensão genéricos expedidos em razão de profissionais da área de contabilidade. Desta forma, apresenta como escopo, refletir a medida à luz dos direitos de personalidade, levando-se em consideração especificamente o direito à intimidade e ao sigilo profissional do(a) contador(a). Como problema de pesquisa, procura-se indicar a possibilidade ou não da pescaria probatória, utilizada por intermédio de mandados genéricos de busca e apreensão, ser um instrumento de tutela ou violação dos direitos personalíssimos do(a) contador(a) no exercício de sua profissão, ou até mesmo fora dela. Como método de abordagem, fora utilizado o hipotético-dedutivo, sendo que, valendo-se de técnicas de procedimento diversas, o desenvolvimento do trabalho se pautou em análises bibliográficas, documentais, doutrinárias, jurisprudenciais, descritivas e exploratórias. Nestes termos, o artigo conclui que, os mandados de busca e apreensão genéricos são capazes de se apresentarem como verdadeiros instrumentos de legitimação do fenômeno conhecido como pescaria probatória e, se expedidos em desfavor dos(as) contadores(as), podem acabar violando os seus direitos de personalidade relacionados à intimidade e ao sigilo profissional.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade. Processo Penal. Intimidade. Sigilo Profissional. Pescaria Probatória.

Submetido em 1º de novembro de 2022. Aprovado em maio de 2023.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a pretensão de estudar o fenômeno da pescaria probatória, também conhecida como *fishing expedition*. Trata-se de conceito desenvolvido pelos norte-americanos para retratar a prática policial consistente em exceder a linha investigativa com aparência de legalidade, ou seja, proceder a investigação para além dos limites estabelecidos pelos meios tradicionais de obtenção de prova.

Procura-se inicialmente, formular uma breve análise sobre os avanços do processo penal anglo-saxão e suas projeções para além das fronteiras dos países de tradição *common law*, o que se fará a partir da tese de americanização do processo penal construída por autores de direito comparado. Posteriormente, procura-se apresentar uma reflexão sobre a (in)compatibilidade muitos institutos jurídicos que tentam ser importados, abordando-se de forma específica o fenômeno da pescaria probatória em relação aos direitos de personalidade dos investigados ou processados. Para tanto, com o fim de se delimitar a pesquisa, procura-se analisar a prática da pescaria probatória em desfavor dos profissionais de contabilidade, verificando-se a possível violação dos direitos personalíssimos à privacidade dos mesmos.

Como método de abordagem, utiliza-se o hipotético-dedutivo, sendo que, a pesquisa com técnicas de procedimentos de revisão bibliográfica, exploratória e documental, procura-se desenvolver a presente pesquisa.

A premissa menor será de que a tradução da referida prática em âmbito nacional possa ter o potencial de deturpar a ordem constitucional do processo, entendido, aqui, como um instrumento de legitimação do poder punitivo.

Em outras palavras, o que se fará é, analisar se o referido instituto revela uma prática afrontadora de garantias ínsitas ao *due process of law*, violando direitos da personalidade que são expressivamente caros ao sistema de justiça criminal, como a inviolabilidade da vida privada, traduzidas nesse artigo pelo recorte, intimidade e sigilo profissional.

Com o fim de se delimitar a pesquisa, optou-se por analisar a prática do *fishing expedition* nas situações específicas que podem envolver os profissionais contábeis, conquanto notadamente são alvos reiterados na busca por provas atinentes às operações que se autointitulam de: anticorrupção.

Em suma, a pretensão do trabalho é verificar a (i)legitimidade da prática da pescaria probatória, caso for encartada pela agencias policiais no ordenamento jurídico brasileiro, com base nos direitos da personalidade correlatos ao devido processo penal, analisando-se mais

especificamente a questão dos envolvimento de profissionais contábeis e o indispensável sigilo profissional e resguardo da intimidade.

Destaca-se por fim que, a presente análise não procura relatar a presença de casos de pescaria probatória no Brasil, ou tampouco analisar um caso específico, mas tão somente compreender o referido fenômeno e verificar sua compatibilidade com os direitos personalíssimos relacionados à intimidade e ao sigilo profissional do contador no exercício de suas funções.

2. O FENÔMENO DA PESCARIA PROBATÓRIA E OS MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICOS

Goldschmidt afirmou que o processo é o termômetro democrático de uma civilização (GOLDSCHIMIDT, 2018, p.67). Se destaca que se pode saber muito sobre um país ao se analisar a dinâmica de seus processos criminais. Aliás, não é à toa que parte da história humana tenha se constituído entre tribos e tribunais.

Antes de trabalhar com o fenômeno da pescaria probatória propriamente dito, algumas reflexões sobre a função do processo penal devem ser abordadas. A propósito, a prudência recomenda sempre uma dose de reflexão sobre o sistema de justiça criminal.

Os americanos intitulam o fenômeno processual de forma bastante simples: *fair-trial*¹. Parece bastante óbvio que a sensação que se tenha diante da figura de um procedimento em contraditório, perante uma autoridade judicial, seja de justiça. Mais que isso, a tradição cultural fez com que os tribunais fossem conhecidos como “palácios da justiça”.² Não se olvida, no entanto, que por vezes o que acontece dentro dos tribunais não guarde qualquer pertinência com conceitos variados sobre o que se entende por justo. Não é incomum, para usar a expressão mais correta, que muitos julgamentos sejam percebidos como injustos.³

¹ Julgamento justo, em tradução livre, é a expressão utilizada no contexto norte americano para definir o sistema de justiça, lembrando-se que lá se trata de um sistema adversarial, cujo julgamento se dá por pares, semelhante ao sistema de júri. Para uma análise do procedimento criminal americano, ver LANGBEIN, John Harriss. *The origins of adversary criminal trial*. Oxford studies in modern legal history, 2003.

² Aliás, vários dos tribunais pátrios são assim prenomiados, ou, ao menos, já tiveram a expressão como prenome em algum momento da história.

³ Há que se ter em mente, antes de tudo, que esse citado sentimento de injustiça por vezes não passa de mera percepção, pois, na mais das vezes, aquele que *perde* crê fielmente em sua razão e, portanto, a sentença que lhe vem desfavorável é tida por si como um produto injusto. Em outros termos, o que se quer acreditar e que apenas em quantidade ínfima dos casos as partes usam o processo para alcançar objetivos até mesmos ilícitos, seja alterando a verdade dos fatos, agindo de forma temerária, etc.

Seria no mínimo imprudente, entretanto, identificar de forma sistemática e sem critérios objetivos as razões que levam à afirmação de que, por vezes, os processos¹ são injustos. Não é, inclusive, essa a pretensão do presente trabalho. O que se quer, por oportuno, é demonstrar que o procedimento pode ser manipulado pelos atores jurídicos ao intuito de obedecer a seus próprios critérios decisórios. Ademais, o próprio *fair-trial* norte-americano, muitas vezes invocado para expressar um sistema de julgamento mais transparente, não é imune a tal crítica, notadamente porque se assemelha muito com o espetáculo teatral (TARUFFO, 2016), programado para dar a vitória ao mais astuto e não necessariamente àquele que detenha a razão (SCHÜNERMANN, 2016, p. 240-261). Neste sentido, observa-se o que apresenta Calamandrei, ao indicar que é feliz a coincidência quando o melhor preparado também carrega consigo a razão da questão enfrentada, porque assim, permite-se que o processo se converta na realização da justiça. (CALAMANDREI, 2003, p. 227)

Outra realidade é verificada quando se cogita de partes diametralmente opostas, onde o duelo não se dá por pares, mas pela astúcia de um em detrimento da ingenuidade de outro. Com efeito, de um instrumento de justiça, o processo pode muito bem ser palco dos objetivos mais egoístas e mesquinhos de uma das partes. A propósito, se desconhece qualquer trabalho que vise abolir remédios processuais que, de uma maneira ou de outra, visem exatamente a retratar casos em que isso possa ter ocorrido, como seria o caso da ação rescisória ou a revisão criminal.²

Essas percepções hodiernas que se tem em relação ao processo penal norte-americano não são inexpressivas para se analisar o contexto do sistema de justiça criminal brasileiro, e muito menos a prática da pescaria probatória, notadamente porque a tese da americanização do processo penal é uma realidade que paulatinamente vem se instaurando e ganhando corpo na doutrina pátria. (LANGER, 2017)

Isso é bastante claro quando se vê que alguns casos já são resolvidos com critérios de uma análise econômica do direito,³ ou técnicas de procedimento abreviado. Especial crédito à

¹ Neste momento, a expressão processo está sendo empregada não como o procedimento em contraditório que se dá perante o órgão julgador, mas como um conglomerado de ações, que delimitam a persecução penal, desde a fase inquisitiva à fase procedimental acusatória.

² Na essência, ambas as ações têm o propósito de corrigir erros de julgamento, cf. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado da ação rescisória**: das sentenças e de outras decisões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

³ O discurso nasceu na década de 1960 na escola de Chicago e, embora tenha algumas diferentes vertentes, a mais expressiva foi certamente aquela encabeçada pelo precursor Richard A. Posner, e seu famoso trabalho *the law and economics*. Muito se discute sobre a força dessa nova corrente, chegando-se a afirmar até mesmo que a própria emenda constitucional n. 45 de 2004 não foi nada além de uma imposição do banco mundial e a edição de seu documento técnico n. 319, que justamente cuidava nos interesses do capital afetos ao grande problema da morosidade judicial na América-latina. Sobre o tema, a propósito, pode-se observar a contribuição de Moraes da Rosa e Junior Marcelino (MORAIS DA ROSA; MARCELLINO JUNIOR, 2015, p. 18).

transnacionalização do processo penal norte-americano é devido à ampliação dos espaços de consenso,¹ considerados aqui desde aqueles procedimentos de crimes de menor potencial ofensivo, que seguem o procedimento simplificado dos juizados especiais criminais (Lei 9.099/90), até mesmo as esparsas e diversas legislações que tentaram regulamentar o instituto da colaboração premiada. Isso ainda sem mencionar a tentativa de se trabalhar com o instituto da *plea bargaining* por intermédio da figura da delação premiada (INOCENTE, 2021, pp. 21-24). Ainda sobre os acordos de delação, percebe-se que se chegou ao ponto de evidenciar-se que a existência do mesmo, nos moldes tratados nas grandes operações midiáticas, equivaleria ao reconhecimento de um novo modelo de justiça penal não epistêmico (MOURA; BOTTINI, 2017, p. 136).

Todas essas tentativas de importação de teorias jurídicas, se não se apresentam como uma inflexão natural do sistema de justiça, mas sim, como uma opção de atuação dos próprios órgãos julgadores (MORAIS DA ROSA, 2019, p. 269). Daí porque diz-se que os interesses dos atores jurídicos as vezes sobressaem ao interesse da justiça (CALAMANDREI, 2003, p. 226).

Com efeito, dentro de tudo o que se disse até então sobre a manipulação do procedimento com vistas aos interesses dos próprios atores processuais, há agora um campo de discussão sobre um novo modelo de tática aplicada ao jogo processual, importada diretamente do sistema *common law*², qual seja: o fenômeno da pescaria probatória, concernente à atuação ampla e (in)direcionada dos atores processuais nas investigações criminais.

O Brasil, nas últimas décadas, vem passando por grandes operações que tem como objetivos declarados o “combate à corrupção” (ZAFFARONI, 2012, p. 303). Destaca-se que em tais operações, muito vem se abordando sobre a (in)existência de mandados de busca e apreensão genéricos, capazes de fornecerem subsídios para investigações, denúncias ou até mesmo condenações criminais. O que se tem percebido é que a aceleração desenfreada tanto do processo como dos procedimentos persecutórios tem revelado um desprezo à técnica e ascensão de métodos menos coesos de investigação (MORAIS DA ROSA; JUNIOR, 2015). Na prática, os meios de obtenção de prova têm apresentado vícios que não são capazes de legitimar seu emprego, seja porque despidos de conteúdo (genéricos) ou mesmo porque deflagrados em momentos inoportunos.

¹ Sobre o tema é bastante eloquente as conclusões sobre a potencial expansão dos espaços de consenso no processo penal feitas por Vinícius Gomes de Vasconcellos (VASCONCELLOS, 2015).

² Direito comum, em tradução livre, pode ser definido como o macrocosmo de onde se origina a cultura jurídica anglo-saxã, da qual deriva a tradição norte-americana. É diametralmente oposto à cultura jurídica continental (europeia), da qual deriva a brasileira.

É justamente nesse contexto que surge a prática do *fishing expedition*, ou, como ficou conhecida no Brasil: da pescaria probatória. Em linhas gerais e bastante simplistas, a prática consiste no oportunismo das agências policiais em atuar com ou até mesmo sem ordem judicial, invadindo, com status de aparente legalidade, esferas privadas com base em pequenos ou poucos indícios, mas com a pretensão de localizar provas suficientes para legitimar as investigações ou uma possível criminalização (ZAFFARONI, 1981). Tais fenômenos apresentam-se pela existência de possíveis mandados de busca e apreensão abertos, não específicos e aptos a legitimarem qualquer tipo de atuação por parte do órgão policial.¹ Pontuando-se sempre que, como característica principal do instituto, tem-se o fator do excesso, ilegal ou que extrapola os limites da investigação delineada.

A prática reveste-se de “ares” de legalidade, conquanto normalmente encartada por intermédio de mandados de busca e apreensão genéricos, a documentos ou quaisquer outros instrumentos que estão para além da investigação, ingressando-se de forma ilegal nas esferas da vida privada de cada sujeito que, por algum motivo, encontra-se submetido ou faz parte do processo penal. Ou seja, é exatamente o que Cordeiro definiu como sendo o primado das hipóteses sobre os fatos: decide-se primeiro, depois buscam-se os elementos de confirmação. (CORDEIRO, 2000, p. 59)

Deturpa-se, por conseguinte, o sistema de justiça porque necessariamente atropelam-se garantias ínsitas ao Estado Democrático de Direitos (FERRAJOLI, 2011, p. 551). Não se tem, e é isso que se insiste, um processo com vistas à retrospectiva dos fatos, mas um procedimento que verdadeiramente constitui fatos de acordo com suas expectativas (LOPES JUNIOR, 2017, p. 341)

3. O EXERCÍCIO PROFISSIONAL DO CONTADOR E A SUA RELAÇÃO COM DEMANDAS PROCESSUAIS PENAIIS

A atuação do(a) contador(a), ainda pouco analisada sob a ótica do sigilo e da proteção da sua intimidade no momento do exercício profissional, vem ganhando relevo no cenário atual. Por se trabalhar com dados e questões financeiras extremamente secretas, confidenciais pelos clientes somente por razões de confiança plena, entende-se que aspectos relacionados ao segredo das informações trabalhadas e a proteção dos dados ali tratados, garantindo-se que serão resguardados, devem ser estudados com maior cautela. No entanto, para se compreender a referida garantia, primeiro se faz necessário analisar como estão se apresentando as

¹ É parte de um fenômeno ainda mais complexo consistente na ausência de fundamentação das decisões judiciais.

regulamentações referentes à tutela do sigilo profissional e da intimidade desses profissionais no ordenamento jurídico brasileiro.

A regulamentação da profissão ficou à cargo, inicialmente, da lei 9.295, de 27 de maio de 1946, alterada posteriormente pela lei 12.249, de 11 de junho de 2010. No entanto, com uma análise pormenorizada, se percebe que as referidas legislações não abordam de forma específica normativas relacionadas à proteção do sigilo ou da intimidade do profissional durante o exercício de sua função. Assim, tem-se que referência específica à uma tutela dos direitos ora estudados, poderá ser encontrada inicialmente somente na resolução 806, de 10 de outubro de 1996, expedida pelo Conselho Federal de Contabilidade e que apresenta o Código de Ética e Disciplina da profissão.

Em que pese já encontrar-se revogada e não apresentar uma seção específica para se tratar do sigilo e da intimidade do contador no exercício da profissão, o Código de Ética apontava uma seleção de direitos e deveres do profissional que poderiam, de uma certa forma, atuar como um norte interpretativo no que diz respeito às questões relativas ao sigilo.¹

A Norma Brasileira de Contabilidade, de 07 de fevereiro de 2019, revogando o antigo Código de Ética e Disciplina, estabelece novas normativas sobre o dever ético e disciplinar no exercício da profissão, deixando, por sua vez, de trazer especificações sobre a temática do sigilo e da intimidade. Assim, tem-se que as normativas referentes ao sigilo profissional existentes no código de ética revogado são mantidas em seu inteiro teor.

São a partir de tais normativas que se inicia o processo de construção das ideias relativas ao sigilo profissional e a intimidade do contador no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que, de acordo com Oliveira e Alvarega, a ausência de legislação ampla sobre a questão não pode ser motivo capaz de se concluir pela inexistência de tutela dos referidos direitos, conforme se analisa com trecho da obra a seguir apresentado:

Pela redação dessas normas deontológicas fica claro que a cláusula de sigilo é bastante restrita, uma vez que o CEPC admite a revelação do segredo em ressalvas previstas na

¹ Art. 2º: São deveres do profissional da contabilidade:

II – guardar sigilo sobre o que souber em razão do exercício profissional lícito, inclusive no âmbito do serviço público, ressalvados os casos previstos em lei ou quando solicitado por autoridades competentes entre estas os Conselhos Regionais de Contabilidade;

VI – renunciar às funções que exerce, logo que se positive falta de confiança por parte do cliente ou empregador, a quem deverá notificar com trinta dias de antecedência, zelando, contudo, para que os interesses dos mesmos não sejam prejudicados, evitando declarações públicas sobre os motivos da renúncia;

Art. 3º: No desempenho de suas funções, é vedado ao Profissional de Contabilidade:

X – revelar negociação confidenciada pelo cliente ou empregador para acordo ou transação que, comprovadamente, tenha tido conhecimento;

XVI – emitir referência que identifique o cliente ou empregador, com quebra de sigilo profissional, em publicação em que haja menção a trabalho que tenha realizado ou orientado, salvo quando autorizado por eles;

lei, bem como por mera solicitação de autoridade competente e inclui os Conselhos Regionais de Contabilidade.

A proteção das normas deontológicas não dá tratamento adequado ao tema, mas isso não é empecilho para o reconhecimento do sigilo profissional, como já ressaltado anteriormente. Na realidade, para que o contador possa bem desempenhar sua função e, até mesmo, para reparar práticas anteriores indevidas, deve conhecer a fundo toda a movimentação da empresa, sendo necessária a revelação de segredos por parte do cliente. (OLIVEIRA; ALVARENGA, 2018, p. 283)

Com isso, nota-se que é inerente ao próprio exercício da atividade desenvolvida que o sigilo e a intimidade sejam direitos resguardados e tutelados de forma efetiva, fazendo com que, para além daquelas hipóteses presentes nas leis e resoluções próprias da profissão, seja o exercício da atividade contábil interpretado conjuntamente com as demais normativas que dispõem sobre o sigilo e a intimidade no exercício profissional de maneira ampla, com o fim de se garantir uma maior abrangência e efetivação dos referidos direitos, protegendo-se de forma integral o profissional no momento do exercício de sua atividade.¹ Sendo que, com esse objetivo, passa-se a analisar demais espécies normativas que podem compreender a tutela da intimidade e do sigilo, expandido sua aplicação ao profissional da contabilidade.

A Constituição Federal apresenta uma série de dispositivos destinados à proteção da intimidade e do sigilo, conforme se observa com a análise do art. 5º, incisos X e XIV², garantindo, dentre outras medidas, a inviolabilidade da intimidade e o sigilo das fontes no exercício de atividade profissional. Ainda, como o trabalho se propõe a estudar o sigilo e a intimidade do(a) contadora(a) no âmbito do processo penal, deve-se passar a estudar as normativas referentes à esfera do direito material e processual penal, o dever de sigilo profissional e a devida proteção da intimidade do(a) profissional.

Em relação à legislação infraconstitucional penal, se observa que a principal sistemática acerca dos direitos em análise encontra-se inserida no art. 207, do Código de Processo Penal³ e no art. 154 do Código Penal.⁴ Com a análise dos dispositivos, percebe-se que o sigilo profissional

¹ Deve-se indicar que a tutela do sigilo e da intimidade do(a) contador(a) podem ter reflexos em outros direitos e afetar terceiros, porém, destaca-se que o foco e o recorte da presente análise estão no sentido de restringir o estudo aos dois direitos em comento e à figura do profissional de contabilidade no exercício de sua função.

² Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

³ Art. 207 do CPP: São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

⁴ Art. 154 do CP: Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.

e a intimidade ganham outra perspectiva, uma vez que a sua violação, sem motivo justificante, pode levar, inclusive, à prática delitiva.

Com o exposto, compreende-se que, por mais que o sigilo e a intimidade dos contabilistas não sejam resguardados por uma normativa específica, capaz de definir hipóteses e apresentar causas e medidas de proteção, apresentam-se tutelados de forma ampla e esparsa pelo ordenamento jurídico brasileiro, podendo essas normativas, ao serem correlacionadas, servirem como um norte interpretativo para tutelarem o sigilo e a intimidade dos contadores no momento do desenvolvimento de suas atividades.

4. A INTIMIDADE E O SIGILO PROFISSIONAL COMO DIREITOS PERSONALÍSSIMOS A SEREM TUTELADOS

Como se conclui das análises formuladas até então que, o sigilo profissional e a intimidade dos profissionais de contabilidade encontram-se resguardados pelo ordenamento jurídico interno de forma ampla, sendo que, para o presente estudo, procura-se delimitar qual a correlação dos referidos direitos com os direitos da personalidade e se definir o que os direitos em estudo procuram tutelar.

Para Félix e Ávila, esses direitos assim se apresentam:

Como consequência, estes direitos acabam por ser tão ínsitos ao indivíduo, em razão de sua própria estruturação substancial – em caráter físico, mental e moral –, que chegam a confundir-se com a próprio indivíduo, sendo intransmissíveis e irrenunciáveis, se antepondo como limites das relações do Estado, entre os particulares, e, inclusive, à própria ação do titular, o qual não pode dispô-los por ato de vontade. (FÉLIX; ÁVILA, 2021, 695)

Os direitos da personalidade podem ser compreendidos como aqueles direitos capazes de proteger as esferas mais íntimas do ser humano, resguardando não só aquelas características essenciais da pessoa humana, mas também o livre desenvolvimento da personalidade de cada sujeito, de forma autônoma e consciente, sendo que a tutela desses direitos pode se dar de forma geral ou fracionada em cada ordenamento jurídico. Nesse sentido, dispõe Adriano de Cupis:

Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, as pessoas não existiriam como tal. São esses os chamados “direitos essenciais”, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade. Que a denominação de direitos da

personalidade seja reservada aos direitos essenciais justifica-se plenamente pela razão de que eles constituem a medula da personalidade. (DE CUPIS, 2008, p. 24)

Ainda sobre a forma que são dispostos e protegidos, nota-se que a tutela geral dos direitos de personalidade ocorre quando, por intermédio de uma cláusula geral de proteção inserida na legislação vigente, passa-se a proteger os direitos de personalidade de forma ampla. Já em relação à tutela fracionada ou específica dos direitos da personalidade, se mostra quando, por intermédio de normativas próprias, cada direito de personalidade passa a ser especificado e a ter vida própria no ordenamento.

O ordenamento brasileiro, como já fora possível analisar, possui normativas próprias para tratar dos direitos da personalidade. No entanto, segue-se o proposto por Elimar Szaniawski, de que o sistema de proteção aos direitos de personalidade adotado a partir Constituição Brasileira de 1988, passa a ser caracterizado como misto, visto que, por mais que não exista uma cláusula geral de proteção aos direitos de personalidade, além dos direitos tipificados de forma fracionada, percebe-se a existência de um sistema geral de proteção à pessoa humana desenhado no texto constitucional a partir da definição da dignidade da pessoa humana como princípio norteador das relações jurídicas. (SZANIAWISKI, 2005, p. 295)

É partindo da fórmula da dignidade da pessoa humana, compreendida como a capacidade de se levar em consideração o valor intrínseco de todos os seres humano, a autonomia de cada indivíduo e os valores comunitários que, passam a serem analisados os direitos da personalidade a partir de então (BARROSO, 2013). Assim, busca-se compreender que, todos aqueles direitos inerentes ao pleno desenvolvimento do ser humano e de sua personalidade, em consonância com a dignidade da pessoa humana, podem ser concebidos como direitos da personalidade e serem, pelo ordenamento, assim tratados. Desta forma, devem-se iniciar as análises sobre os direitos que vem sendo estudados.

Os dois direitos abordados no presente artigo são extremamente correlatos, pois acabam por abordar aspectos relacionados à vida privada dos indivíduos. Para tanto, nota-se que, a proteção da privacidade ou da vida privada foi concebida por Adriano de Cupis em duas dimensões, sendo elas: a do direito ao resguardo e a do direito ao segredo (DE CUPIS, 2008). Enquanto o direito ao resguardo se refere à tutela do próprio agir do sujeito e às características próprias das suas ações, garantindo que as mesmas fiquem restritas somente ao próprio indivíduo; o segredo, visto com uma parte específica do direito de resguardo, é relativo àquelas manifestações personalíssimas que devem estar completamente afastadas do acesso público.

Assim, compreende-se que tanto a intimidade como o sigilo podem ser abordados como direitos específicos, emanados do direito de personalidade referente à privacidade. Como bem disciplina Szaniawski, a doutrina que subdivide o direito à privacidade ou à vida privada, acaba por compreender a intimidade e o direito ao segredo como expressões distintas da privacidade, indicando, inclusive, que podem ocorrer violações específicas em relação à cada uma das espécies jurídicas em questão. Para essa corrente, a intimidade se refere ao direito da pessoa se proteger dos demais, mostrando ao mundo exterior somente o que lhe pareça oportuno, enquanto que o segredo se refere ao direito de não divulgação de fatos da vida de uma pessoa obtidos, em regra, de forma ilegal (SZANIAWSKI, 2005, p. 300).

Tanto a intimidade como o segredo podem ter inúmeras acepções, pois são direitos que capazes de serem abordados a partir de delimitações que advém de situações concretas, como é o caso da intimidade e do segredo em ambientes e no desenvolvimento de atividades profissionais, sendo que são para esses direitos que o presente artigo volta os olhos.

Em relação ao segredo, nota-se que de Cupis, mostra-se totalmente possível o direito ao sigilo atingir posições que não são meramente pessoais, mas também patrimoniais. Assim, no caso dos contabilistas, nota-se que os dados patrimoniais que lhe são confiados no exercício da profissão devem ser resguardados pelo sigilo tanto quanto qualquer outra informação. Nesse sentido, se observa:

Faz parte do segredo profissional tudo aquilo que tem caráter pessoal. Mas também as entidades patrimoniais podem ser compreendidas no segredo profissional. Assim, as notícias reservadas acerca da fortuna, confiadas a um profissional, não devem, por este, ser reveladas a pessoa alguma (DE CUPIS, 2008, p. 171).

Em relação à intimidade, nota-se que, não importa em qual esfera da vida do sujeito, pessoal ou profissional, em que ele compreenda que possa vir a existir uma contribuição ou um atributo seu que não merece ser levado a público, deve-se manter-se ser respeitada a sua vontade e resguardada sua intimidade. Assim, observa-se o exposto por de Cupis:

Além disto, a pessoa tem direito a conservar a discrição mesmo em torno dos acontecimentos e do desenvolvimento de sua vida. Experiências, lutas, paixões pessoais, estão-lhe intimamente ligadas, não podendo, por isso, conceder-se livre acesso à curiosidade do público. Aquele que deixou uma parte de si mesmo em certos acontecimentos, é naturalmente levado a considerá-los incluídos na sua esfera de reserva pessoal, e a não tolerar indiscrições alheias (DE CUPIS, 2008, p. 156).

Os direitos da personalidade, desta forma, também compreendem as relações profissionais dos sujeitos, pois, não poderia ser diferente, uma vez que o trabalho é uma grande

ferramenta de desenvolvimento individual e coletiva e a pessoa humana possui grande capacidade de desenvolver sua personalidade no ambiente laboral. Desta forma, a intimidade e o sigilo em ambiente profissional continuam sendo direitos personalíssimos do contador(a) e, qualquer possibilidade de colocá-los em risco deve ser impedida.

Assim, se observa que atividades dos profissionais de contabilidade, à luz dos direitos da personalidade positivados na Constituição Federal e na legislação extravagante, e em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, compreendido como uma cláusula geral de tutela dos direitos personalíssimos, devem ser resguardadas, visando a efetivação dos direitos relativos à vida privada dos profissionais, especificamente no que diz respeito à intimidade e o sigilo profissional no desempenho de suas funções.

6. CONCLUSÃO

O fenômeno da pescaria probatória, também conhecido como *fishing expedition*, vem ganhando espaço nas discussões jurídicas atuais, consistindo em excessos praticados durante investigações criminais com o fim de se buscar provas que ultrapassam os limites da investigação ou das determinações judiciais.

Buscou-se analisar que, uma das formas de se praticar a pescaria probatória pode ser por intermédio de mandados de busca e apreensão genéricos, que não especificam e tampouco delimitam os limites da investigação.

Nota-se que, estudada no presente artigo à luz dos direitos personalíssimos à intimidade e a vida privada, a prática da pescaria probatória, especificamente quando realizada por intermédio de mandados de busca e apreensão genérica, apresenta-se como um instrumento capaz de violar direitos personalíssimos da pessoa humana, especificamente, como ficara delimitado, do contador no exercício de sua profissão.

Em inúmeros processos ou inquéritos criminais os profissionais de contabilidade podem ser foco de investigação, no entanto, percebeu-se com a presente pesquisa que, mesmo com uma aparente omissão legislativa, encontra-se o(a) contador(a), no exercício de suas atividades, protegidos pelo manto da privacidade, especificamente no que diz respeito à intimidade e ao sigilo profissional.

Assim, conclui-se que, a pescaria probatória realizada por intermédio de mandados genéricos de busca e apreensão, pode se demonstrar como um instrumento capaz de violar os

direitos personalíssimos dos profissionais de contabilidade, especialmente em razão dos direitos personalíssimos relacionados à intimidade e ao sigilo profissional.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmico. *In*: MOURA, Maria Tereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Colaboração premiada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BRASIL. Lei 12.249, de 11 de junho de 2010. Altera a lei 9.295/46 e dá outras providências. Disponível em: <https://cfc.org.br/wp-content/uploads/2015/12/lei_12249.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- BRASIL. Lei 9.925 de 27 de maio de 1946. Cria o Conselho Federal de Contabilidade, define as atribuições do Contador e do Guarda-livros, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del9295.htm> Acesso em: 20 nov. 2021.
- BRASIL. Norma Brasileira de Contabilidade, de 07 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=374819>>. Acesso em: 20 nov. 2021.
- BRASIL. Resolução 803, de 10 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina do Contador. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=95805>>. Acesso em: 20 nov. 2021.
- CALAMANDREI, Pierro. O processo como jogo. *In*: CALAMANDREI, Pierro. Instituições de direito processual civil. v. 3. 2. ed. Campinas: BookSeller, 2003, p. 227.
- CORDEIRO, Franco. Procedimiento penal. t. 2. Bogotá: Temis, 2000, p. 54.
- DAMASKA, Mirjan. The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process. Yale: 1986.
- DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008 .
- DE OLIVEIRA, Edson Roberto Baptista; SECO DE ALVAREGNA, Fernando Henrique. Prova penal e sigilo profissional: análise comparativa e casuística de algumas profissões. Revista da Defensoria Pública da União, v. 1, n. 08, 7 dez. 2018.
- FÉLIX, Diogo; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Crítica à teoria geral dos direitos da personalidade: uma reflexão a partir do positivismo jurídico e do estado de exceção. Revista Jurídica Luso-Brasileira. n. 5, 2021.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris teoria del derecho y de la democracia: teoria de la democracia*. t. 2. Bogotá: Temis, 2011

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal: conferências realizadas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

INOCENTE, Luiz Antonio. A delação premiada como um cavalo de Tróia do plea bargaining: uma sumária análise dos riscos inerentes às traduções jurídicas. *Boletim IBCCrim*, ano 28, n. 329, pp. 21-24, abril/2021.

LANGBEIN, John Harriss. *The origins of adversary criminal trial*. Oxford studies in modern legal history, 2003.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese de americanização do processo penal. Trad. Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria. *Delictae*, vol. 2, n. 3, jul-dez, pp. 19-115, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado da ação rescisória: das sentenças e de outras decisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5. ed. Florianópolis: EMais, 2019.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; JUNIOR, Julio Cesar Marcellino. *O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SCHÜNERMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Tratado de derecho penal: parte general. t. 1. 1. ed. Buenos Aires: Ediar, 1981.



JUIZ DAS GARANTIAS INSTRUMENTO JURÍDICO PARA GARANTIR O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Felipe Augusto Rodrigues Ambrosio

Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP); área de concentração - Justiça e Exclusão; linha de pesquisa - Função Política do Direito. Bolsista da CAPES durante o período. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (CCSA - UENP). Professor da Universidade do Contestado - Campus Mafra, e membro pesquisador do grupo de pesquisa Direito Contemporâneo e Cidadania. Advogado.

Arthur Shigueo Inoue

Graduação em Direito na Universidade do Contestado - UnC - Campus Mafra.

Resumo: O presente artigo visa a debater sobre o instituto jurídico do juiz das garantias no processo penal brasileiro. Para tanto, iniciará tratando sobre os principais sistemas processuais penais existentes no campo do direito processual penal, trazendo uma perspectiva histórica sobre o tema, e os principais aspectos de cada modelo. Em seguida, demonstrará a importância do princípio constitucional da imparcialidade, para garantir ao acusado um julgamento justo e de acordo com a Constituição Federal. Em seguida, examina os principais pontos do juiz das garantias, e como este instituto jurídico foi implantado no Código de Processo Penal brasileiro, abordando também a decisão do ministro Luiz Fux, nos autos da ADI 6299 MC/DF, na condição de relator também das ADIs 6.298, 6.300 e 6305, que suspendeu a eficácia do novo instituto legal. Finalmente, conclui acerca da importância nova figura do juiz das garantias, como meio de aprimorar o estado democrático de direito na seara processual penal e garantir a plenitude da defesa e um julgamento imparcial e justo ao final. Para o desenvolvimento do trabalho, em relação aos aspectos metodológicos, a pesquisa se baseou em um procedimento histórico-monográfico, com o objetivo geral de revisar a literatura e produções técnicas, estando baseada no mapeamento qualitativo do material pesquisado, em uma abordagem hipotético dedutiva no estudo da legislação

Palavras-chave: garantias fundamentais; imparcialidade do juiz; juiz das garantias.

Submetido em 22 de outubro de 2022. Aprovado em maio de 2023.

1 INTRODUÇÃO

O instituto jurídico do juiz das garantias foi implantado no Código de Processo Penal brasileiro pela Lei 13.964/19, a fim de fortalecer a ideia de um juiz imparcial na condução do processo, em consonância ao princípio constitucional da imparcialidade, previsto no artigo 37, da Constituição Federal.

Tal instituto consiste, basicamente, na figura de dois juízes atuando em um mesmo processo; porém, em momentos distintos, eis que durante o inquérito policial – em que ocorrerá a produção das provas destinada a possibilitar a formação da *opinio delicti* – estará sob a competência de um magistrado. Após o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público, durante a ação penal, outro juiz conduzirá o processo, a fim de garantir que não haja uma contaminação da imparcialidade do magistrado no julgamento, decorrente do anterior contato que teve com a investigação e com a prova nela produzida.

Ademais, apesar da própria Lei 13.964/2019 especificar que o sistema processual penal adotado no Brasil segue o modelo acusatório, existe certa divergência sobre este tema na doutrina, eis que, no sistema acusatório puro, o magistrado não pode determinar a confecção de diligências para verificar a ocorrência de um ilícito penal, tendo em vista tratar-se de competência apenas das partes envolvidas no processo.

Contudo, apesar da restrição imposta, o Código de Processo Penal brasileiro prevê que o magistrado possa determinar a realização de diligências, consoante se infere no artigo 156, inciso I, do CPP, sendo referida competência atrelada ao sistema inquisitorial.

Neste diapasão, o juiz das garantias busca retirar os resquícios que o sistema inquisitório ainda possuía no diploma processual penal brasileiro, pois apesar de o magistrado possuir a competência em determinar a produção de provas durante a investigação, ele não atuará na ação penal.

Após a publicação da Lei 13.964/2019, foram ajuizadas várias demandas que alegavam a inconstitucionalidade de referida lei, ocasião em que o ministro Dias Toffoli, no dia 15 janeiro de 2020, na ADI 6298 MC/DF, suspendeu a criação e a implantação da figura do juiz das garantias pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias. Posteriormente, o ministro Luiz Fux, através da ADI 6299 MC/DF, suspendeu a decisão do ministro Toffoli, determinando que este assunto fosse decidido em Plenário, não estabelecendo prazo para esta decisão – situação que perdura até o presente momento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020a,b).

Partindo dessas premissas, o aprofundamento da análise do instituto jurídico do juiz das garantias dividiu-se em três tópicos. Primeiramente, trouxe a evolução histórica dos sistemas processuais penais existentes, bem como a classificação destes; apontando, por fim, qual é o utilizado atualmente no Brasil.

No segundo tópico, abordou-se acerca do princípio da imparcialidade, trazendo uma análise histórica sobre este tema, bem como sobre as atribuições do magistrado no processo penal, ocasião em que foi possível destacar a importância da existência de um julgador imparcial na condução dos processos.

Por fim, o terceiro tópico desse estudo trouxe uma explanação sobre o instituto jurídico do juiz das garantias, abordando sua aplicação no direito estrangeiro e sua implantação no ordenamento jurídico brasileiro, até chegar ao momento de sua atual suspensão, em razão da decisão do ministro Luiz Fux.

Ante o exposto, foi possível verificar a importância da implantação do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro, eis que este instituto jurídico fortalece os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

2 PROCESSO PENAL BRASILEIRO: SISTEMA ACUSATÓRIO SOB UMA HERANÇA INQUISITORIAL

O *jus puniendi* se trata do direito de punir do Estado, sendo regulado pelo direito processual penal. Com efeito, o direito processual penal existe para regular a forma e os instrumentos de punição estatal, sendo que por intermédio do Poder Judiciário, órgão que possui a competência legal para aplicar a lei no caso concreto, permite-se que as leis sejam aplicadas nos casos que permeiam a vida da sociedade.

Dentro da sistemática do processo penal, existem três partes – os chamados sujeitos processuais penais –, consistindo na defesa, acusação e no julgador. O magistrado situa-se em posição de neutralidade e equidistante das partes, caracterizando-se como sujeito principal da visão tríplice (autor-réu-juiz), devendo zelar pela sua imparcialidade.

Ademais, existem instrumentos jurídicos, previstos nos artigos 252 (impedimentos) e 254 (suspeições) do Código de Processo Penal, que são utilizados quando condições pessoais dão certa margem a tornar frágil ou dúbia sua imparcialidade, razão pela qual o próprio magistrado deve se declarar impedido ou suspeito, ficando o andamento do processo à cargo de outro juiz.

Caso assim não ocorra, cabe à parte interessada ingressar com a exceção de impedimento ou de suspeição (NUCCI, 2021).

De outro lado, cabe destacar que o Ministério Público é uma instituição autônoma e permanente, não pertencendo a nenhum dos outros três poderes, sendo essencial à função jurisdicional do Estado, competindo-lhe atuar na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme o artigo 127, *caput*, da Constituição Federal.

Na esfera penal, ao Ministério Público é incumbida a função de representar o Estado-Administração, relatando ao Estado-Juiz a pretensão punitiva, sendo o detentor privativo do exercício da ação penal pública, nos termos do artigo 129, inciso I, alínea d, da Constituição Federal.¹

Os sistemas processuais penais se classificam em inquisitório, acusatório e misto. O sistema inquisitório, de maneira sucinta, caracteriza-se pela concentração a uma só pessoa, ou seja, ao juiz, as funções de acusar, defender e julgar (CAPEZ, 2021). O modelo inquisitorial foi muito utilizado durante a Idade Média, pois naquela época os senhores feudais detinham muito poder perante o povo, razão pela qual quando os nobres cometiam crimes contra os vassallos e pessoas pobres, não havia nenhuma punição contra eles. Sendo assim, os reis, a fim de acabar com a impunidade que assolava à época, criaram os juizes inquisidores, os quais possuíam autoridade suficiente para julgar e punir os ricos (NUCCI, 2021).

Diversos países na década de 1940 tiveram governos autoritários, assim como o Brasil, sendo que nesta época surgiu o atual Código de Processo Penal, com importantes traços ditatoriais. Nesta toada, embora o código tenha sido constantemente alterado com o passar dos anos, ainda existem resquícios intencionais do mais puro sistema inquisitório, fato que se repete em diversos códigos processuais da América Latina (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2019).

Ademais, o Código de Processo Penal brasileiro foi elaborado por uma comissão formada por Nelson Hungria, Roberto Lyra, Cândido Mendes de Almeida, Vieira Braga, Florêncio de Abreu e Narcélio de Queirós, sendo que o seu resultado final foi um código com ideais autoritários, com um profundo pensamento *popular-democrático*. Ainda, referido diploma legal espelhou-se no

¹ Convém esclarecer que existem duas espécies de ação penal pública, quais sejam: a) incondicionada; e b) condicionada à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça. Na primeira, não há necessidade de que a vítima represente criminalmente contra o autor do fato criminoso para que haja a deflagração da ação penal. Em contrapartida, na condicionada à representação, é essencial o interesse da vítima em prosseguir com o processo para o início da ação penal (NUCCI, 2021). No mais, existem três espécies de ação penal privada, quais sejam: a) privada propriamente dita; b) privada subsidiária da pública; e c) privada personalíssima (JALIL; GRECO, 2021).

Código Rocco de Processo Penal, utilizado na Itália fascista de Mussolini, da qual Alfredo Rocco era ministro da justiça (SILVEIRA, 2015).

No sistema inquisitivo, a acusação não fica incumbida exclusivamente a determinado órgão público ou à vítima, eis que o juiz também possui a competência em determinar a produção de elementos probatórios que entender necessários para o deslinde do feito.

Durante o passar do tempo, graves vicissitudes foram aparecendo. Como as funções do processo penal poderiam se concentrar em uma só pessoa, abriam-se brechas para o cometimento de abusos, a exemplo da inquisição da Igreja Católica contra os hereges, momento histórico conhecido como *caça às bruxas*, quando pessoas eram julgadas a morte, sem mesmo terem o direito de defesa (NUCCI, 2021).

De outro lado, o sistema acusatório, muito utilizado em regimes democráticos, garante ao acusado o direito do contraditório e ampla defesa, bem como estabelece que as funções de acusar, julgar e defender devem ser exercidas por pessoas de instituições distintas e bem definidas.

Nele o magistrado não atua na produção de provas, sendo possível concluir que este é o único sistema processual que oferece condições para o juiz atuar no processo de modo imparcial, diferentemente do que ocorre em outros sistemas processuais penais, nos quais o magistrado comumente atua como se fosse uma parte da acusação, determinando a produção de provas (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014).

No sistema acusatório, a repartição de funções entre órgãos distintos é irrenunciável. No Brasil, o Ministério Público possui a função de acusar, sendo o titular do direito da ação penal pública. De outro lado, a defesa deve ser exercida por advogado ou defensor público, nas hipóteses previstas na lei, sendo que o Poder Judiciário, por meio do magistrado, presidirá o processo e proferirá o julgamento final, conforme sua valoração das provas (MARCÃO, 2021).

Com efeito, este sistema processual surgiu na Grécia antiga e esteve presente no direito romano, germânico e inglês. Contudo, perdeu espaço no século XIII, quando o sistema inquisitorial foi muito utilizado, vindo a ganhar força novamente na modernidade (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2019).

O sistema acusatório se perfectibiliza com o regime democrático, eis que vigoram os preceitos constitucionais previstos em um Estado Democrático de Direito, tratando o acusado como sujeito de direitos, presumindo-se que seja inocente até que se prove o contrário; e garantindo-lhe os princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da igualdade processual, da iniciativa das partes, da ampla defesa e contraditório (MARCÃO, 2021).

Insta salientar que, ao contrário do sistema inquisitivo, no qual o juiz pode determinar a produção de provas *ex officio*, no sistema acusatório, a produção probatória é realizada pela defesa e pela acusação, restando ao magistrado apenas a análise das provas constantes no bojo dos autos para julgar a ação (AVENA, 2021).

Contudo, vale destacar que a existência de um órgão competente para acusar e outro para julgar não demonstra uma característica que indique de maneira precisa que estamos diante do sistema acusatório, pois é necessário, ainda, que o magistrado não interfira na atividade investigatória e instrutória, a fim de bem delimitar e caracterizar este sistema processual (LIMA, 2020).

Ainda, este sistema processual é marcado pela posição de equilíbrio entre as partes, assegurando para a defesa e acusação o acesso aos documentos constantes no processo, bem como igualdade de intervenção nos autos, a fim de comprovar a veracidade dos fatos que alegam.

Além desses sistemas já apontados, o sistema processual misto surgiu durante a Revolução Francesa, caracterizando-se pela separação do processo penal em duas partes, sendo a primeira caracterizada pela investigação preliminar, com fundamentos do sistema inquisitorial; e a segunda, pela fase de julgamento, a qual possui elementos do sistema acusatório, eis que é garantido ao acusado o direito do contraditório, da oralidade, da livre apreciação de provas e da publicidade (NUCCI, 2021).

Desta forma, é possível visualizar que o sistema misto é caracterizado pela fusão entre o sistema inquisitório e o acusatório, razão pela qual é conhecido como inquisitivo garantista (AVENA, 2021).

Vale informar que o Brasil formalmente adotava o sistema misto. Contudo, após o advento da Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu diversos princípios processuais penais, é possível visualizar que o processo penal brasileiro se aproximou consubstancialmente do sistema acusatório. Porém, como mencionado, ainda existem elementos inquisitórios no processo penal pátrio, eis que durante a investigação criminal, realizada pela polícia judiciária, continuam presentes os postulados do sistema inquisitório (NUCCI, 2021).

Não obstante, existem decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça dando conta que o sistema acusatório é o utilizado no processo penal brasileiro, muito em razão do disposto na Lei 13.964/2019, que estabeleceu em seu artigo 3º-A, que o processo penal brasileiro “terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 2019).

Desta forma, é possível observar que dentre os três principais sistemas processuais penais, o acusatório mais se assemelha aos princípios e fundamentos de um estado democrático de direito, eis que assegura ao acusado a plenitude de defesa e principalmente a figura de um juiz imparcial.

3 DESVENDANDO A IMPORTÂNCIA DA IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Inicialmente, cumpre frisar que o princípio da imparcialidade surgiu historicamente quando se retirou da vítima o poder de fazer justiça com as próprias mãos, eis que se verificou a necessidade de a justiça ser feita por meio de um julgamento justo.

Neste sentido, não existe lógica em criar um sistema de processo penal, o qual garanta a legalidade, o devido processo legal, o juiz natural, a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência, se a sentença da ação penal for proferida por um magistrado parcial (MARCÃO, 2021).

Nesta toada, a sentença, como a conhecemos atualmente, surgiu no século XII ou XIII, e a partir deste evento histórico, começou-se a analisar e discutir as atribuições do magistrado, com a seguinte indagação: o juiz tem que buscar a veracidade do fato delituoso ou ser um simples espectador do processo? Com isso, foi possível verificar que a imparcialidade remonta à ideia da busca e encontro da verdade dentro do processo penal (GIACOMOLLI, 2016).

No mais, o princípio da imparcialidade surgiu no Brasil por conta das discussões da autonomia funcional que o Poder Judiciário possuía em relação aos demais poderes, especificamente no tocante ao Poder Executivo (CARVALHO, 2017).

O juiz se situa dentro do processo penal entre a acusação e a defesa, devendo possuir capacidade subjetiva e objetiva, a fim de proferir sentença condenatória ou absolutória, de maneira justa e imparcial, com fulcro nos preceitos constitucionais.

Neste diapasão, o princípio da imparcialidade possui intrínseca ligação com o princípio do juiz natural, o qual surgiu no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal, através do artigo 5º, inc. LIII, quando estabeleceu que ninguém será processado ou sentenciado a não ser pela autoridade competente (AVENA, 2021).

Ademais, a imparcialidade do magistrado, segundo o Conselho Nacional de Justiça, disciplinada no Código de Ética da Magistratura, refere-se ao fato do juiz atentar-se sobre a veracidade dos fatos pelas provas, mas, ao mesmo tempo, asseverar longitude da acusação e defesa, bem como evitar um pré-julgamento do fato (MARTINS, 2019).

Desta forma, ao ser previsto que todo ato processual deve ser realizado pelo juízo competente, e igualmente por órgão do Poder Judiciário regularmente investido – o qual deve respeitar todas as determinações legais, especificamente o princípio da imparcialidade – há logicamente a proibição da criação de tribunais ou juízos de exceção (PACELLI, 2021).

Neste sentido, é o que ensina Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 1314):

Para que um juiz possa funcionar em determinado caso concreto, é necessário que não haja qualquer causa capaz de prejudicar o exercício imparcial de sua função judicante. Como órgão que proclama o Direito, não se considera justa uma decisão proferida por um juiz que não seja imparcial. Consectário lógico do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), e consequência mais importante do advento do sistema acusatório (CF, art. 129, I), a garantia da imparcialidade encontra-se prevista expressamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, nº 1). Daí a importância do estudo das causas de suspeição, impedimento e incompatibilidade.

Ainda, a fim de concretizar a imparcialidade no processo penal, o magistrado deve se isentar de realizar *de per se* a produção de provas, pois se no momento da valoração das provas, o juiz não se convencer da existência de elementos cabais para a condenação do acusado, deve então absolvê-lo, em observância ao princípio *in dubio pro reo*. Isso não ocorrendo, haverá uma flagrante violação ao citado princípio (LOPES JUNIOR; ROSA, 2020).

Nesta toada, quem deve realizar a produção probatória é a acusação, cabendo à vítima ou ao Ministério Público, dependendo da ação penal prevista ao crime cometido, confeccionar as provas. Contudo, é previsto no processo penal brasileiro que o magistrado atue na fase investigatória, sofrendo críticas por essa razão.

Leon Festinger, psicólogo que se tornou famoso pelo estudo sobre a cognição e o comportamento humano, o qual nomeou de *theory of cognitive dissonance*, concluiu que os seres racionais sempre buscam uma zona de conforto, notadamente em suas atitudes e decisões, consistindo num procedimento involuntário. Desta forma, há uma propensão inevitável do magistrado em praticar atos parciais, quando atua também na investigação (LIMA, 2020).

A imparcialidade se coloca como subjetiva ou objetiva, sendo que a primeira tem como principal objetivo evitar que o magistrado possua uma convicção prévia do processo que atua, ou seja, do juiz inclinar-se no favorecimento de alguma parte, ferindo sua imparcialidade. A segunda se refere à forma que o magistrado conduz o processo, em um *modus operandi* que não deve deixar nenhuma margem de dúvida para as partes que sua única e exclusiva função é de ser um julgador justo e imparcial, assim como não bastará apenas ser imparcial, mas deverá aparentar

ser, conforme a teoria da aparência exige, conhecida no inglês como *justice must not only be done; it must also be seen to be done*¹. (LIMA, 2020).

O princípio da imparcialidade é previsto em diversos ditames legais no mundo, tal como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 10º, o qual prevê que a vítima tem o direito a um tribunal independente e imparcial, assim como preza o artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Organização das Nações Unidas e a Convenção Americana de Direito Humanos (MARTINS, 2019).

Justamente, por fim, vale destacar que a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos dos últimos 30 (trinta) anos consolidou o entendimento que o magistrado não deve atuar na produção de provas como se fosse parte da acusação, pois isso acarreta na fragilidade de sua imparcialidade (LOPES JUNIOR; ROSA, 2020).

Ante o exposto, destaca-se que a figura de um juiz imparcial no processo penal é de suma importância para o fortalecimento dos princípios dispostos na Constituição Federal de 1988. Contudo, ao mesmo tempo, demanda muito estudo e análise sobre como o Estado pode garantir efetivamente este preceito constitucional a todos os cidadãos, independente do crime que tal sujeito cometa, especificamente em razão da opinião formada que o magistrado possui em relação ao fato criminoso. Por este motivo, a posição de equidistância do magistrado na produção de provas é o melhor meio para fortalecer a sua imparcialidade.

4 JUIZ DAS GARANTIAS: UM INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA IMPARCIALIDADE E DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Em razão da democratização do processo penal, verifica-se que a figura do juiz detentor de muitos poderes não interage mais com a figura do julgador de um Estado Democrático de Direito, razão pela qual buscou-se afastar do magistrado a função investigatória.

Neste diapasão, a partir da década de 1980, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH, começou a analisar que nos processos de natureza penal, a concentração das funções de investigação e julgamento em apenas um magistrado poderia causar a fragilidade da imparcialidade do juiz, a qual é prevista expressamente na Convenção Europeia de Direitos Humanos, da qual diversos países são signatários, observação que fez Itália e Espanha realizarem modificações em suas legislações processuais penais (MAYA, 2020).

¹ A justiça não deve ser feita apenas; também deve ser vista para ser feita.

É imprescindível fazer uma análise sobre as principais características dos ordenamentos processuais penais de países signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Inicia-se esta análise pelo atual Código de Processo Penal Francês, que foi incorporado no ordenamento jurídico francês no ano de 1958, o qual sofreu diversas modificações entre 1985 e 1995, em razão do Tratado Europeu de Direitos Humanos e dos pactos da Organização das Nações Unidas (DELMAS-MARTY; JUY-BIRMANN, 2005).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe inovações no sistema investigativo, ao criar dois tipos de investigação: a primeira, consiste nas apurações preliminares, as quais podem ser efetuadas pela polícia judiciária, guiadas pelo Ministério Público, nos crimes de menor potencial ofensivo; a segunda, por sua vez, impõe àquelas a cargo do juiz instrutor (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014).

Ademais, cumpre esclarecer que Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Glockner (2014, p. 368-369) ensinam que o juiz instrutor francês:

deverá proceder conforme determina a lei, recolhendo todo material de informação que seja útil para a manifestação da verdade (art. 81), inclusive os necessários para informar sobre a personalidade do sujeito passivo e aqueles elementos que possam servir para a defesa. Investiga os fatos materiais e a personalidade do ou dos autores. Também deverá decidir o apropriado para conservar aquelas provas que possam perecer. O Ministério Público, por meio do *procureur de la République*, poderá solicitar aquelas diligências que julgar necessárias para melhor exercer a ação penal (*requisitoire suppletif*).

O cenário alemão foi um dos primeiros a implementar o instituto jurídico do juiz das garantias em seu ordenamento processual penal, em 1974. Não obstante, antes mesmo de o juiz de garantias estar presente no código de processo penal alemão, o Ministério Público já realizava, com a cooperação da polícia, as funções investigatórias (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014).

O Ministério Público Alemão é legítimo para realizar qualquer diligência que entender necessária para a elucidação dos fatos, tais como obrigar o comparecimento de suspeitos e testemunhas, sequestrar bens e determinar autópsia (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014).

Após a introdução do juiz de garantias neste país, evidenciou-se uma melhora na prestação jurisdicional, muito em razão de o juiz das garantias fortalecer a faceta do princípio acusatório em não se imiscuir na persecução penal e se manter imparcial quanto às partes e à investigação anterior (CHALFUN; OLIVEIRA JUNIOR, 2020).

Vale destacar que vários países na América Latina tiveram regimes ditatoriais sob seu comando, razão pela qual mesmo após o fenômeno da redemocratização no final do século XX,

vêm ainda experimentando constantes alterações nas leis processuais penais, muito por conta da Convenção Interamericana de Direitos Humanos realizada em 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (MAYA, 2018).

Anote-se que, em 1988, no Rio de Janeiro, foi realizada a XI Jornada Ibero-Americanas de Direito Processual, ocasião em que foi apresentado o projeto final do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América – época em que a maior parte dos países da América Latina adotava ainda o sistema inquisitivo, o qual concentrava as funções investigatórias e de instrução e julgamento ao magistrado (GRINOVER, 2009).

Como visto, a busca por indícios de materialidade e autoria utilizados para a formação da convicção do magistrado não traduz uma função típica jurisdicional. A Constituição Federal brasileira prevê as cláusulas de reserva de jurisdição, as quais autorizam que o magistrado demande ordem judicial para a expedição de mandado de prisão, para interceptação telefônica ou para o afastamento da inviolabilidade no domicílio, não se confundindo tais poderes com a preservação da eficiência investigatória, eis que estas ações visam especificadamente tutelar as liberdades individuais e não a qualidade da investigação (BRASIL. Senado Federal, 2009).

Desse modo, tem-se que o juiz das garantias surgiu para garantir a imparcialidade do magistrado no processo penal, razão pela qual existe a ideia da separação física do juiz que atua na fase investigatória preliminar e do juiz que atuará na fase processual, eis que o magistrado que atua na fase investigatória pode ter sua imparcialidade fragilizada. Assim, a existência de dois juízes no decorrer do inquérito policial e na ação penal visa assegurar a melhor aplicabilidade do sistema acusatório, previsto no ordenamento jurídico brasileiro (BADARÓ, 2011).

Nesse sentido, tendo em vista que o processo penal é dividido em duas fases (investigatória e processual), a figura do juiz das garantias estabelece que o juiz que atua na primeira fase processual se encontrará impedido de atuar na segunda fase processual, em razão da busca da preservação da imparcialidade do julgador (OLIVEIRA, 2019).

Durante a fase investigatória, o juiz das garantias ficará incumbido de ser o responsável pelo controle da legalidade na investigação criminal, razão pela qual esta alteração de regras de competência e método de organização judiciária tem o potencial de gerar resultados extraordinários no processo penal, consubstanciando um verdadeiro sistema democrático (MACHADO, 2020).

Contudo, vale destacar que para incluir, de forma eficaz, este instrumento jurídico no ordenamento jurídico pátrio, será necessário realizar alterações e adequações nos regimentos internos nos tribunais em todo o território brasileiro (OLIVEIRA, 2019).

No que se refere à imparcialidade do magistrado, a teoria da dissonância cognitiva, concebida por Leon Festinger, estabelece que o ser humano possui uma predisposição em emanar juízos categóricos, pactuando o julgamento do todo em análise de uma única amostra. Como exemplo, cita-se o caso do magistrado que, ao colher uma prova oral, pode firmar seu entendimento a partir da análise das expressões do réu, podendo aferir que, se o réu estiver calmo, demonstra inocência; e caso se mostre nervoso; demonstra culpa – eis que a tendência da confirmação consiste na mente priorizar as informações que reforçam sua suposição inicial e ignorar aquelas que a contradizem (COSTA, 2020).

Desta forma, é evidente que o magistrado que atua no inquérito policial, ao ter contato com a prova e decidir sobre as diligências da investigação, estará formando sua convicção sobre o processo inconscientemente, criando prejulgamentos dos fatos. Por esta razão, com a previsão de outro juiz atuando na ação penal, como consequência, evitar-se-á que a sua imparcialidade seja contaminada (ANDRADE, 2019).

Fica claro que a principal finalidade do juiz das garantias é de assegurar ao acusado ser processado e julgado por um juiz imparcial, por meio do distanciamento do magistrado que proferirá a decisão final no processo de conhecimento daquele que ficará responsável por garantir a legalidade da colheita das provas durante a investigação preliminar (OLIVEIRA, 2016).

Esclarecido o conceito do juiz das garantias, vale destacar que no Brasil, o primeiro esboço do juiz de garantias adveio com o anteprojeto do novo CPP, no ano de 2009, o qual visava estabelecer a figura do juiz das garantias no ordenamento jurídico pátrio, espelhando-se em países Europeus, como Alemanha, Itália e Portugal (ANDRADE, 2019).

Contudo, foi em 2019, através da Lei n. 13.964/2019, nos artigos 3º-B a 3º-F, em que houve, formalmente, a implantação do instituto jurídico do juiz das garantias no Código de Processo Penal brasileiro, o qual possui intrínseca ligação com o sistema acusatório (MARCÃO, 2021).

Neste sentido, quando a Lei n. 13.964/2019 previu a vedação da iniciativa probatória do magistrado no processo penal, estabelecendo que esta função é específica das partes, assegurou verdadeiramente o caráter acusatório do Código de Processo, observando o *ne procedat iudex ex officio*, que remonta a ideia de um juiz-espectador e não um juiz-ator (LOPES JUNIOR; ROSA, 2020).

Baseado nisso, o juiz que atuará na fase de instrução e julgamento do processo estará proibido de ter acesso aos elementos informativos colhidos na investigação criminal, os quais ficarão acautelados na secretaria do juízo, podendo o Ministério Público e a Defesa terem acesso

a referidas provas, não sendo apensados nos autos de instrução e julgamento, com exceção daquelas irrepetíveis e medidas de obtenção de provas, as quais ficarão em autos apartados (AVENA, 2021).

Porém, após a sanção da Lei n. 13.964/2019, a qual determinou que o juiz de garantias deveria ser implementado no prazo de 30 dias, foram ajuizadas várias ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, onde os requerentes, basicamente, alegavam que havia uma violação ao artigo 93 da Constituição Federal, entendendo ser de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal propor projeto de lei complementar que trate sobre o Estatuto da Magistratura.

Em razão destes fatos, o então presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, em plantão judiciário, embora tenha reconhecido a constitucionalidade dos referidos artigos, deferiu medida cautelar nos autos da ADI 6.298 / DF, suspendendo a aplicação dos artigos 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F, do Código de Processo Penal, no dia 15 de janeiro de 2020 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020a).

Nesta ocasião, vale asseverar que não obstante a competência do juiz das garantias compreender todas as infrações penais, com exceção das de menor potencial ofensivo, conforme o artigo 3º-C, CPP, acrescido pela Lei n. 13.964/2019, o ministro Dias Toffoli entendeu que:

Neste juízo precário da liminar, por ora, também entendo que o juiz das garantias não deve, ainda, ser aplicado aos processos criminais de competência da Justiça Eleitoral. Não se pode ignorar que a Justiça Eleitoral brasileira, em sua arquitetura ímpar, estruturada para conduzir o processo democrático, dotada de competências administrativa e jurisdicional, não dispõe de quadro próprio de magistrados, sendo composta por membros oriundos de outros ramos da Justiça, situação que poderá dificultar a aplicação do juiz de garantias. Com efeito, é possível que um magistrado que atue como juiz das garantias em uma investigação de competência estadual fique impedido, em seguida, de atuar no processo criminal, caso se entenda que há crime eleitoral no fato investigado, causando embaraços ao regular andamento do processo, em prejuízo dos princípios da celeridade e da preclusão, que regem o processo eleitoral. Portanto, a aplicação do juiz das garantias ao Processo Eleitoral é tema que merece maior reflexão e, conforme o caso, regulamentação específica, fator que recomenda, em juízo liminar, a exclusão dos processos criminais de competência da Justiça Eleitoral do âmbito de incidência do juiz de garantias. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020a).

Ademais, além dos processos eleitorais, os processos que apuram infrações penais de competência do Tribunal do Júri, os relativos à violência doméstica, os processos de competência originária dos tribunais e os processos que envolvam a Justiça Militar foram afastados também da aplicação do juiz das garantias em razão de suas particularidades (AVENA, 2021).

Destaca-se que no deferimento da suspensão de determinados artigos da Lei n. 13.964/2019, o Ministro Dias Toffoli assinalou:



Em razão disso, é forçoso reconhecer que o prazo de 30 dias fixado no art. 20 da Lei nº 13.964/2019 é insuficiente para que os tribunais promovam essa adaptação. Impõe-se, portanto, a fixação de um regime de transição mais adequado e razoável, que viabilize, inclusive, sua adoção de forma progressiva e programada pelos tribunais. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020a).

Posteriormente, o ministro Luiz Fux, relator nos autos da ADI 6299 MC / DF, na condição de relator também das ADIs 6.299, 6.300 e 6305, em sede de medida cautelar, proferiu decisão monocrática revogando a decisão do ministro Dias Toffoli, suspendendo a eficácia da implantação do juiz das garantias e seus consectários (artigos 3º-A a 3º-F, do CPP) até posterior decisão do Plenário da Corte. Pronunciando-se em juízo superficial, o relator entendeu que

a existência de estudos empíricos que afirmam que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não autoriza a presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020b).

Também compreendeu, de forma perfunctória, que:

Em vez de se produzir uma política pública integrativa com a participação dos entes interessados, promove-se uma mudança estrutural no Poder Judiciário por meio da aprovação de uma regra de impedimento processual, a qual, embora de efeitos aparentemente sutis, encontra-se apta a gerar a completa desorganização do sistema de justiça criminal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020b).

Ainda, o ministro pontuou que a implantação do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro afetará o novo regime fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional 95/2016, entendendo que:

Concorde-se ou não com a adequação do juiz das garantias ao sistema processual brasileiro, o fato é que a criação de novos direitos e de novas políticas públicas gera custos ao Estado, os quais devem ser discutidos e sopesados pelo Poder Legislativo, considerados outros interesses e prioridades também salvaguardados pela Constituição (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020b).

Desta forma, conclui-se que o instituto jurídico do juiz de garantias, apesar de não estabelecer uma garantia absoluta de que o magistrado não possua uma opinião formada sobre o fato delituoso (afinal, trata-se o magistrado de um ser humano, formado por convicções pessoais), denota uma importante ferramenta e um grande avanço a fim de fortalecer a imparcialidade do magistrado.

Ainda, cumpre asseverar que, embora não se possa concluir se o Supremo Tribunal Federal irá decidir favoravelmente à implantação do instituto do juiz das garantias ou não, é possível fazer uma previsão, eis que o STF vem adotando uma posição, a partir de 2021, de fortalecimento dos princípios constitucionais democráticos, assegurando a ideia que o meio não justifica o fim, razão pela qual tem-se uma perspectiva positiva quanto a implantação do instituto do juiz das garantias em nosso ordenamento jurídico.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar a implantação do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro, e como ele tem a capacidade de garantir um julgador imparcial no processo, em consonância aos princípios constitucionais da Constituição Federal de 1988.

Com isso, durante esse estudo, verificou-se a necessidade de ocorrer uma alteração no Código de Processo Penal brasileiro, ante os resquícios inquisitoriais que ainda se veem presentes neste, os quais divergem com os princípios e fundamentos previstos na Constituição Federal de 1988 e que são alicerces de um Estado Democrático de Direito.

No mais, constatou-se que a figura do juiz das garantias se faz presente em quase todos os países que constituem um Estado Democrático de Direito, sobretudo por conta de sua significativa importância para garantir a plenitude da defesa e um julgamento imparcial ao acusado.

Pode-se perceber que, por meio do instituto do juiz das garantias, o processo penal deve ser dividido em duas fases, que serão conduzidas por dois juízes distintos. O primeiro, possuidor da tarefa de garantir a legalidade das provas colhidas durante o inquérito policial. E o segundo, atuando na ação penal, com a incumbência de proferir uma sentença penal, sem que sua imparcialidade esteja contaminada por conta da produção de provas colhidas no âmbito do inquérito policial.

Ante o exposto, buscando aperfeiçoar o Código de Processo Penal brasileiro, a Lei 13.964/19, ao estabelecer a figura do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro, concretiza um grande avanço para acabar com os resquícios inquisitoriais que ainda imperam no nosso ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, em razão de ser um instituto jurídico o qual trará grandes mudanças na práxis processual penal, permanece ainda em debate que vem se arrastando no Supremo Tribunal Federal, razão pela qual se torna necessária uma rápida resolução da questão.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 5, n. 1, p. 507-540, 26 mar. 2019. Doi: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172>.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 13.ed. Rio de Janeiro: Método, 2021. E-book.

BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz das garantias. //: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal, constituição e crítica: estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil DE 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 abr. 2022.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.

_____. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de reforma do Código de processo penal. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182956/000182956.pdf?sequence=10&isAllowed=y>. Acesso em 18 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298**. Distrito Federal, Rel. Min. Luiz Fux. Decisão monocrática. Julgamento: 15 jan. 2020. Publicação: 03 fev. 2020a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1060157/false>. Acesso: em 18 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299**. Distrito Federal, Rel. Min. Luiz Fux. Decisão monocrática. Julgamento: 22 jan. 2020. Publicação: 03 fev. 2020b. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1060157/false>. Acesso: em 18 abr. 2022.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira.

Processo penal brasileiro. 4.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. E-book.

CAPEZ, FERNANDO. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2021. E-Book.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Imagens da imparcialidade entre o discurso constitucional e a prática judicial**. 2.ed. São Paulo: Grupo Almedina, 2017. E-Book.

CHALFUN, Gustavo; OLIVEIRA JUNIOR, José Gomes de. Da análise do juiz das garantias sob a luz do direito comparado e das decisões liminares no STF. **Migalhas**, 06 fev. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319989/da-analise-do-juiz-das-garantias-sob-a-luz-do-direitocomparado-e-das-decisoes-liminares-no-stf>. Acesso em: 26 ago. 2022.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Juiz de garantias e o viés de confirmação. Coluna Garantismo Processual. **Empório do Direito**. 23 mar. 2020. Disponível em:

<https://emporiოდireito.com.br/leitura/54-juiz-de-garantias-e-vies-de-confirmacao>. Acesso em 30 jan. 2022

DELMAS-MARTY, Mireille; JUY-BIRMANN, Rudolphe. **Processos penais da Europa**: processo penal comparado na Alemanha, Bélgica, França, Inglaterra e Itália. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Atlas 2016. E-Book.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os poderes do juiz penal na América Latina. **Revista Jurídica**, v. 57, p. 127-134, 2009. Disponível em: [http://www.bdr.sintese.com.br/Anexos/PDF/RJ379-Doutrina Penal](http://www.bdr.sintese.com.br/Anexos/PDF/RJ379-Doutrina%20Penal). Acesso em: 15 jun. 2022.

JALIL, Mauricio Schaun; GRECO, Rogério. **Código penal comentado**: doutrina e jurisprudência. 4.ed. São Paulo: Manole, 2021. E-book.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. A "estrutura acusatória" atacada pelo MSI - Movimento Sabotagem Inquisitória. **Consultor Jurídico**, 03 jan. 2020. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penalestrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria>. Acesso em: 01 jun. 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

- MACHADO, Leonardo Marcondes. Juiz das garantias: a nova gramática da justiça criminal brasileira. **Consultor Jurídico**, 21 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policial-juiz-garantias-gramatica-justica-criminal>. Acesso em: 14 maio 2022.
- MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7.ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. E-Book.
- MARTINS, Cristiano Zanin. A imparcialidade do juiz no processo penal. **Jornal de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 7-73, 2019.
- MAYA, André Machado. **Juiz de garantias**: fundamentos, origem e análise da Lei 13.964/19. São Paulo: Tirante Lo Blanch Brasil, 2020.
- MAYA, André Machado. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 23, n. 1, p. 71-88, jan./abr. 2018. Doi: <https://doi.org/10.14210/nej.v23n1.p71-88>.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-Book.
- OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional**: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar. Salvador: Lumen Juris, 2016.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Juiz das garantias: muito barulho por nem tanto. **Consultor Jurídico**, 28 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-28/eugenio-pacelli-juiz-garantias-barulho-nem-tanto>. Acesso em: 23 ago. 2022.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2021. E-book.
- SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264 - 275, jan./fev. 2015. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf. Acesso em: 09 nov. 2018.

ASPECTOS FORMAIS E MATERIAIS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO BOLIVIANA

Clovis Gorczewski

Doutor em Direito pela Universidad de Burgos, pós-doutor pela Universidad de Sevilla e pela Universidad de La Laguna. Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

Luís Guilherme Nascimento de Araujo

Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

Resumo: O Novo Constitucionalismo Latino-americano demarca um momento histórico de reelaboração do Estado e do Direito a partir da celebração de pactos constitucionais democráticos e inovadores em princípios e institutos. A Constituição do Equador (2008) e da Bolívia (2009) representam o início desse movimento e, por isso, compartilham certas características que servem como referência para a identificação e definição desse novo momento histórico. Tem-se como objetivo, neste artigo, a demonstração dos traços formais e materiais do Novo Constitucionalismo Latino-americano e, ainda, a identificação desses aspectos no texto da Constituição boliviana. A metodologia utilizada foi indutiva, pelo procedimento analítico e pela técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Novo Constitucionalismo; América Latina; Constituição.

Submetido em 11 de setembro de 2022. Aprovado em maio de 2023.

1 INTRODUÇÃO

A história das experiências constitucionais da América Latina configurou-se de tal forma que tornou possível a observância de aspectos comuns entre as Constituições mais recentes de alguns países do subcontinente, como Equador (2008) e Bolívia (2009), não obstante suas diferenças econômicas e culturais e suas características e complexas multiplicidades étnico-sociais. Diante desse contexto, questiona-se, no presente artigo, quais são os traços formais e materiais distintivos do denominado Novo Constitucionalismo Latino-Americano (NCL), que permitem particularizá-lo como um movimento constitucional com bases que valorizam as realidades regionais. A partir disso, tem-se como objetivo realizar uma análise desses traços formais e materiais, notadamente a partir da visão dos autores Dalmau e Pastor (2010), e identificá-los no longo do texto da Constituição Política do Estado Boliviano, de 2009.

Para desenvolver tal intento, o primeiro tópico deste artigo trata de abordar os fundamentos do NCL, com fins de defini-lo como movimento constitucional regional e de destacar suas mais gerais características. Num segundo momento, realiza-se a tentativa de identificação dos elementos formais e materiais do NCL no decorrer do texto da Constituição da Bolívia, de 2009, que é, por sua vez, uma das principais cartas constitutivas do referido movimento histórico. A metodologia empregada no desenvolvimento da presente pesquisa teve abordagem indutiva, pela tentativa de abstrair elementos comuns e generalizantes do movimento histórico concreto do NCL, sobretudo da desde a experiência constitucional boliviana, observando-se, para tal, o procedimento analítico por meio da técnica da pesquisa bibliográfica.

2 O FUNDAMENTO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

O Novo Constitucionalismo Latino-americano (NCL) é um movimento histórico que proporcionou transformações nas estruturas jurídico-normativas do subcontinente latino-americano, principalmente a partir das Constituições do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009. Por ser bastante recente e, sobretudo, por ser resultado de reivindicações sociais marcadamente heterogêneas, trata-se de um movimento em conformação (DALMAU E PASTOR, 2010) e, portanto, incipiente em sistematicidade e coesão teóricas. O que se objetiva no presente artigo é a exposição de determinados traços comuns entre os dois referidos processos constituintes, em seus aspectos constitucionais formais e materiais, a fim de consolidar as similitudes históricas e jurídicas que permitem a visão mais generalizada de um movimento constitucional regional.

Assim, é relevante a observação de que são inúmeras as abordagens acerca do contemporâneo movimento constitucional latino-americano e que os autores citados simbolizam uma específica fonte de análise que não exclui outras possíveis classificações e interpretações. Segundo Brandão (2015), o NCL proposto por Dalmau e Pastor enfatiza as formas de maximização da participação popular nas deliberações políticas e normativas dos respectivos países, e, além disso, é uma descrição que ressalta os mecanismos de controle social dos atos estatais no sentido de dar efetivo cumprimento ao texto constitucional.

Dalmau e Pastor (2010) sublinham duas perspectivas importantes para a composição da análise do NCL como movimento, a saber, a exterioridade da Constituição, isto é, sua legitimidade como carta política resultante da conjunção de inúmeros componentes extrajurídicos e, ulteriormente, a sua interioridade, ligada à sua força normativa propriamente dita. A partir dessas perspectivas, tem-se que o fundamento último da constitucionalização do ordenamento jurídico, a partir do NCL, advém do entendimento de que a Constituição é resultado do mandato legítimo do constituinte e deve refletir interna e materialmente sua vontade.

O NCL, assim, se consolida como uma teoria democrática da Constituição, que tem como problema central a desigualdade social historicamente presente no subcontinente. Segundo os autores, o movimento surge de uma necessidade de superação das estruturas de desigualdade por meio de movimentos sociais que buscaram traduzir suas reivindicações em textos constitucionais com significativa força normativa (DALMAU E PASTOR, 2010).

Para os autores, assim, o primeiro elemento constitutivo do NCL, antes mesmo da análise formal e material dos seus textos constitucionais, é a natureza democrática dos seus processos constituintes, que contrasta com a maioria das experiências anteriores da América Latina, a saber as constituições fundacionais dos países da região e mesmo o constitucionalismo do século XX, marcados, respectivamente, pelo conservadorismo e pelo individualismo liberal (DALMAU E PASTOR, 2010).

Foram projetos predominantemente restritos à organização do Estado e ao estabelecimento de alguns dispositivos básicos de um sistema político apenas formalmente democrático, no mesmo sentido daquilo que é apontado e descrito por Gargarella (2014) quanto às Constituições liberais-conservadoras que fundaram os países latino-americanos e que somente no início do século XXI vão dar lugar a documentos elaborados de forma eminentemente democrática.

Nesse contexto, Dalmau e Pastor (2010) destacam a constituinte venezuelana de 1999 como um ponto inicial para uma nova configuração dos processos constituintes na região. A partir

deste, afirmam os autores que é possível a observância de elementos formais inéditos, que carregam o elemento democrático e revolucionário em seu âmago e que vão se fazer presentes nos demais processos constituintes, a saber

el ecuatoriano de 2007-2008, cuyo texto se caracteriza principalmente por la innovación en el catálogo de derechos y por la expresa referencia, ya aludida, al Estado constitucional; y el boliviano de 2006-2009, el más difícil de todos los habidos, y cuyo resultado, la Constitución boliviana de 2009, es seguramente uno de los ejemplos más rotundos de transformación institucional que se ha experimentado en los últimos tiempos, por cuanto avanza hacia el Estado plurinacional, la simbiosis entre los valores liberales y los indígenas, y crea el primer Tribunal Constitucional elegido directamente por los ciudadanos del país (DALMAU E PASTOR, 2010, p. 11)

Observa-se o NCL como expressão de uma tentativa de limitação do poder constituinte derivado em favor da ratificação da vontade popular de mudança, resgatando aspectos típicos da teoria inaugural e revolucionária do poder constituinte originário (SOARES E BASTOS, 2021). Posteriormente viriam a se consolidar e se repetir aspectos formais dos movimentos democráticos, como os referendos ativadores da constituinte e os referendos de aprovação dos textos constitucionais, e, ainda, traços materiais que exteriorizavam necessidades de combate às estruturas neoliberais de desproteção e desamparo social.

3 ASPECTOS FORMAIS E MATERIAIS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO BOLIVIANA DE 2009

Partindo-se, pois, da legitimidade democrática característica dos processos constituintes do NCL, ressaltar-se-ão os aspectos que definem tal movimento, consoante apontados por Dalmau e Pastor (2010), nos sentidos formal e material e buscar-se-á, simultaneamente, a identificação desses aspectos conforme suas configurações no texto da Constituição da Bolívia de 2009. O primeiro traço formal apontado pelos autores é o caráter inovador ou experimental das Constituições que resultaram desses processos, traduzido em escolhas jurídico-normativas de incorporação de princípios e institutos próprios em detrimento de outras estruturas tradicionais do constitucionalismo europeu, a exemplo do conceito de plurinacionalidade.

Nesse sentido, o Título I da Constituição boliviana trata de estabelecer as chamadas bases fundamentais que perpassam pela determinação do modelo de Estado, dos princípios, valores e fins deste e do sistema de governo adotado. Neste título, em específico, encontram-se relevantes inovações, a saber: a adoção do Estado Plurinacional e do pluralismo jurídico; a observação, no artigo 2º do texto constitucional, da existência pré-colonial dos povos originários da região e a

preconização do domínio ancestral sobre os seus territórios; a adoção de princípios ético-morais oriundos dos povos originários, no artigo 8º, como *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (não vagar, não mentir, não roubar) e *suma qamaña* (viver bem) e a determinação, como uma das funções do Estado, a impulsão da industrialização conservando o meio ambiente e os recursos naturais para o bem-estar de gerações futuras, no artigo 9º, inciso 6 (BOLÍVIA, 2009).

Já o segundo elemento destacado desse movimento é a amplitude dos textos constitucionais dele resultantes. Os autores sublinham que essa extensão é uma expressão da necessidade de limitação do poder constituído para que este considere com constância os princípios e regras estabelecidas detalhadamente e com as máximas implicações (DALMAU E PASTOR, 2010). Nesse sentido, observa-se que o texto constitucional boliviano possui 411 artigos, além das disposições transitórias, sendo relevante a extensão da carta de direitos e garantias fundamentais, que vai do artigo 13 ao artigo 107, além de outras garantias presentes no decorrer do texto. Nesse sentido, afirmam Soares e Bastos (2021, p. 85):

A extensão é clássica no constitucionalismo latino-americano, pois os textos anteriores eram igualmente dilatados e prolixos, mas o NCL exerce esta amplitude em objetivo diverso ao das Constituições antecessoras, que acreditavam que assim serviriam para a permanência da vontade do constituinte original [...] atualmente, tal extensão se manifesta pela necessidade do constituinte de expressar claramente suas vontades, o que pode desembocar em uma quantidade grande de dispositivos constitucionais.

Portanto, trata-se de um elemento relevante não somente no âmbito da aplicação jurídica imediata, mas também de adaptação e reconfiguração quanto a institutos e princípios dotados de nova roupagem que levam a cabo a ideia precípua de reestruturação estatal e jurídica. Tal característica vem acompanhada do terceiro elemento formal do NCL, a saber, a tentativa de tradução de elementos complexos em linguagem acessível. A complexidade técnica, portanto, necessária para a reconfiguração institucional e jurídica almejada, é acompanhada de acessibilidade linguística e utilização de expressões indígenas e tradução das expressões latinas consagradas no Direito (DALMAU E PASTOR, 2010).

A tentativa de democratizar a linguagem jurídica é visível, no caso boliviano, desde o artigo 5 do texto constitucional, em que se reconhecem 36 idiomas oficiais, para além do espanhol, observando-se, ainda, a necessidade de os órgãos estatais utilizarem, na publicação de seus atos, ao menos dois idiomas oficiais, sendo um o espanhol e o outro definido a partir das necessidades e conveniência regionais e locais. Ademais, também é relevante, nesse aspecto, a já citada adoção de princípios dos povos originários e utilização dos idiomas indígenas para sua descrição, no artigo 8º, inciso 1, e a tradução de diversas expressões latinas usuais do Direito para o espanhol,

como foi o caso do *habeas corpus* e do *habeas data*, traduzidos, respectivamente, como Ação de Liberdade, regida pelos artigos 125, 126 e 127, e como Ação de Proteção de Privacidade, regulamentada nos artigos 130 e 131 do texto constitucional (BOLÍVIA, 2009).

Por fim, tem-se o elemento da rigidez constitucional, compreendida como a busca da manutenção da vontade do poder constituinte originário e ilustrada pela constância com que a vontade popular é considerada por meio de instrumentos de controle social sobre o constituinte derivado (SOARES E BASTOS, 2021). Assim, afirmam Dalmau e Pastor (2010, p. 18) que “*la rigidez constitucional, [...] no busca la perdurabilidad de la constitución, sino la modificación de ésta exclusivamente por el poder constituyente, esto es, el originario*”. Nesse aspecto, a Constituição da Bolívia prevê, no seu artigo 411, duas hipóteses de reforma da Constituição: reforma total ou que afeta as bases fundamentais do atual texto, os direitos, deveres e garantias ou as normas acerca da primazia e reforma da Constituição; e a reforma parcial, assemelhada à Emenda Constitucional.

A primeira, segundo o inciso I do artigo 411, exige a eleição de uma Assembleia Constituinte originária plenipotenciária a ser referendada pela vontade popular, sendo que este referendo de convocação deve ter iniciativa de, pelo menos, 20% do eleitorado do país, da maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa Plurinacional ou do Presidente do Estado. Além disso, a aprovação do novo texto deve se dar por dois terços dos presentes na Assembleia Constituinte e deve ser, ainda, aprovada por referendo. Já a reforma parcial da Constituição, prevista no inciso II do artigo 411, desde que não verse sobre os temas supracitados, pode se dar por iniciativa popular, com a assinatura de, ao menos, 20% do eleitorado ou por dois terços da Assembleia Legislativa Plurinacional, devendo, também, ser ulteriormente aprovada mediante referendo (BOLÍVIA, 2009).

Já no que diz respeito aos elementos materiais do NCL, os autores Dalmau e Pastor (2010) apontam para o resgate de uma teoria revolucionária do poder constituinte originário, que cumpre um papel de ruptura com a ordem constitucional anterior, num legítimo fortalecimento da dimensão política desse poder. Assim, nas palavras dos autores:

Junto con los rasgos propios de la su forma constitucional, las nuevas constituciones latinoamericanas cuentan asimismo con un amplio abanico de características materiales comunes, em las cuales también ha incidido la dinámica constituyente: sus cimientos por un lado en la activación directa del poder constituyente para al avance de las sociedades y, por otro, en la necesidad de romper con sistemas anteriores propios del constitucionalismo débil (DALMAU E PASTOR, 2010, p. 19)

Nesse sentido, observa-se o destaque da tentativa de implementação de um governo participativo, que acarreta no segundo aspecto material do NCL, que é a relevância da revisão constitucional pelo cidadão, o que, por sua vez, ilustra o objetivo de construção de um governo democrático por meio da participação direta do povo, que, nos textos constitucionais, é por vezes referida como democracia participativa ou formas de participação democrática (SOARES E BASTOS, 2021).

Nesse aspecto, observa-se a literalidade do artigo 411 do texto constitucional da Bolívia, que submete toda reforma constitucional à aprovação mediante referendo. Além disso, o artigo 257 prevê a aprovação de tratados internacionais mediante referendo, sobretudo aqueles que impliquem questões de fronteira, integração monetárias, integração econômica e a cessão de competências a organismos internacionais ou supranacionais em matéria de integração (BOLÍVIA, 2009). Essa determinação é relevante uma vez que os tratados internacionais possuem significativa força normativa no ordenamento jurídico boliviano.

O terceiro elemento apontado é o da compatibilização entre democracia representativa e democracia participativa pelo estabelecimento de institutos de legitimidade e de exercício de controle social do poder constituinte derivado. Dalmau e Pastor (2010) destacam, nesse aspecto, a criação de procedimentos para a reconstrução da unicidade material entre a sociedade e o Estado, em que este reflete a vontade daquela não somente por meios convencionais partidários. O artigo 11 da Constituição da Bolívia prevê que o sistema de governo do país é exercido através de uma democracia participativa, representativa e comunitária, com igualdade de condições entre homens e mulheres (BOLÍVIA, 2009).

Quanto à democracia direta e participativa, o texto prevê os mecanismos do referendo, da iniciativa legislativa cidadã, a revogação de mandato, as assembleias, os cabildos (espécie de conselho popular deliberativo) e a consulta prévia. Destaca-se, conforme já apontado, a relevância do referendo na conformação do ordenamento jurídico boliviano. Já no que tange à democracia comunitária, o texto constitucional prevê a eleição, designação ou nomeação de autoridades e representantes dos povos indígenas a partir dos territórios autônomos que, por sua vez, irão conformar os múltiplos níveis de autonomia do Estado Plurinacional Boliviano, que irão interagir por meio de diversos mecanismos de coordenação e cooperação (NÓBREGA, 2018).

Ademais, a extensa carta de direitos considerados fundamentais é o quarto elemento material do NCL, em que se destaca o tratamento do sujeito latino-americano individual e coletivamente considerado. Trata-se de um elemento central da inclusão de sujeitos invisibilizados pela história do constitucionalismo liberal. Além disso, a natureza, referenciada *Madre Tierra*

(*Pachamama*), também é abarcada e tida nessas cartas como sujeito de direitos (SOARES E BASTOS, 2021). Nesse relevante aspecto, Dalmau e Pastor (2010) sublinham a diferença na determinação dos direitos assegurados pelo NCL, que vai de encontro à generalidade característica do constitucionalismo clássico, composição esta que se soma à ampla recepção de tratados internacionais de direitos humanos, dotados de plena eficácia e colocados no alto da hierarquia normativa dos respectivos ordenamentos jurídicos.

A Constituição da Bolívia, estabelece extensa e sistematizada carta de direitos e garantias fundamentais, do artigo 15 ao artigo 107, consagrando direitos civis e políticos, direitos das nações e dos povos indígenas originários campesinos, das pessoas com deficiência, das crianças e adolescentes, os direitos sociais e econômicos, com destaque para o direito ao meio ambiente, direito ao trabalho e emprego, direito a interculturalidade, dentre outros. Ganha relevo, dentre as garantias previstas ao longo do texto constitucional aquelas relativas à autonomia indígena, estabelecidas do artigo 289 ao artigo 296, em que se vê sacramentado o autogoverno desses povos, pelo estabelecimento autônomo de normas, instituições, autoridades e procedimentos internos, observada a harmonia com a Constituição. Não obstante, é prevista nos artigos 190 e seguintes a jurisdição indígena originária campesina, responsável pelo exercício das funções jurisdicionais nas respectivas regiões autônomas, aplicando os princípios específicos do povo em questão, ainda que observando a aplicação dos direitos estabelecidos na Constituição (BOLÍVIA, 2009).

Ademais, no que tange aos direitos da natureza, os artigos 342 e 343 da carta constitucional boliviana preveem o dever do Estado na preservação e proteção dos recursos naturais e da biodiversidade, estabelecendo o direito da população na participação da gestão ambiental, que, por sua vez, deve ser consultada quando da tomada de decisões que possam afetar a qualidade do meio ambiente. Além disso, é previsto, na estrutura do Poder Judiciário, a jurisdição agroambiental, tida como órgão máximo especializado na matéria agroambiental, regido pelos princípios da função social, da sustentabilidade e da interculturalidade, consoante artigo 186 e 187 da Constituição (BOLÍVIA, 2009).

O quinto elemento comum é a vocação inclusiva quanto às minorias, inclusive pelo reconhecimento de diversidades jurisdicionais. Nesse âmbito, destaca-se a própria consolidação do Estado Plurinacional e dos mecanismos de participação direta nas deliberações democráticas, sendo assegurada a expressão e composição de vontades multiétnicas, dotadas de autonomia para afirmação de ideias quanto aos rumos e configurações do Estado a partir de múltiplas realidades (SOARES E BASTOS, 2021).

Dentre outros, destaca-se o já referido artigo 2º da Constituição da Bolívia, que assinala a relevância da presença ancestral e formativa dos povos originários com relação ao povo daquele país, assegurando-os autodeterminação em diversos níveis; o artigo 179, incisos 1 e 2, que asseguram igual hierarquia entre as jurisdições ordinária e indígena; e o artigo 30 e seguintes, que sistematizam os direitos das nações e povos indígenas originários camponeses, assim definidos como toda coletividade que compartilha de identidade cultural, de idioma, de tradição, territorialidade e cosmovisão cuja existência é anterior à invasão colonial espanhola (BOLÍVIA, 2009).

Como últimas características materiais do NLC, aponta-se o forte controle concentrado de constitucionalidade e a amplitude dos capítulos econômicos nos textos constitucionais. No que tange à primeira, pode-se notar uma concentração na figura do Tribunal constitucional ou, ao menos, uma configuração híbrida que favorece o controle concentrado, entendido pelos autores como um elemento originalmente revolucionário quando da sua implementação na América Latina (DALMAU E PASTOR, 2010). O Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano é regulamentado a partir do artigo 196 da Constituição, em que se prevê a sua competência.

É relevante destacar que o referido artigo prevê que, na sua função interpretativa, o Tribunal deve ter como principal critério a vontade do constituinte originário, de acordo com documentos, atas e resoluções, além do teor literal do texto (BOLÍVIA, 2009). Outro fator importante é a necessidade de eleição dos magistrados, que terão mandatos de 6 anos, sem direito à reeleição, sendo que o referido Tribunal deve ser composto com a presença de mulheres e de representantes das justiças comunitárias indicados por organizações indígenas regionais.

Quanto à segunda característica, destaca-se que as Constituições do NCL buscam incorporar diversos modelos econômicos, entrelaçando a iniciativa privada com formas de justiça distributiva, bem como abarcando a economia comunitária (DALMAU; E PASTOR, 2010). De acordo com a literalidade do artigo 306 da Constituição Boliviana, tem-se que o modelo econômico adotado é orientado a melhorar a qualidade de vida do povo, e é estruturada por formas de organização comunitária, estatal, privada e social cooperativa (BOLÍVIA, 2009). Todas essas assimilações guardam em comum a presença do Estado na proteção dos recursos naturais e na busca de um desenvolvimento econômico alternativo, com relativo destaque para a integração latino-americana para além das visões comercialistas.

A partir dos elementos formais e materiais do NCL, propostos pelos autores Dalmau e Pastor (2010), é possível analisar inúmeras inovações e particularidades do texto da Constituição Política do Estado da Bolívia, com notável destaque para a consagração de princípios dos povos

originários, bem como a garantia de mecanismos para o exercício do seu autogoverno e autodeterminação institucional e jurídica e, ainda, proteção legal dos direitos da natureza. Para além desses traços, denota-se a relevância da participação cidadã plural na determinação dos rumos institucionais e políticos do país a partir da novel carta constitucional, sobretudo no que tange às numerosas circunstâncias em que é estabelecida a necessidade de convocação de referendo aprobatório, à previsão de uma participação democrática comunitária e às novas formas de participação direta dos cidadãos na esfera deliberativa.

Trata-se de uma série de características que permitem identificar, num plano mais generalizado, o estabelecimento de uma experiência histórica e jurídica singular na contemporaneidade, capaz de representar as complexidades das formações sociais latino-americanas. Considera-se, assim, que a Constituição boliviana de 2009 representa um instrumento normativo importante no amálgama de processos históricos que constituem um constitucionalismo essencialmente latino-americano em processo de conformação e afirmação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes às inovações jurídicas dos textos constitucionais do Equador (2008) e da Bolívia (2009) e às particularidades histórico-sociais dos movimentos que deram vazão a essas Constituições, é possível concluir que se trata de um movimento dotado de caracteres singulares, que permitem afirmar a particularidade dessas experiências como um Novo Constitucionalismo Latino-Americano. O que se intentou no presente artigo, portanto, foi proporcionar destaque às características fundamentais desse movimento, sobretudo com relação aos aspectos formais e materiais das principais cartas político-jurídicas que ensejaram novas e relevantes formas de expressão das subjetividades locais, numa posição de afirmação de diferentes dignidades em detrimento da invisibilização histórica a que foram submetidas.

Diante desse contexto, buscou-se analisar de forma mais detida a Constituição Política do Estado da Bolívia, ao identificar as características gerais do NCL de maneira específica no decorrer do texto constitucional. Pode-se observar, assim, significativas inovações jurídico institucionais levadas a cabo pelo referido instrumento normativo, que consolidou diversas demandas sociais dos povos originários daquele país e proporcionou uma reestruturação do Estado e do Direito, internalizando a multiplicidade étnica do seu povo nas estruturas institucionais e jurídicas.

Trata-se, pois, de um documento jurídico original, que ilustra um movimento histórico em construção, que, por sua vez, abarca as particularidades regionais na tentativa de introduzi-las

aos debates e mecanismos que, em última instância, determinam os rumos das institucionalidades nos âmbitos político e jurídico. É por conta dessa fundamental característica que o NCL se constitui como um movimento inovador e, assim, consagra-se como um caminho possível para a consolidação de uma realidade democrática que não somente respeita e aceita as singularidades latino-americanas, mas as coloca de forma definitiva nos locais de deliberação e participação cidadãs.

REFERÊNCIAS

- BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado (CPE)**, 7 Febrero 2009. Disponível em: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/app/webroot/archivos/CONSTITUCION.pdf>. Acesso em: 29 set. 2022.
- BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- DALMAU, Rubén Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada? In: **Nuevas tendencias del derecho constitucional en América Latina**, VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: constituciones y principios, México, dez. 2010. Disponível em: <http://latinoamerica.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/134/2015/01/Viciano-Pastor-Articulo.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2022.
- GARGARELLA, Roberto. Latin American Constitutionalism: social rights and the “Engine Room” of the Constitution. **Notre Dame Journal of International and Comparative Law**, v. 4, n.1, 2014. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1023&context=ndjicl>. Acesso em: 10 jul. 2022.
- NÓBREGA, Luciana Nogueira. Estado e autonomias indígenas na Nova Constituição da Bolívia, **Tensões Mundiais**, Fortaleza, v. 14, n. 26, p. 157-181, 2018. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/tensoesmundiais/article/view/261>. Acesso em 01 ago. 2022.
- SOARES, João Gabriel; BASTOS, Elísio. Novo constitucionalismo latino-americano e histórico de centralização política da América Latina: a necessidade de superação da sala de máquinas para alcançar efetivas plurinacionalidades, **Culturas Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 21, set./dez. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45002>. Acesso em: 12 jul. 2022.



FEDERALISMO X CONSEQUENCIALISMO O QUE LEVOU A DECISÃO DO RELATOR NA ADI N° 6341/DF?

Glênio Borges Quintana

Professor da Pós-Graduação em Direito Eleitoral da Universidade de Santa Cruz do Sul.
Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com bolsa CNPq e com bolsa de pesquisa nível mestrado da Confederação Nacional de Municípios.

Ricardo Hermany

Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011); Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999). Consultor jurídico da Confederação Nacional dos Municípios – CNM

Resumo: Analisa-se a decisão proferida pelo Ministro relator da ADI 6341. A ação relata incongruências entre a Constituição Federal e a MP 926, que versa sobre as medidas de enfrentamento à COVID-19. Assim, o trabalho se propõe a responder: a decisão proferida pelo relator na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341 foi baseada somente no federalismo ou teve argumentação consequencialista? O estudo é realizado utilizando o método de abordagem dedutivo e de procedimento bibliográfico. Com isso, o artigo divide-se: primeiramente o trabalho aborda o federalismo, seu conceito e suas principais características juntamente com a descentralização; em um segundo momento estuda-se sobre a importância da argumentação consequencialista e sua relevância para o debate sobre as decisões dos juízes; finaliza-se apresentando a ADI 6341 e faz-se uma análise se na sentença proferida pelo relator houve consequencialismo ou somente elementos do federalismo. Conclui-se que a decisão analisou o panorama da pandemia e pensou em atender ao interesse público, todavia isso não configura a utilização de argumentação consequencialista, visto que o principal dispositivo sustentado foi um artigo da Constituição Federal que ressalta a descentralização e o federalismo.

Palavras-chave: ADI 6341; Consequencialismo; Descentralização; Federalismo.

Submetido em 29 de abril de 2021. Aprovado em maio de 2023.

INTRODUÇÃO

O Brasil está organizado sob um sistema federalista e descentralizador, o que assegura uma maior autonomia aos entes federados para que operem mais perto da população local, com mais facilidade para prestar atendimentos condizentes aos seus interesses. A União, estados, Distrito Federal e municípios dispõem dessa autonomia prevista no artigo 18 caput da Constituição Federal e cada um possui suas devidas competências. Todavia, não é por esse motivo que este sistema não passa por debates e até mesmo julgamentos para esclarecimento da norma no Supremo Tribunal Federal.

O estudo tem o propósito de demonstrar como funciona o federalismo e a descentralização no Brasil, assim como conceituar a argumentação consequencialista e como, segundo seus defensores, ela pode influenciar as decisões tomadas pelos juízes. Assim, pela análise do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 6341 busca-se responder a seguinte questão: a decisão do relator na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341 foi baseada somente no federalismo brasileiro ou teve argumentação consequencialista?

O estudo é elaborado utilizando o método de abordagem dedutivo, tendo em vista que se parte de uma ideia geral, isto é, o federalismo cooperativo e a descentralização no Brasil e, logo após, a argumentação consequencialista no cenário jurídico, indo para uma ideia menor, onde analisa-se o julgado pelo relator na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341. O método de procedimento utilizado é o bibliográfico, com consultas a doutrinas, sítios e diplomas legais.

Logo, com o objetivo de responder o problema de pesquisa apontado, o artigo divide-se da seguinte forma: primeiramente o trabalho aborda o federalismo, seu conceito e suas principais características juntamente com a descentralização que é um importante meio para potencializar a autonomia local; em um segundo momento é feito um estudo sobre a importância da argumentação consequencialista e sua relevância para o debate sobre as decisões dos juízes; finaliza-se o artigo apresentando a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341, visando observar se o relator baseou-se na argumentação consequencialista ou se foi utilizado somente elementos do federalismo.

1. FEDERALISMO COOPERATIVO E DESCENTRALIZAÇÃO: REFLEXOS NA GESTÃO DA PANDEMIA

O federalismo cooperativo vai ao encontro da necessidade de atender as demandas sociais e trazer alternativas para resolução de problemas práticos, trilhando um caminho pela possibilidade de desenvolver ações compartilhadas pelos níveis de governo. Com essa relação bem alicerçada entre os entes federados torna-se viável o estabelecimento de objetivos comuns, mesmo considerando as distintas realidades que envolvem o território e a população de cada ente federado, isto é, um sistema de cooperação em que haja também autonomia na ação para preservar as peculiaridades locais.

Assim, o federalismo pode ser descrito como um pacto de um certo número de unidades territoriais autônomas com vista a finalidades comuns. Trata-se de uma organização político-territorial do poder cuja base é a dupla autonomia: a dos entes federados (governos subnacionais, caso brasileiro Estados e Municípios) e a do governo central (União). Neste caso, os primeiros têm autonomia para gerir as questões locais, e o segundo tem o propósito de representar e fazer valer os interesses de toda a população do país (COSTA; CUNHA, ARAÚJO 2010).

Tradicionalmente as características de um Estado Federal são: (i) Constituição Federal que distribua as competências entre os entes federados e organize a relação entre eles; (ii) Divisão do Estado nacional em subunidades denominadas entes federados ou unidades membro da federação; (iii) Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário autônomos na esfera nacional e subnacional; (iv) Divisão de competências fiscais e administrativas entre os entes federados; (v) Legislativo nacional bicameral, com uma casa, representando as unidades autônomas; e (vi) Corte Suprema de Justiça responsável por manter a ordem federal e regular os conflitos federativos (SOARES; MACHADO, 2018).

O federalismo prognostica uma autonomia política e financeira, instituída por uma Constituição que determine a estrutura do Estado. Além disso, outra condição é que deve existir mais de uma esfera de governo, para que essas se constituam autônomas nos âmbitos financeiro, administrativo e político, e dessa forma, soma-se a estes requisitos a indissociabilidade das esferas instituídas nacionalmente, bem como a repartição de competências por meio de um regime cooperativo de governo (CASSEB, 1999). Assim, o federalismo desenvolvido no Brasil é amparado pela Constituição Federal de 1988 e se defronta com uma nação de grandes

amplitudes geográficas e adversidades econômicas em todo território nacional (COSTA; CUNHA, ARAÚJO 2010).

A história constitucional do Brasil mostra que as Constituições não foram totalmente originais em suas concepções no que trata do sistema federalista. Na verdade, buscou-se no direito à construção e organização do sistema constitucional brasileiro de repartição das competências legislativa e administrativa, incorporando, obviamente, algumas particularidades que diferenciam o texto constitucional brasileiro dos outros Estados Federais. Isso decorre tanto pela expressiva extensão territorial quanto pelo número de entes federados que se determinou em termos de autonomias com a Constituição de 1988, trazendo com isso situações *sui generis* ao federalismo brasileiro (MÜLLER; FRIEDERICH, 2020).

A Constituição Federal de 1988 fez a escolha de um regime normativo e político, plural e descentralizado, no qual se cruzam novos mecanismos participativos com um modelo institucional cooperativo e recíproco, e assim, ampliando o número de sujeitos capazes de tomar decisões. Por este motivo que a cooperação exige entendimento mútuo entre todos os entes federados e essa participação supõe a abertura de arenas públicas de decisão (CURY, 2006).

O Brasil sofreu influência de diferentes modelos de federalismo ao longo da sua formação histórica, de certa forma isso ficou mais latente com a Constituição de 1988 na medida em que foi imposto mais compromissos no âmbito das políticas públicas sociais, deixando claro a complexidade que o arranjo das divisões de competências iria protagonizar (MÜLLER; FRIEDERICH, 2020). Para que se concretize um Estado Democrático de Direito este deve manter a criação e manutenção de políticas públicas. Nesse pensamento, como forma de diminuição do desequilíbrio e de impulsionar a cooperação entre os entes federados, a descentralização merece destaque, definindo limites de interferência do Poder central e concedendo maior autonomia aos governos locais.

É evidente que existe a necessidade de um aprimoramento do sistema de redistribuição de recursos e competências para melhorar a atual situação do país, razão pela qual a descentralização é vantajosa, pois garante que as tarefas sejam realizadas pelos entes que se encontram mais próximos dos cidadãos. Portanto, cresce o impulso de participar do cidadão que se sente mais integrado às questões políticas que trazem mudanças para seu dia a dia. Ainda mais, é indubitável que o sistema convencional de representação está deveras envelhecido e não tem a aptidão necessária para resolver as demandas sociais (WOLKMER, 2003). Em resumo, é obrigação do Estado estimular ações de entes locais para promover o bem comum (KRELL, 2008).

Essa descentralização tonifica a autonomia local, que possui seu melhor emprego no âmbito do poder municipal. Para Moraes (2011) os municípios possuem uma capacidade de se auto-organizar por meio de Lei Orgânica Municipal e, também, por leis municipais, são capacitados para se autogovernar já que realizam eleições diretas e o povo manifesta sua vontade exercendo o direito ao voto para eleger seu prefeito, vice-prefeito e vereadores. Não é necessário para muitas demandas a intervenção tanto do Governo Federal quanto do Governo Estadual. Seguindo com esse pensamento, é possível notar que os municípios também se autoadministram, uma vez que exercem por conta própria suas competências administrativas, tributárias e legislativas, conferidas diretamente a eles pela Constituição Federal. Neste sentido,

A realidade simples que hoje se descobre é que a maioria das ações que concernem as nossas necessidades do dia a dia, como a construção e gestão das escolas, a organização das redes comerciais e financeiras, a criação das infraestruturas locais, a preservação do meio ambiente, a política cultural e tantas outras, podem ser resolvidas localmente, e não necessitam de intervenção de instâncias centrais de governo, que tende a burocratizar o processo e manter o divórcio relativamente ao que é realmente importante para a população local (DOWBOR, 2016).

Esse debate ganhou grande força com a presença de uma pandemia mundial causada pelo COVID-19, especialmente nas questões referentes às medidas de combate ao vírus e como essas ações influenciam na vida do cidadão brasileiro. A discussão traz questionamentos acerca da repartição de competência no âmbito do federalismo brasileiro, da necessidade de aliar os interesses nacionais, regionais e locais sem olvidar os limites de atuação e autonomia de cada ente federativo, no sentido de poder criar políticas públicas para o combate ao coronavírus.

A temática foi em parte tratada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI Nº 6341/DF, o que permitiu trazer para análise se o voto do relator foi alicerçado no federalismo brasileiro ou o consequencialismo? Para obter tal resposta, faz-se necessária uma análise do argumento consequencialista, o que será objeto da segunda parte deste artigo, a seguir.

2. O CONSEQUENCIALISMO NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A argumentação consequencialista se faz necessária para uma boa argumentação jurídica, além disso, ela já é desenvolvida no Brasil, de forma implícita, apoiada em princípios constitucionais e normas mais abstratas (CHRISTOPOULOS, 2015). Dessa forma, o tema do consequencialismo transborda as fronteiras do direito, mas a ele interessa, por se tratar de critérios de julgamento.

Toda vez que uma decisão é tomada, as consequências possíveis e previsíveis no momento são consideradas. Se a discussão for levada para o plano moral, as pessoas consideram suas ações - boas ou ruins - se as consequências que vierem delas foram relevantes para um lado ou para o outro. Christopoulos (2015 p. 5) dá o exemplo de um físico nuclear que produziu um novo conhecimento sobre fusão, "se a principal consequência desse conhecimento é a produção de uma bomba que destrói parte da humanidade, é possível que muitas pessoas julguem a ação de produzi-la como um erro, se era previsível tal fim bélico".

Logo, é possível afirmar que, independentemente do país; da população; do sistema moral; ou do sistema jurídico, as consequências das ações são sempre consideradas, em maior ou menor medida, de acordo com diversos fatores, assim como também depende de quem as avalia, como a figura do juiz que será trabalhada neste estudo.

Em um primeiro momento, as diversas teorias consequencialistas problematizam os efeitos das decisões e alegam que quando uma decisão é tomada, as consequências que seguem são importantes para análise do seu sucesso ou correção (CHRISTOPOULOS, 2015). Na obra Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen analisa o ponto deontológico das características da causalidade jurídica e mostra que a norma social sempre estabelece uma relação entre uma condição e uma consequência, e também prevê que a consequência deve seguir a condição.

O deontológico que Hans Kelsen (1960) trata, é, em outras palavras, a relação do dever-ser, o que liga o antecedente ou a hipótese normativa à consequência estipulada, e isso faz parte da estrutura normativa. As teorias consequencialistas se distanciam das deontológicas, pois, segundo os críticos do consequencialismo, não buscam o cumprimento rígido de regras e princípios, mas sim, tem o resultado como objeto principal de suas ações. Os seguidores das teorias normativas deontológicas utilizam de critérios para garantir os direitos individuais, as exigências da imparcialidade e são contra qualquer discriminação arbitrária, além disso, preveem "o que se deve e o que não se deve fazer de um modo que, pelo menos em parte, é independente das consequências" (MACCORMICK, 2008 p. 58).

Vale destacar, que aqui não se está fazendo nenhum tipo de repúdio às normas em uma análise da melhor decisão a ser tomada, nem mesmo uma defesa de que as decisões devem estar alicerçadas unicamente para as consequências. Porém, o diálogo que é trazido à tona versa sobre a utilização do consequencialismo neste contexto onde as teorias deontológicas não se fazem suficientes para nortear todos os argumentos que são utilizados numa decisão judicial, ou seja, mesmo as decisões sendo norteadas pela norma, acontece, com frequência, de argumentos relacionados aos efeitos e consequências estarem presentes de forma destacada nas decisões.

Desse modo, o modelo consequencialista aborda uma valorização das várias consequências previsíveis diante de alguma decisão, o que torna possível a visualização de diversos tipos de argumentações que, por vezes, podem se pautar tanto em questões econômico-financeiras, quanto políticas ou sociais. O consequencialismo, do ponto de vista jurídico, é definido por Luis Fernando Schuartz (2011, p. 383 e 384) como:

qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas”.

Este conceito se torna deveras abrangente se levarmos em conta os vários tipos de consequencialismos encontrados no direito, como os que defendem uma ampla e irrestrita utilização de razões consequencialistas no ato de decidir e também os que preferem o elemento consequencialista de forma implícita (CHRISTOPOULOS, 2015). É possível afirmar que a maior questão em debate na adoção do consequencialismo – até mesmo por seus defensores – é se ele pode ser usado apenas quando não existe uma regulamentação específica pelo ordenamento jurídico ou se deve sempre ser utilizado. Richard Posner (2003) argumenta que toda vez que as consequências não são catastróficas ou absurdas, o mais prudente é seguir a regra, garantindo assim a proteção das expectativas e preservação da linguagem ordinária como matéria efetiva na comunicação legal.

Assim, “a proposta de consequencialismo jurídico deve ser menos ligada a prognósticos e mais à ideia de que consequências daquela decisão traz para o direito” (CHRISTOPOULOS, 2015 p.9). Neil MacCormick (2005) entende o direito como uma disciplina argumentativa, situando a argumentação jurídica como uma vertente da argumentação prática. O processo de aplicação da norma é essencial para a atividade jurídica, e conhecer a estrutura racional desse processo é fundamental para confirmar a argumentação jurídica como ramo da argumentação prática. Com isso, umas das metas da argumentação jurídica, é firmar que as decisões devem ser racionais, devidamente alinhadas aos requisitos da justificação (CHRISTOPOULOS, 2015).

Manuel Atienza (2006 p. 119) - tratando da obra de MacCormick - relata que o mesmo defende que tanto a argumentação prática, em geral, quanto a jurídica, cumprem, essencialmente, um papel justificador:

Essa função justificadora está presente inclusive quando a argumentação persegue uma finalidade de persuasão, pois só se pode persuadir se os argumentos estão justificados, isto é – no caso da argumentação jurídica – se estão de acordo com os fatos estabelecidos e com as normas vigentes.

Em outras palavras, o que MacCormick quis dizer ao usar o termo justificar foi que este ato serve para demonstrar porque que determinado feito está certo ou está errado, é uma explicação que leva em conta todos os pormenores do caso analisado e demonstra todo caminho que se percorreu para alcançar a decisão final. Dessa maneira, é nítido que para as sentenças a correção formal não é mais suficiente, isso porque se faz necessário torná-las algo que convença a todos que esta foi a decisão mais acertada a ser tomada (PERELMAN, 2005).

MacCormick também reitera serem três os principais requisitos para uma boa razão jurídica, a saber: coerência, consistência e consequências. A coerência diz respeito à adequação do caso a algum princípio mais amplo e já presente dentro do ordenamento jurídico. Já a consistência está relacionada ao compromisso de nenhuma decisão ficar em contradição com alguma regra jurídica vinculante. Por fim, as consequências que, na visão do autor, devem ser melhores do que as que outras decisões poderiam desencadear, sendo também essencialmente jurídicas e não probabilísticas (MACCORMICK, 2008).

Portanto, segundo esta teoria, a nenhum juiz é permitido tomar uma decisão que contradiga uma regra ou princípio já positivado, isto é, a decisão não pode se afastar da norma legal e precisa estar em perfeita coerência com a ordem jurídica positivada. Seguindo esta mesma linha de pensamento, Tárek Moussallem defende que esses argumentos extrajurídicos – denominados pelo autor de o consequencialismo externo - não devem ser considerados pelo Supremo Tribunal Federal, que está limitado aos “fatos jurídicos constitucionais”, “sob pena de inversão total dos valores estampados na Constituição Federal” (MOUSSALLEM, 2009, p. 974 – 975).

Este ponto é causador de muito debate na análise das consequências, a extensão sobre o que os juízes devem considerar e as bases em que deve avaliá-las. Quando se analisa as consequências sociais, principalmente as de longo prazo, a escolha de determinada regra jurídica e não de outra se torna algo extremamente difícil de calcular (MACCORMICK, 2005).

Dessa forma, é visível que a ação consequencialista não possui o papel de estimar todas as prováveis mudanças comportamentais que a população terá após uma decisão. Se torna irreal imaginar que o juiz teria a capacidade de prever todos os resultados que poderão, eventualmente vir a acontecer por motivos de sua decisão (CHRISTOPOULOS, 2015). Todavia, se as pessoas devem agir conforme a lei, elas também agem conforme as decisões do tribunal, os juízes devem ter noção do tamanho da sua responsabilidade, tendo em vista possibilidade de adequação comportamental oriunda de suas decisões. Nesse mesmo diapasão está o Código de Ética da Magistratura Nacional, devidamente aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça, onde é

reforçado os cuidados que o juiz deve ter com seus atos, que devem “especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar” (BRASIL, 2008).

Consequentemente, se o Supremo Tribunal Federal toma uma decisão de, por exemplo, que o Poder Executivo não pode alterar a proposta enviada pelo Judiciário no momento de formulação da lei orçamentária em um determinado Estado, se torna previsível que os demais Estados da Federação venham a entender que a eles não é dada a oportunidade de alterar também a sua proposta. Uma análise consequencialista desse formato é passível de ser feita pelos juízes, os efeitos dessa decisão, mesmo que sejam inter partes, é plausível o entendimento de que os gestores públicos dos demais estados do país passarão a agir conforme a decisão (CHRISTOPOULOS, 2015).

Portanto, evidencia-se que, no atual momento vivenciado pelo COVID-19, as questões de divergências políticas infelizmente têm-se sobreposto muitas vezes sobre o interesse público, a exemplo das medidas adotadas para enfrentamento da pandemia. O fato desses conflitos irem de encontro ao interesse público pode causar influência na decisão dos juízes? O capítulo seguinte trará essa resposta a partir do paradigmático julgamento da ADI 6341 – essencial para estabelecer os contornos das competências administrativas do artigo 23 da Constituição Federal.

3. ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6341 E O PAPEL DOS ENTES SUBNACIONAIS

A análise da decisão monocrática proferida pelo Ministro Marco Aurélio Mello, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341 pode servir como importante suporte concreto para a aplicação ou não da base argumentativa em comento. Esta análise pretende demonstrar se a argumentação consequencialista foi utilizada ou se o federalismo brasileiro foi a base justificativa para a tomada da decisão do ministro Supremo Tribunal Federal.

O Partido Democrático Trabalhista – PDT ajuizou ação direta objetivando o exercício do controle concentrado de constitucionalidade da Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020 em face da Constituição Federal. A referida Medida Provisória – vale frisar - alterava os artigos 3º, incisos I, II e VI, e parágrafos 8º, 9º, 10 e 11 da Lei federal 13.979 de 6 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2008).

O texto debatido versa sobre o enfrentamento da emergência de saúde decorrente da situação causada pela disseminação do coronavírus por todo planeta, e elenca, em seu artigo 3º,

quais medidas de combate ao vírus as autoridades poderão tomar no âmbito de suas devidas competências, entre elas o isolamento (inciso I), quarentena (inciso II) e restrição temporária de entrada e saída do país e locomoção intermunicipal. No parágrafo 8º deste mesmo artigo, é estipulado que as medidas previstas deverão resguardar o exercício e funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais. Já no parágrafo 9º - onde se baliza maior parte da análise – há a previsão de que o Presidente da República irá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividade essenciais a que se refere o parágrafo anterior (BRASIL, 2020).

O requerente alega que o tema é de competência comum da União, estados, Distrito Federal e Municípios e que a medida provisória acarretava, na prática, num esvaziamento de responsabilidade constitucional dos entes da federação, não deixando estes executarem as ações que consideram mais pertinentes no setor de vigilância sanitária e epidemiológica, assim como efetivar a descentralização na gestão do Sistema Único de Saúde.

Sob o ângulo material, aponta a competência administrativa comum, atribuída aos demais entes da Federação, voltada à adoção de medidas de isolamento, quarentena, restrição de locomoção por rodovias, portos e aeroportos, bem assim de interdição de atividades e serviços essenciais. Sustenta esvaziada a responsabilidade constitucional, atribuída a todos os entes, para cuidarem da saúde, dirigirem o sistema único e executarem ações de vigilância sanitária e epidemiológica, nos termos dos artigos 23, inciso II, 198, inciso I, e 200, inciso II, da Constituição de 1988, bem como o critério da predominância do interesse. Sublinha violada a autonomia dos entes da Federação, a revelar adequado o afastamento da exclusividade da União para dispor sobre as referidas providências (BRASIL, 2020).

O Ministro Marco Aurélio então decide que não deve ser afastada a competência concorrente da União, estados e municípios e que a tomada de providências normativas e administrativas pelos estados e municípios não pode ser afastada pela medida provisória.

A decisão faz um relato referente a crise internacional decorrente da disseminação do coronavírus, crise que chegaria ao Brasil, porém, segundo alguns técnicos, ainda na época do julgamento em “fase embrionária”. O relator registrou que poderia diretamente trazer o dispositivo legal ao qual utilizou, mas entendeu essencial, primeiramente, relatar o contexto atual do planeta e opiniões de técnicos. Seguindo na justificativa de sua decisão, o Ministro Relator também faz ressalva que é necessário ter-se uma visão voltada ao coletivo e que o assunto é de interesse de todo cidadão.

Vê-se que a medida provisória, ante quadro revelador de urgência e necessidade de disciplina, foi editada com a finalidade de mitigar-se a crise internacional que chegou ao Brasil, muito embora no território brasileiro ainda esteja, segundo alguns técnicos, embrionária. Há de ter-se a visão voltada ao coletivo, ou seja, à saúde pública, mostrando-se interessados todos os cidadãos (BRASIL, 2020).

Esse interesse dos cidadãos demonstra que a decisão causa consequências na vida da população – o que se registre ocorre com frequência – o que levou ao entendimento de que o *decisium* estava alinhado ao pensamento de Christopoulos, que alega que os argumentos consequentialistas não precisam ser usados somente para preencher lacunas (CHRISTOPOULOS, 2015).

Entretanto, essa posição não se confirma, haja vista o dispositivo legal que o Ministro utiliza na parte final de sua decisão: “as providências não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Municípios considerada a competência concorrente na forma do artigo 23, inciso II, da Lei Maior” (BRASIL, 2020). O artigo 23, citado pelo Relator, fixa que é de competência da União, estados, Distrito Federal e Municípios “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (BRASIL, 2020).

A escolha pelo artigo não necessariamente era somente essa, a decisão também poderia ser fundamentada pelo artigo 18 da Constituição Federal que garantem autonomia para União, estados, Distrito Federal e Municípios, assim como no artigo 7º, inciso IX, da lei 8.080 (Lei Orgânica da Saúde), que trata da descentralização político-administrativa do SUS com ênfase na descentralização dos serviços para os municípios (BRASIL, 1990).

Neste mesmo viés, Marta Arretche explica que as relações verticais na federação brasileira – verticais no sentido de seguir a linha: governo federal com estados e municípios; e dos governos estaduais com os municípios – tem por marca a autonomia, ou seja, estados e municípios são entes federativos que alicerçam suas competências diretamente da Carta Constitucional. De modo geral, as garantias constitucionais do Estado federativo outorgam aos governos locais o direito de estabelecerem sua própria agenda na área social.

Portanto, todo ente federal está constitucionalmente qualificado para criar seus programas nas áreas de saúde, educação, assistência social, habitação e saneamento (ARRETCHE, 2006). Todos esses argumentos são um exemplo dos fatos jurídicos constitucionais ou previstos em lei que se relacionam com a pauta em debate, mas o Ministro Relator optou por utilizar somente um artigo da Carta Magna para amparar essa parte de sua decisão, quando poderia ter usado outros, porém utilizou-se do dispositivo legal que julgou mais pertinente no momento, ou então, considerou que era suficiente para sustentar sua decisão.

Ressalta-se, que o tão debatido parágrafo 9 do artigo 3º da MP 926, atribuída ao Presidente da República poder de dispor sobre os serviços públicos e atividades essenciais (BRASIL, 2020). Caso esse poder fosse exclusivo do chefe do executivo nacional – como o

requerente da ADI 6341 alega ser o teor da medida provisória – traria a possibilidade de uma verdadeira guerra de entendimentos entre os entes federados. De um lado Poder Federal defendendo as medidas que considera mais cabíveis para o combate ao coronavírus e, de outro, estados e municípios julgando que tais medidas deveriam ser alinhadas às características peculiares de suas localidades.

Com isso, formou-se um pensamento de que tal decisão foi consequencialista, uma vez que era notório que entendimento em contrário traria consequências catastróficas para todo país. Todavia, essa linha de raciocínio ignora o fato de que medidas de saúde, sanitárias e epidemiológicas sendo dispostas unicamente pelo Poder Federal afronta de maneira direta o federalismo cooperativo, princípio estruturante da ordem constitucional brasileira.

CONCLUSÃO

Este artigo possui o propósito de avaliar se a argumentação consequencialista foi utilizada ou se somente o federalismo cooperativo brasileiro foi a base jurídica para a tomada da decisão do ministro Supremo Tribunal Federal. O federalismo cooperativo busca atender as demandas da população solucionando problemas práticos por meio de ações compartilhadas pelos níveis de governo.

Com os entes federados cooperando um com outro torna-se possível organizar metas comuns sem ferir a autonomia dos estados e municípios e permitindo quem está mais perto do cidadão executar as políticas públicas adaptadas às diferentes realidades do local e da população de cada ente subnacional, ou seja, cooperação aliada à descentralização.

Isto comprova que, para haver um processo de transferências de atribuições bem sucedido, é essencial que os níveis de governo tomem decisões positivas a programas de descentralização e integrem recursos administrativos e políticos para realizar políticas cujo desenho institucional adquira a adesão de todos os níveis de governo.

No caso da pandemia mundial causada pelo coronavírus as medidas de para combater a ameaça são de interesse de toda população do país, mas não podem ser estabelecidas desprezando as discrepâncias de axioma de cada localidade. A argumentação consequencialista traz um importante debate tanto para o interior do Direito quanto para um espectro externo, tendo em vista que as decisões judiciais, em sua totalidade, têm reconhecidas consequências.

Porém uma análise da situação mundial na pandemia e referência ao interesse público não traduz suficientemente a argumentação consequencialista, pois o exame de fatos relevantes

para tomada de decisão, o cenário ao qual está incutido os fatores que levaram a ação e a consciência do julgador de que sua sentença trará consequências para toda população não são elementos de fora do direito e não se está preenchendo lacunas nem mesmo justificando a decisão unicamente nas consequências do ato.

Desta forma, respondendo ao problema de pesquisa proposto, a decisão do Ministro Marco Aurélio Mello, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341, não se amparou em uma argumentação consequencialista, mas sim em dispositivos alinhados aos pressupostos do federalismo cooperativo e a descentralização, que são, por sua vez, elementos estruturantes do Federalismo Trino Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARRETCHE, Marta Teresa da Silva. Federalismo e políticas sociais: problemas de coordenação e autonomia. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. **Políticas públicas; coletânea**. v.2, ENAP. Brasília, 2006.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. 3ª ed. Trad. Maria Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 mar. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6341/DF de 23 de março de 2020**. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342747913&ext=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Código de ética da magistratura nacional**. 2008.

Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/01/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da Decisão Tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASSEB, Paulo A. **Federalismo**. Aspectos contemporâneos. Coleção saber jurídico. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialista no Direito. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**. v. 6, n. 3, 2015, p. 4-27.

- COSTA, Jean Mário Araújo; CUNHA, Maria Couto; ARAÚJO, Rosimeire Baraúna M. de. Federalismo cooperativo brasileiro: implicações na gestão da educação municipal. p. 14-23. In: **Jornal de políticas públicas educacionais**. v.4, n.8, 2010. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/jpe/article/view/21828/14283>. Acesso em: 2 fev. 2021.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. Federalismo político e educacional. In: FERREIRA, Naura Syria Carapeto (Org.). **Políticas públicas e gestão da educação**. Brasília: Líber Livro, 2006 p. 114.
- DOWBOR, Ladislau. **O que é poder local**. Editora Ética. Imperatriz, 2016.
- KELSEN, Hans. **Teoría Pura Del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960.
- KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa**. Fórum. Belo Horizonte, 2008.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro** / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo: Malheiros, 2016.
- MENDES, Gilmar. Anotações acerca da apreciação e revisão de fatos e prognoses legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro, in RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. **Perspectivas de Reformas da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Coimbra: Almedina, 2012.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Argumentação Consequencialista na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in SOUZA, Priscila de. **Sistema Tributário Brasileiro e Crise Atual**. VI Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2009.
- MÜLLER, Caroline; FRIEDERICH, Denise Bittencourt. A dinâmica do federalismo brasileiro no tema das políticas públicas, controle social e a covid-19. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 3, p. 49-77, set./dez. 2020.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. 2ª ed. Trad. Maria Ermantina de A. P. Galvão. São Paulo, 2005.
- POSNER, Richard. **Law, Pragmatism, and Democracy**. Cambridge/London: Harvard University Press, 2003.

RIZZARDI, Máira Martinelli. O Supremo Tribunal Federal e a Argumentação Consequencialista. **Revista Direito e Justiça**, v. 15, n. 24, p. 101-122, 2015.

SCHEFFLER, Samuel. From the Rejection of Consequentialism, in DARWALL, Stephen (org.). **Consequentialism**. Oxford: Blackwell Publishing, 2003.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, in MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOARES; Márcia Miranda; MACHADO, José Ângelo. **Federalismo e Políticas Públicas**. Brasília: Enap, 2018. Disponível em:

http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1330165/Federalismo_e_Politiclas_Publicas.pdf.

Acesso em: 15 mar. 2021.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e direito**. Editora revista dos tribunais, ed. 4. São Paulo, 2003.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Elayne Kallyne Braga da Silva Sobral

Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI.

Nelson Juliano Cardoso Matos

Professor Associado da UFPI. Docente permanente do PPGD/UFPI, docente colaborador do PPGDIR/UFMA, do PPGPP/UFPI e do PPGGP/UFPI. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE), e Mestre em Direito pela UnB.

Resumo: Este artigo descreve a incorporação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal da doutrina alemão da mutação constitucional. Identifica o contexto dessa incorporação e discute sobre a fidelidade entre a doutrina original e os termos adotados na referida incorporação brasileira. Os informativos e tese firmadas pelo Supremo Tribunal Federal foram, especialmente, os documentos utilizados para esta análise.

Palavras-chave: Mutação constitucional. Interpretação constitucional. Supremo Tribunal Federal.

Aprovado em maio de 2023.

1 INTRODUÇÃO

A mutação constitucional é uma doutrina alemã formulada no final do século XIX e consolidada no início do século XX para explicar a mudança da norma constitucional sem a alteração do texto constitucional. Está particularmente inserida no contexto teórico que observa a dupla natureza estatal, jurídica e social. É a prática política, portanto, que gera a mutação constitucional e não a inovação da interpretação, que se trata de outro fenômeno, também perceptível, mas diferente.

Nas últimas duas décadas, no Brasil, sobretudo em incidente do caso da Reclamação Constitucional nº4.335/AC, sobre o art. 52, inciso X da Constituição, o tema da mutação constitucional ganhou relevância, principalmente porque a discussão local não faz rigorosamente a distinção entre mutação constitucional e interpretação constitucional (ou constituição viva), o que leva a estranha mutação constitucional por interpretação judicial. Ainda que seja possível se admitir uma doutrina da mutação constitucional à brasileira, está essencialmente distante da versão original alemã.

Quatro referências nos darão clareza sobre o sentido clássico de mutação constitucional: Laband, Jellinek, Canotilho e Hesse. Ainda que a completa formulação da doutrina, entre eles, seja discordante; especialmente a posição de Hesse.

Laband (1895) entende que a mutação constitucional está diretamente relacionada a situação jurídica real de um Estado, uma vez que essa realidade pode sofrer mudanças bruscas e significativas sem que ocorra uma alteração na constituição escrita; diante disso, é possível que exista uma desconformidade entre o texto e a realidade percebida. Nesse sentido, Jellinek (1991) afirma que a mutação constitucional se relaciona diretamente a não intencionalidade, visto que, diferentemente da reforma constitucional, que é realizada por meio de uma decisão dos poderes constituídos, a mutação é algo natural, é algo que não surge da vontade consciente. Canotilho (2003) afirma que, ao se estudar os limites interpretativos da constituição, a principal questão a ser observada é a mutação constitucional, pois uma coisa é permitir interpretações constitucionais que se incluem dentro do preceito normativo presente na constituição, e outra é a interpretação do texto basear-se em uma realidade inconstitucional; assim, ainda que a alteração informal se justifique por uma pretensa necessidade social, se for contrária ao texto constitucional, não poderia ser realizada (CANOTILHO, 2003). Hesse (1991) explica que, ao se realizar uma mutação constitucional, o intérprete não está autorizado a romper os preceitos assegurados constitucionalmente, ainda que a realidade fática os anseie; desse modo, deve haver um certo

equilíbrio entre a norma constitucional e a realidade, visto que, caso os preceitos constitucionais não sejam compatíveis com as necessidades da sociedade, em verdade, a constituição perderá sua eficácia diante dos problemas sociais (HESSE, 1991).

2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A clássica distinção entre reforma da constituição e mutação constitucional é apresentada por Jellinek (1991) e, embora tenha sido desenvolvida no século XIX, permite a compreensão dos conceitos de modo atual. A reforma da constituição é algo que surge da vontade consciente de alterar o texto constitucional, enquanto a mutação constitucional seria algo que ocorre naturalmente, sem que se pudesse contribuir diretamente para isso (JELLINEK, 1991). Bonavides, ao se referir às conclusões de Jellinek, especialmente ao conceito de reforma, expõe que Jellinek buscava reprimir o “espírito da Constituição”, que seria algo dinâmico e flexível (BONAVIDES, 2006).

Para Jellinek (1991), a mutação constitucional ocorre de modo não intencional e, como exemplo, cita a revogação total das leis constitucionais, bem como a substituição por leis posteriores. Segundo Loewenstein (1970, p. 165), a mutação constitucional é a “transformação na realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que essa transformação seja atualizada no documento constitucional”, ou seja, o documento não sofre alterações. As mutações ocorrem nos Estados que possuem uma constituição escrita, sendo mais frequentes do que a reforma constitucional, o que, conseqüentemente, faz com que o texto constitucional não possua correspondência total com a realidade.

As mudanças informais na constituição começaram a ser estudadas entre o final do século XIX e o início do século XX pelos autores da Escola Alemã de Direito Público (URRUTIA, 2000). Urrutia (2000, p. 109, tradução nossa) explica que “o termo ‘mutações constitucionais’ (*verfassungswandlung*) é formulado para descrever a mudança de sentido ou direção da Constituição sem que sua expressão escrita seja alterada”. Apesar disso, o estudo da mutação constitucional deve ter como ponto de partida a Constituição como norma superior e obrigatória (URRUTIA, 2000).

Segundo Urrutia (2000), para Paul Laband, a mutação constitucional teria surgido por meio da percepção da possibilidade de alterar a Constituição por meio de um processo diferente do formal. Assim, a autora explica que Jellinek se utilizou da mutação ao perceber que a rigidez constitucional nem sempre seria útil para garantir a força normativa da Constituição (URRUTIA,

2000). Konrad Hesse (1992), ao explicar a diferença entre os conceitos de reforma e mutação constitucional, explica que a

revisão constitucional deve ser diferenciada de 'mutação constitucional' (*verfassungswandel*), que não afeta o texto como tal – que permanece inalterado – mas à concretização do conteúdo das normas constitucionais, podem levar a resultados diferentes diante da mudança de pressupostos, operando nesse sentido uma "mutação" (HESSE, 1992, p. 24).

Assim, a reforma constitucional seria unicamente a mudança do texto, o que se diferencia do que Hesse define como "ruptura constitucional", que seria a não observância do texto constitucional, em um caso específico, sem nenhuma alteração do texto (HESSE, 1992). Como exemplo, Hesse (1992) refere-se ao que se fazia na política da República de Weimar. Nesse sentido, Urrutia (2000, p. 116) afirma que

A doutrina constitucional gerada na era de Weimar constitui um antecedente direto para caracterizar os elementos do fenômeno da mutação constitucional. Como consequência da instabilidade da época, os teóricos constitucionais concentraram grande parte de seus esforços na reflexão sobre a mudança constitucional e tentaram compreender a relação entre a dinâmica política e a Constituição escrita. Suas doutrinas constituíam uma reação contra os postulados da Escola Alemã de Direito Público, mas as abordagens dos diferentes autores respondiam a pressupostos claramente diferenciados. Alguns autores como Smend ou Heller apreendem o conceito de mutação elaborado por Jellinek - e sugerido anteriormente por Laband - e o convertem em um elemento da teoria da Constituição. Outros tentam reformulá-lo de forma sistemática, como faz Hsü Dau-Lin.

Sob tal contexto, vale ressaltar que estabilidade não se confunde com imutabilidade, de forma que o direito precisa se adequar à realidade fática, mas tal adequação deve ser feita com respeito aos preceitos constitucionais (CLÈVE; LORENZETTO, 2015; FULLER, 1964).

Não obstante, Streck, Lima e Oliveira (2007, p. 61) afirmam que "a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes". Por certo, o poder judiciário não possui legitimidade para atuar como poder constituinte permanente e também não lhe foi incumbida a tarefa de adequar a constituição às evoluções sociais. Para Streck, Lima e Oliveira, a mutação constitucional teria surgido na Alemanha, como uma forma de demonstrar a ausência de capacidade na resolução da crise do positivismo legalista da jurisprudência constitucional do Reich, de 1870 (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2007).

Do mesmo modo, os tribunais não possuem legitimidade para alterar a constituição e, na verdade, não podem criar o direito. Streck, Lima e Oliveira (2007) ressaltam que a função do poder judiciário não lhe permite atuar como legislador e tampouco como constituinte. Nesse

sentido, não se podem utilizar argumentos contrários à Constituição com a alegação de a estar interpretando (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2007).

3 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE A PARTIR DE INFORMATIVOS E TESES FIRMADAS

Se a constituição é a norma suprema, possui fundamento de validade em todo o ordenamento jurídico (KELSEN, 1998); assim, a ocorrência de mutação constitucional deveria ter sempre como base fundante a própria constituição, não podendo ser contrária a ela (GARCÍA, 1985). Nesse contexto, a supremacia constitucional norteia todo o sistema jurídico, permitindo que se estabeleça uma hierarquia entre as variadas normas existentes no ordenamento, sendo, além disso, fonte principal do controle da constitucionalidade, em que se busca entender a compatibilidade das demais normas com a constituição (SILVA, 2002).

Merece atenção no caso brasileiro os votos dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, no julgamento da Reclamação Constitucional n.º 4.335/AC, de 2014, que discutiu o art. 52, inciso X da Constituição. A posição dos dois ministros foi derrotada, mas ficou firmado nitidamente a aplicação da doutrina da mutação constitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal federal.

Embora tenham mantido o entendimento, alguns ministros já defendiam a pressuposta mutação constitucional, como o relator da mencionada ação, o ministro Gilmar Mendes, que alegava haver uma “autêntica mutação constitucional”. Ao proferir seu voto, o ministro Eros Grau afirma que o relator não se limitou a interpretar o texto, por isso, estaria caracterizada a mutação (STF, 2014). Em seguida, Eros Grau busca explicar o que seria a mutação constituição, conforme se constata a seguir:

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado. O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto [compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal] a outro texto [compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo]. Eis precisamente o que o eminente relator pretende tenha

ocorrido, uma mutação constitucional. Pouco importa a circunstância de resultar estranha e peculiar, no novo texto, a competência conferida ao Senado Federal --- competência privativa para cumprir um dever, o dever de publicação [= dever de dar publicidade] da decisão, do Supremo Tribunal Federal, de suspensão da execução da lei por ele declarada inconstitucional. Essa peculiaridade manifesta-se em razão da circunstância de cogitar-se, no caso, de uma situação de mutação constitucional (STF, 2014, p. 72).

Apesar do esforço que alguns ministros fizeram na ocasião para alterar o texto constitucional, em verdade, restou-se mantido, tendo o seu sentido alterado somente em 2017. No julgamento da Reclamação Constitucional nº4.335/AC, o voto do min. Ricardo Lewandowski divergiu do relator quanto a ocorrência de uma mutação constitucional; para o min. Lewandowski, a mutação constitucional não seria uma mera reminiscência histórica. Além disso, a alteração do texto por meio da interpretação traria um aviltamento a competência do Senado, resultando em uma redução de seu papel a um mero órgão responsável por divulgar as decisões do STF. Causando, por conseguinte, em uma *capitis diminutio*, ou seja, uma perda da competência constitucionalmente atribuída ao Senado. Assim, a mudança proposta pelo relator provocaria uma violação a separação dos poderes, e como a constituição atribuiu limites formais e materiais a sua alteração, a referida mudança encontraria limites materiais, uma vez que a separação de poderes é uma cláusula pétrea, por isso não poderia ser suprimida nem mesmo por emenda (STF, 2014).

Ademais, o voto do min. Lewandowski salientou que a interpretação proposta pelo relator é muito diferente da mutação constitucional utilizada no art. 97 da Constituição, que ocorreu por meio de uma praxis processual utilizada pelo STF, sem haver o desrespeito de princípios ou normas. Logo, ao almejar deslocar a competência do Senado para o STF, não se estaria realizando uma mutação constitucional, sobretudo por esta possuir limites. Embora entenda ser necessário amoldar a norma constitucional à evolução social, ele acredita ser inviável a alteração do conteúdo essencial da norma da forma pretendida (STF, 2014).

A doutrina brasileira da mutação constitucional ganhou efetividade apenas em 2016. No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 778.889/PE, estabeleceu-se a seguinte tese: "os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada" (STF, 2016, p. 2). O STF entendeu que no mencionado caso houve uma mutação constitucional, pois teria ocorrido uma alteração da realidade social, resultando, em uma nova compreensão acerca da amplitude dos direitos do menor adotado (STF, 2016).

Na oportunidade, o min. Luiz Fux afirmou que a mutação constitucional está presente no caso, especialmente devido à mudança sofrida no conceito de família nos últimos anos, o que

teria se consolidado com a legitimação da união estável. Nesse viés, o relator, min. Roberto Barroso, acrescentou: “eu considero que, dogmaticamente, mutação constitucional ocorre quando o Tribunal Constitucional muda um entendimento que já havia professado, por estas razões: mudou a realidade social ou mudou a compreensão de um determinado fenômeno” (STF, 2016, p. 65).

Em 2017, o Supremo Tribunal Federal julgou ação direta de inconstitucionalidade que discutia o ensino religioso nas escolas públicas; nesse julgamento o min. Dias Toffoli, ao asseverar seu posicionamento no sentido de que o artigo 210, §1º, da CF previa a facultatividade do ensino religioso, afirma que a partir dessa norma se é assegurado o direito daqueles que desejam se aprofundar em uma visão religiosa, e também o daqueles que não querem se sujeitar a certa religião. Por fim, ressaltou que caso a ação direta de inconstitucionalidade fosse procedente se estaria diante de uma mutação constitucional, ainda que não houvesse respeito ao processo de alteração informal da constituição. O mencionado julgamento resultou no informativo n.º 878 (STF, 2017a). Diante disso, percebe-se que para o referido ministro a simples mudança do entendimento provocaria a mutação constitucional da norma.

No mesmo ano, julgou-se no STF as ações diretas de inconstitucionalidade n.º 3406/RJ e 3470/RJ, que versavam acerca do amianto e do efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucional, as quais constaram no informativo n.º 886. No julgado, determinou-se que tanto em sede de controle abstrato, quanto em controle difuso, o STF poderia atribuir efeito vinculante e *erga omnes* as decisões independentemente do Senado, com efeito, este seria comunicado apenas para reforçar a publicidade da decisão, a fim de evitar fragmentação da unidade ou anomias. Para o ministro Celso de Mello ocorreu uma verdadeira mutação constitucional que expandiu os poderes do STF quanto ao assunto de jurisdição constitucional (STF, 2017b).

4 PARA ONDE VAI A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL À BRASILEIRA?

Canotilho (2003) defende que, ao se estudar os limites interpretativos da constituição, a principal questão a ser observada é a mutação constitucional, pois uma coisa é permitir interpretações constitucionais que se incluem dentro do preceito normativo presente na constituição, e outra é a interpretação do texto basear-se em uma realidade inconstitucional. Assim, ainda que a alteração informal se justifique por uma pretensa necessidade social, se for contrária ao texto constitucional, não poderá ser realizada (CANOTILHO, 2003). Hesse (1991) explica que, ao se realizar uma mutação constitucional, o intérprete não está autorizado a romper

os preceitos assegurados constitucionalmente, ainda que a realidade fática os anseie. Desse modo, deve haver um certo equilíbrio entre a norma constitucional e a realidade, visto que, caso os preceitos constitucionais não sejam compatíveis com as necessidades da sociedade, em verdade, a constituição perderá sua eficácia diante dos problemas sociais (HESSE, 1991).

Sob outra perspectiva, Bulos (1996, p. 42) entende que não é possível que se estabeleçam limites à atuação interpretativa, por entender a constituição como um “organismo vivo”. Bulos explica que a dinâmica social não permitiria o estabelecimento de limites, devido à mutação se constituir como uma consequência direta dessas variações sociais que, apesar de não alterar o texto formalmente, provocaria uma alteração em seu sentido. Por fim, a única limitação possível seria a de caráter subjetivo do intérprete que, por suas convicções e consciência pessoal, poderia decidir não ultrapassar a norma constitucional (BULOS, 1996).

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 329), “a surpresa, o imprevisível, a instabilidade são, precisamente, noções antitéticas ao direito, que com elas não poderia conviver, nem seria exequível, tanto mais porque tem como função eliminá-las”. Desse modo, o STF, como guardião da constituição, deve priorizar a obediência aos seus preceitos, para permitir uma maior segurança e previsibilidade (MELLO, 2007).

O intérprete da constituição não é livre para interpretá-la, ainda que se justifique sob elementos políticos ou sociais, o texto constitucional é limitador da atuação interpretativa, assim, o texto e a norma devem ser entendidos em conjunto, não podendo o intérprete distanciá-los (STRECK, 2004). Pedron e Bahia (2017), ao escreverem sobre as críticas à mutação constitucional, elencaram dois elementos fundamentais que não costumam ser estudados pela doutrina, sendo eles:

(1) a teoria da mutação constitucional é um problema hermenêutico sendo (mal) desenvolvido por uma teoria sociológica; e (2) ela encobre uma perversidade sob a forma de um decisionismo do Supremo Tribunal Federal, afinal, é a corte quem dará a palavra final sobre a (in)existência e (in)validade de uma mutação constitucional (PEDRON; BAHIA, 2017).

Assim, Pedron e Bahia (2017) entendem que a mutação constitucional não possui sentido técnico, caracterizando-se como uma mera falácia utilizada pelo STF como justificativa para que possam demonstrar estar agindo com neutralidade, sem que se perceba a natureza de constituinte permanente de suas interpretações. Citam a mutação constitucional realizada no art. 52, inciso X, na Reclamação 4335-AC, de 2006, em que a atribuição de efeitos erga omnes e a vinculação das decisões em recurso extraordinário não ficaria mais condicionada à edição de resolução pelo Senado Federal, pois o STF já as atribuiria, bem como a do Habeas Corpus nº

126.292 de 2016, em que se alterou o entendimento anterior e passou a permitir a prisão após decisão em segunda instância (PEDRON; BAHIA, 2017).

Pedron e Bahia ressaltam que nos dois casos não é possível alegar uma necessidade de adequação dos casos às mudanças sociais. Na verdade, os ministros entenderam pela desnecessidade da edição da resolução por parte do senado federal, em uma clara violação à separação dos poderes e, por consequência, da supremacia constitucional, que estabeleceu a competência ao senado para a edição de tais resoluções (PEDRON; BAHIA, 2017).

Além disso, por meio da mutação constitucional “o STF é elevado à categoria de um superpoder” que lhes permite, por meio de supostas interpretações, alterar o sentido da norma constitucional, sem ao menos se preocupar com o controle que possa ser exercido por um outro poder, pelo fato de serem quem decide sobre as inconstitucionalidades. Nesse aspecto, a mutação constitucional se caracterizaria como uma possibilidade de usurpação da competência do poder reformador (PEDRON; BAHIA, 2017). Para Pedron e Bahia (2017), o que ocorre nesses casos é um evidente decisionismo, pois se a constituição passa a ser o que é dito pelos julgadores, então esses não estariam agindo como guardiões da constituição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interpretação hermenêutica possui diversas nuances; Schleiermacher, por exemplo, entende que ela se conecta ao ser humano em um processo de compreensão do diálogo, no qual se busca entender os aspectos que motivaram o legislador ao criar o texto, ou seja, nessa perspectiva, o principal objetivo da hermenêutica seria buscar reconstruir a intenção originária do legislador. Por outro lado, Ferraz Júnior entende que a hermenêutica se volta a uma função prática, visto que, além de possibilitar a compreensão acerca do texto, o intérprete deve estabelecer a força e o alcance da norma. Assim, a função hermenêutica do intérprete não se limita apenas a compreender a intenção do legislador, mas também, deve decidir acerca de sua aplicabilidade prática. Não obstante, Dilthey percebe outra perspectiva da hermenêutica, pois, para ele, a hermenêutica deveria se basear nas experiências do intérprete, desse modo, o intérprete iria entender o texto com base em suas vivências. Outrossim, a mutação constitucional é percebida diante de alterações que ocorrem na situação jurídica real de um Estado, visto que, é possível que essa realidade sofra mudanças bruscas e consideráveis, todavia, sem que provoque alteração em seu texto. Por isso, pode haver uma divergência entre a constituição escrita e a situação real do

Estado constitucional. Assim, a mutação ocorre de modo involuntário, é algo que surge inconscientemente, a mutação é percebida, não provocada.

Para Kelsen, a interpretação jurídico-científica deve se limitar a estabelecer os possíveis significados da norma jurídica, por isso, não está apta a escolher ou restringir dentre as interpretações possíveis, pois, essa escolha deve ser feita pelo órgão legitimado. No entanto, pode existir uma interpretação jurídico-política, como o advogado que escolhe defender uma única interpretação em favor de seu cliente. Apesar disso, para que se entenda a interpretação como científica é necessário que se reconheça todas as interpretações possíveis, ainda que indesejáveis.

Embora os órgãos legitimados possam escolher dentre as interpretações possíveis, é imprescindível que o exercício da hermenêutica jurídica seja realizado com observância aos limites claros e inequívocos do texto, pois, deve haver conexão entre o texto e a interpretação escolhida. Com efeito, o intérprete está limitado ao que está escrito, devendo haver uma consonância com a intenção originariamente pretendida.

Não obstante, ao se analisar os argumentos utilizados pelos ministros diante dos informativos e teses firmadas, percebe-se que não houve mutação constitucional, e em alguns casos não houve uma interpretação jurídica-científica, pois, observa-se que muitos dos fundamentos utilizados partiram da convicção subjetiva do julgador, não se justificando pelo texto constitucional, nem por alteração da realidade constitucional do Estado.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19a. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 33, n. 129, p. 25-43, 1996. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176380/000506397.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 07 nov. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutações constitucionais e segurança jurídica: entre mudança e permanência. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 7, n. 2, p. 136-146, 2015. Disponível em:

<https://doi.org/10.4013/rechtd.2015.72.04>. Acesso em: 03 mar. 2022.

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4a. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. London: Yale University Press, 1964.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3ª ed., trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis: Vozes, 1999.
- GARCÍA, Pedro de Vega. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madri: Tecnos, 1985.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.
- HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2a. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.
- JELLINEK, G. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LABAND, Paul. **Die Wandlungen der deutschen reichsverfassung: Vortrag gehalten in der gehestiftung zu dresden am 16. märz 1895**. Dresden: Zahn & Jaensch, 1895.
- LOEWENSTEIN, K. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1970.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. Segurança e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, v.2, n.6. p. 327-338, 2007.
- MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial (2010)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PALMER, Richard E. **Hermenêutica**, Lisboa: Edições 70. **Interpretation and Overinterpretation**, 1969.
- PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. Crença da mutação constitucional, aplicada pelo STF, é equivocada. **Revista Consultor Jurídico**, 16 dez. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada>. Acesso em: 17 mar. 2022.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Petrópolis: Vozes, 1999.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20a ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do “ontological turn”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 88, p.121-160, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, n. 7, p. 45-68, 2007. Disponível em:

<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>. Acesso em: 12 abr. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. **Revista Consultor Jurídico**, 19 fev. 2016. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Acesso em: 13 nov. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recuso ordinário em Habeas Corpus nº 196.810 AgR/SC**. Relator: Min. Rosa Weber, 25 jun. 2021. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=9575074>. Acesso em: 09 nov. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário 778.889 Pernambuco**. Relator: Min. Roberto Barroso, 10 mar. 2016. Disponível

em:<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Informativo 878**. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 set.

2017a. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo878.htm>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Informativo 886**. Relator: Min. Rosa Weber, 29 nov. 2017b.

Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Reclamação Constitucional 4.335 Acre**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 mar. 2014. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución: una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. 20, n. 58, p. 105-135, 2000. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25497redc058111.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2022.

A CONDIÇÃO ANTROPOLÓGICA DO HOMEM NA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

AS FACULDADES HUMANAS NA
PONDERAÇÃO DOS DIREITOS EM
ROBERT ALEXY

Lília de Sousa Nogueira Andrade

Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em
Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professora. Advogada.

Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé

Doutoranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos);
Mestra em Direito na Universidade Federal do Piauí (UFPI); Advogada.

Cleber de Deus Pereira da Silva

Pós-Doutor em Ciência Política pelo Ibero-Amerikanisches Institut em Berlin – Alemanha.
Professor da Universidade Federal do Piauí (UFPI).

Resumo: A condição antropológica do homem na colisão dos direitos fundamentais, de acordo com Robert Alexy, envolve o uso das faculdades humanas, como argumentação, compreensão e julgamento moral, para realizar a ponderação dos direitos em situações de conflito. Essa abordagem pretende encontrar um equilíbrio justo e fundamentado entre os direitos individuais, considerando os princípios jurídicos, as normas constitucionais e os valores fundamentais. A partir disso, o artigo analisa a condição antropológica do homem na eventual circunstância de colisão de direitos fundamentais, estabelecendo um diálogo entre a ponderação proposta por Alexy e a antropologia filosófica. Dessa maneira, procurou-se abordar acerca da colisão dos direitos fundamentais destacando a forma de solução proposta por Alexy em que estabelece uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Compreendeu-se, por fim, a importância de identificar o homem como ser dotado de razão, afetos e vontade como conhecimento precedente para a análise de interesses conflitantes. A faculdade de julgamento moral desempenha um papel fundamental na ponderação dos direitos, pois indivíduos devem considerar não apenas as regras e princípios jurídicos, mas também os valores morais subjacentes aos direitos em conflito.

Palavras-chave: antropologia filosófica; direitos fundamentais; colisão; Robert Alexy.

Aprovado em maio de 2023.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais desempenham um papel cada vez mais importante na contemporaneidade, sendo amplamente estudados como elementos essenciais do direito. No entanto, em algumas situações, pode ocorrer um conflito entre diferentes direitos fundamentais, quando há uma colisão entre os bens a serem protegidos, exigindo, assim, meios para determinar qual deve prevalecer.

Primeiramente, é necessário considerar aquele que detém esses direitos: o ser humano. E, partindo de uma perspectiva antropológica, o ser humano é possuidor de razão, vontade e afetos. A compreensão da constituição metafísica do homem, sua capacidade racional, suas emoções e sua vontade deliberada são aspectos essenciais para entender a natureza humana e suas particularidades. Nesse sentido, a relação entre a antropologia e o Direito se torna relevante. Compreender a condição antropológica do homem é fundamental para uma análise mais abrangente dos direitos fundamentais e das colisões que podem ocorrer entre eles. Dessa forma, a antropologia fornece *insights* valiosos sobre a natureza humana, contribuindo para a interpretação e aplicação adequada do Direito.

Ao considerar a antropologia no contexto jurídico, é possível obter uma visão mais completa dos direitos fundamentais, levando em conta não apenas as normas e princípios jurídicos, mas também a natureza e as características intrínsecas do ser humano. Isso permite uma abordagem mais humanizada e equilibrada na resolução de conflitos de direitos e na busca por uma justiça que esteja em sintonia com as necessidades e particularidades da condição humana.

Assim, o artigo relaciona os dois aspectos importantes, a análise da constituição do homem conjugada com a compreensão de direitos fundamentais, permitindo uma melhor compreensão da relação homem-Direito. Justifica-se a importância do presente trabalho pela necessidade de se buscar uma melhor interpretação e sopesamento dos direitos fundamentais sob uma visão antropológica, a fim de enriquecer o conhecimento do homem, sua condição no mundo, mais especificamente, suas potências, a relação da inteligência, com a vontade e também com os afetos que o movem.

O texto estrutura-se em três partes: a primeira discorre acerca da relação da antropologia com o Direito; a segunda trata da colisão de direitos fundamentais de Alexy em uma perspectiva antropológica; e, por fim, a terceira que analisa a ponderação na restrição aos direitos fundamentais à luz da visão antropológica do homem.

Quanto à natureza do estudo, a metodologia é do tipo bibliográfica e documental, inspirada no estudo de casos de colisão entre direitos fundamentais ligando a um percurso teórico-argumentativo sobre a consideração antropológica do homem. Parte, também, de uma abordagem qualitativa, tendo em vista que a investigação foi realizada com base em livros, artigos científicos, periódicos. Por fim, o trabalho apresenta cunho descritivo e exploratório, pois busca expor e discorrer sobre o conhecimento antropológico do homem e suas faculdades, bem como o enfrentamento dos direitos fundamentais como realidade da doutrina e da jurisprudência nos últimos tempos.

2. A RELAÇÃO DA ANTROPOLOGIA COM O DIREITO

A antropologia filosófica abrange o estudo sistemático do homem em todas as suas dimensões, envolvendo suas dimensões físicas, culturais e sociais. Ela difere da antropologia física ou natural, que se concentra nos aspectos morfológicos e fisiológicos do indivíduo, levando em consideração a influência da geografia e do clima, ou seja, está preocupada em estudar a raça humana e os elementos relacionados às características corporais do ser humano. Além disso, a antropologia filosófica também se distingue da antropologia cultural ou social, que é a ciência responsável por estudar a história e as ações de uma determinada cultura. Seu objetivo é descobrir os hábitos de uma sociedade e identificar seus comportamentos específicos. Juntas, essas abordagens contribuem para uma visão mais completa e holística do homem em sua complexidade e diversidade.

O estudo da antropologia filosófica “*es la disciplina que tiene por objeto al hombre, estudiado por sus últimas causas, y principios más radicales: estudia al hombre y sus operaciones esenciales en su globalidad*” (CUADRADO, 2010, p.26).

É através do conhecimento desses aspectos essenciais que se pode afirmar “*En efecto, «lo primero que evoca hoy el nombre de antropología es un conjunto de conocimientos empíricos o positivos (...) que se preocupan de la especie humana, de su origen, de la prehistoria, de las razas y costumbres primitivas, etc. (paleoantropología)*” (CUADRADO, 2010, p.26). Assim, “*el término admite todavía un significado distinto y más radical: aquella reflexión última sobre el ser del hombre y su constitución ontológica, que forma parte de la filosofía (...) y posee como tal una dimensión metafísica*” (CUADRADO, 2010, p.23).

O referido autor aponta para um significado mais profundo da antropologia, relacionado à sua dimensão filosófica e metafísica. Nesse sentido, a antropologia preocupa-se não apenas com os aspectos materiais e observáveis da humanidade, mas também com questões mais abstratas

e fundamentais, como a natureza do ser humano, sua existência, propósito e constituição ontológica. Essa abordagem filosófica busca compreender o ser humano em um nível mais profundo, transcendendo as meras descrições empíricas e envolvendo reflexões sobre a essência e significado da existência humana.

Assim, a antropologia filosófica busca compreender o homem e, em certa medida, o conhecimento sobre si mesmo. “*Sin embargo, a pesar del empeño por conocerse más a sí mismo, el hombre sigue siendo en gran medida un misterio para el hombre*” (CUADRADO, 2010, p.22). Mesmo sendo um grande mistério para o homem o conhecimento de si, isso não exclui uma aproximação da compreensão humana. Vários filósofos ao longo da história buscam desenvolver essa pergunta fundamental: afinal, o que é o homem?

Na Idade Média, o entendimento acerca do homem parte de um estudo metafísico aristotélico- tomista da filosofia do ser. O teocentrismo responde as inquietações filosóficas a partir do plano criacionista, conduzindo a afirmação do homem como uma criatura dentre as demais. O homem é algo finito e contingente, mas, ao mesmo tempo, é um animal que tem *logos* (MÁRIAS, 2004, p.147). Nesse período é marcante a relação com Deus como uma criatura, capaz de saber o que é o mundo a partir da imagem de Deus. A razão é própria do homem. Os filósofos que se destacaram nesse período são Tomás de Aquino, Duns Scoto e Guilherme de Ockam.

No final da Idade Média, a teologia perde o centro para dar destaque ao homem. Procura-se fundar no homem toda a metafísica e as ideias de um novo uso da razão surgem com o entrar da Idade Moderna. O homem torna-se o epicentro antropológico, com as ideias que vão de Kant a Hegel, tendo como antecedentes a dúvida metódica de Descartes.

Do pensamento cartesiano, tem-se espaço para o iluminismo. Pontos centrais de direitos do homem, voltados para a liberdade, igualdade e fraternidade, apresentam uma visão antropológica marcante com os ideais da Revolução Francesa. Os direitos individuais enfatizam o lugar do homem no centro de toda a dimensão social, cultural e jurídica, na busca de garantir proteção contra as arbitrariedades do Estado. A antropologia como disciplina nasce nesse contexto, “definindo-se como tal no mundo anglo-saxão do final do século XVIII, e depois na França do século XIX” (MARTINS, 2016, p.15).

Após o período conturbado da Segunda Guerra Mundial, emergiu uma nova perspectiva na era pós-moderna, caracterizada por uma profunda reflexão sobre a preservação da existência humana. Diante dos horrores testemunhados durante o regime nazista, um sentimento fervoroso de proteção aos direitos humanos aflorou, buscando evitar a repetição de tragédias humanitárias

similares. Nesse contexto, um movimento vigoroso se estabeleceu, almejando instituir direitos fundamentais e assegurar ao ser humano a dignidade que lhe é inalienável.

Em resposta a essa urgência, múltiplos acordos internacionais e declarações solenes foram celebrados, com o intuito de salvaguardar a condição humana em sua plenitude. Esses documentos grandiosos constituem pilares da proteção dos direitos humanos e visam estabelecer parâmetros universais para garantir que cada indivíduo seja reconhecido em sua essência e valor intrínseco. Nesse nobre esforço, uma busca incessante por justiça e equidade norteia os princípios que fundamentam esses instrumentos internacionais, visando à defesa intransigente da humanidade e à promoção da harmonia social.

Nesse período, intensifica-se o foco no indivíduo, “os métodos e enfoques utilizados em seus estudos geraram, por sua vez, distintas classificações: antropologia metafísica, historicista, existencial, fenomenológica, etc., bem como outros subgrupos” (MARTINS, 2016, p.15).

A ligação da antropologia com o Direito se entrelaça e há quem afirme que “a antropologia poderia julgar e dirigir o Direito” (MARITAIN, 1945, p. 89-100). Dessa forma, a antropologia filosófica ganha importância pois trata de “compreender o homem como realidade vivente, ou, o que vem a dar no mesmo, aprender a ver o homem com seus próprios olhos” (HELMUT, 1962, p.13-33). Assim, tem como objetivo especial compreender a natureza humana, da marca que define a pessoa, do aspecto intelectual e sentimental.

A antropologia filosófica propõe-se ao estudo do homem nas suas dimensões e trata das características fundamentais do ser humano, desde seus aspectos acidentais, com uma unidade que proporciona um saber sobre a realidade (CUADRADO, 2010, p.25). O ser humano tornou-se o foco preponderante na especulação filosófica, pois a partir dele que tudo é deduzido. Dentro dessa perspectiva, estuda-se a pessoa, aqui entendida como um sujeito individual de natureza racional e relacional (MARTINS, 2016, p. 35). Pois é aquele que possui a faculdade de inteligência, da vontade e da afetividade e com elas advém a capacidade de raciocinar, escolher, amar, dentre outras, operações próprias do indivíduo.

Com o entendimento da filosofia do homem, ou antropologia filosófica, “*donde se aprecia de manera más explícita el carácter filosófico de la reflexión sobre el hombre*” (CUADRADO, 2010, p.25), considera-se sobremaneira a importância dos direitos fundamentais, que têm como fonte a pessoa. São direitos válidos para todos os povos em todos os tempos. Eis o ponto de intercessão.

Os direitos fundamentais são inerentes à própria condição humana, e buscam estabelecer formas de que cada indivíduo tenha seus direitos assegurados pelo Estado. A definição de direitos

fundamentais está “intimamente ligada à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito (...)” (MARMELSTEIN, 2019, p. 18).

Dessa maneira, ao considerar que os direitos fundamentais estão intrinsecamente ligados à pessoa e sua dignidade e ao estabelecer uma conexão entre a antropologia filosófica e os direitos fundamentais, é possível afirmar que o conhecimento filosófico desempenha um papel fundamental na compreensão do ser humano em uma perspectiva antropológica.

Além disso, na prática, os direitos fundamentais podem entrar em conflito uns com os outros, o que requer uma análise cuidadosa e uma ponderação caso a caso. Nesse sentido, o próximo tópico abordará a colisão dos direitos fundamentais, a fim de permitir uma investigação mais aprofundada sobre a relação entre o estudo antropológico do homem e a teoria dos direitos fundamentais.

A princípio, convém argumentar que a ponderação dos direitos fundamentais torna-se uma ferramenta crucial para alcançar um equilíbrio adequado entre as diversas demandas e necessidades da sociedade, levando em consideração as dimensões éticas, sociais e culturais que envolvem a existência humana. Ao analisar as colisões de direitos, é possível compreender como diferentes perspectivas antropológicas influenciam a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais, enriquecendo assim a compreensão do ser humano em suas diversas facetas e promovendo uma sociedade mais justa e equitativa.

3. A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY EM UMA PERSPECTIVA ANTROPOLÓGICA

Os casos jurídicos que interpelam colisão entre direitos fundamentais repercutem não só nos tribunais, na doutrina e no âmago de cada indivíduo que deseja garantir seus direitos. Através da elaboração de uma teoria jurídica, Alexy buscar oferecer a fundamentação racional para a aplicação dos direitos fundamentais na sua definição e na consideração de contradição entre elas.

A escolha pela doutrina de Alexy dá-se em decorrência do espaço que este tem alcançado do final do século XX até os dias de hoje. Ele “é, sem dúvida, um dos que têm mais influência na doutrina e na jurisprudência brasileiras, embora a utilização de suas teses frequentemente se revele inadequada e distorcida” (NEPOMUCENO, 2019, p. 106). E a sua ampla recepção tem sido considerada, pois “sua teoria sobre princípios e sua noção de sopesamento têm sido amplamente difundidas e recepcionadas no ambiente acadêmico brasileiro nas duas últimas

décadas e frequentemente são invocadas em julgamentos nos tribunais pátrios(...)" (NEPOMUCENO, 2019, p. 106).

A teoria proposta por Robert Alexy, diferencia regras e princípios não em uma diferença de grau de abstração ou de generalidade, mas uma diferença qualitativa, em que se evidência estruturas lógicas diferentes. Os princípios são mandamentos de otimização, ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Já as regras são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, portanto, são determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

Um conflito entre regras pode ser solucionado quando uma das regras for declarada inválida ou quando se reconheça uma cláusula de exceção que elimine o conflito. No caso de colisão entre princípios deve ser solucionada de forma diversa. Caso haja colisão entre dois princípios, um dos princípios terá que ceder (ALEXY, 2008, p. 92-94), Isso significa que um tem precedência em face do outro em determinadas condições. Segundo Alexy, (2008, p. 92-94) "a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto." Leva-se em conta as condições sobre as quais um princípio tem precedência em face de outro.

Para nortear a resolução de questões concernentes a essa colisão Alexy, a solução partiu do uso da técnica da ponderação. Com o objetivo de solucionar conflitos normativos, a ponderação deverá ser realizada "de maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em interesse diferentes" (BARCELLOS, 2003, p. 57). Exige-se do intérprete um raciocínio que diante das situações "haverá inevitavelmente uma ruptura do sistema e disposições normativas válidas terão sua aplicação negada em casos específicos" (BARCELLOS, 2003, p. 57).

Ao realizar o processo de ponderação dos direitos fundamentais no contexto do caso concreto, torna-se crucial analisar as circunstâncias específicas e, simultaneamente, considerar as condições inerentes ao ser humano. É nessa articulação que emerge a relevância de compreender a condição humana em relação às suas faculdades essenciais. A centralidade atribuída ao homem como protagonista desse processo de sopesamento permite explorar as diferentes dimensões de suas faculdades, buscando uma compreensão mais profunda de sua natureza e identidade. Essa abordagem considera as capacidades racionais, emocionais, volitivas e demais aspectos constitutivos do ser humano.

Ao sopesar a colisão de direitos, essa perspectiva antropológica proporciona uma base sólida para avaliar os interesses e necessidades envolvidos, levando em conta as características intrínsecas do ser humano. Compreender a condição humana e suas faculdades no contexto da ponderação dos direitos fundamentais contribui para uma análise mais abrangente e fundamentada, permitindo decisões mais equilibradas e justas.

A partir do “modo de ser humano, sob a perspectiva de suas ações imanentes-apresenta como que três sedes, potências ou dimensões de interação com a realidade: a inteligência, a vontade e a afetividade” (PEREIRA JUNIOR, 2009, p.59), busca-se sopesar os princípios dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existente.

Em termos práticos, vejamos um caso destacado por Alexy. O caso Lebach faz referência ao assassinato de soldados perto da cidade de Lebach. Um emissora de televisão planejava exibir um documentário que pretendia contar o crime no qual quatro soldados de guarda do Exército alemão foram mortos enquanto dormiam e tiveram suas armas roubadas. Na época da exibição do documentário, um dos condenados estava para ser libertado e entendia que a exibição do programa prejudicaria sua ressocialização. Os princípios colidentes para o caso é a tensão entre a proteção da personalidade com a liberdade de informar por meio de radiodifusão.

Para a solução da colisão entre princípios Alexy propõe três etapas. Na primeira etapa, constata-se a situação de tensão entre o proteção da personalidade com a liberdade de informar por rádio difusão. Aqui as duas normas, se isoladamente consideradas, resultam contraditórias entre si. A precedência de uma sobre a outra é realizada no caso concreto. No segundo passo, reconhece uma precedência geral da liberdade de informar de conteúdo atual sobre atos criminosos. Na terceira etapa constata-se que diante de uma notícia de um crime grave repetido que coloca em risco a ressocialização do autor, conduz à percepção que a proteção da personalidade tem precedência sobre a liberdade de informar. Isso se dá porque uma notícia repetida, que não é atual, sobre um crime grave e que coloca em risco a ressocialização do autor não merece ser priorizada.

Da mesma forma, o caso é resolvido por meio do sopesamento, com análise de qual princípio prevalecerá. Antes de observar os princípios em si, necessita-se analisar a condição antropológica do homem (ser dotado de inteligência, vontade e afetos) como condição a priori para estabelecer o modo no qual se resolverá a colisão de direitos. Esse entendimento decorre do fato de que por trás do princípio da proteção da personalidade e do princípio da liberdade de informar por rádio difusão, há o homem na sua constituição metafísica. No primeiro princípio, há o homem protegido na sua personalidade; no segundo, o direito de cada pessoa ser informada.

Supõe-se que em relação ao primeiro princípio, proteger a sua personalidade se refere a um direito individual. O conhecimento preliminar sobre o ser humano com suas potências (inteligência, vontade e afetos) serão necessárias para relacionar a proteção da personalidade com a consequente ressocialização. As faculdades humanas vão interferir/conduzir para a garantia da proteção da personalidade na colisão de direitos.

Convém admitir que as faculdades humanas, como condição de conhecimento preliminar, também interferem no princípio da informação por rádio difusão. Esse princípio, ainda que seja um direito coletivo, não deixa de considerar a inteligência e os afetos do indivíduo na sua unidade. A informação recebida não só alimentará o seu intelecto como pode gerar nos afetos uma revolta ou outro sentimento diante da notícia divulgada.

Os princípios colidentes, são analisados para saber qual tem precedência sobre o outro. Assim, seja como conhecimento antecedente de cada princípio isoladamente, seja como antecedente da colisão, as faculdades humanas são uma meio para o entendimento dos casos que envolvem a ponderação dos direitos fundamentais. No sopesamento, acrescentar a análise antropológica proporcionará melhores condições para o julgamento do caso.

4. A PONDERAÇÃO NA RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA VISÃO ANTROPOLÓGICA DO HOMEM (DA FACULDADE DA RAZÃO)

Existem numerosos exemplos de situações em que ocorre uma colisão entre princípios, exigindo a realização de um sopesamento entre os interesses envolvidos. Esse processo é inicialmente realizado de forma abstrata, considerando os princípios em questão, para posteriormente ser aplicado à análise do caso concreto. Em outras palavras, a solução para a colisão de princípios baseia-se em uma relação de precedência, determinada pelas circunstâncias específicas do caso em questão, que incluem fatores como contexto histórico, social, cultural e outros elementos relevantes para a compreensão do caso específico.

Portanto, a solução para a colisão de princípios não é estabelecida de maneira absoluta, mas sim por meio de uma análise contextualizada, levando em consideração as particularidades do caso e a interação entre os princípios em conflito. Essa abordagem permite uma abordagem mais flexível e adaptável, garantindo uma resposta justa e equilibrada diante das circunstâncias específicas apresentadas.

Marmelstein (2008, p.394) afirma que essa ponderação requer uma atividade intelectual, pois sacrificará uma norma em detrimento de outra:



[...] é nessas situações em que a harmonização se mostra inviável que o sopesamento/ponderação é, portanto, uma atividade intelectual que, diante de valores colidentes, escolherá qual deve prevalecer e qual deve ceder. E talvez seja justamente aí que reside o grande problema da ponderação: inevitavelmente, haverá descumprimento parcial ou total de alguma norma constitucional. Quando duas normas constitucionais colidem fatalmente o juiz decidirá qual a que 'vale menos' para ser sacrificada naquele caso concreto.

A ponderação exige certas regras, requer um raciocínio em que não podem se limitar à subjetividade do interprete. Nas palavras de Pulido (2003, p.29),

La ponderación representa un procedimiento claro, incluso respecto de sus propios límites. Si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella sí puede fijarse, cuál es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones. La ponderación se rige por ciertas reglas que admiten una aplicación racional, pero que de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación.

Assim, a solução constitucionalmente adequada caberá ao juiz que ao decidir "levou em conta as normas constitucionais relevantes, os elementos do caso concreto e a existência ou não de interesse público legitimador de uma determinada opção" (BARROSO, 2003, p.49).

Com efeito, um exemplo entre conflitos pode ser mencionado o que relaciona a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Barroso desenvolveu/defendeu oito critérios a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade:

(i) veracidade dos fatos; (ii) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (iii) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (iv) local do fato; (v) natureza do fato; (vi) existência de interesse público na divulgação em tese; (vii) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; e (viii) preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação. (BARROSO, 2017).

Alexy relaciona a proporcionalidade com a teoria dos princípios, uma implica a outra reciprocamente. Para ele os princípios são mandamentos de otimização diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, e decorre da natureza deles as três dimensões da proporcionalidade: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

A dimensão da proporcionalidade em sentido estrito, exigência do sopesamento decorre a relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando dois princípios colidem, a possibilidade jurídica para realizar o sopesamento depende do princípio antagônico. A conclusão do autor é que "a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas" (ALEXY, 2008, p. 118).

Já a necessidade e a adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização diante das possibilidades fáticas. Por dimensão da necessidade, compreende-se

aquela medida que menos afeta o direitos fundamental restringido. A exemplo dado pelo autor, quando se tem um princípio base P1 diante de duas medidas adequadas, entende-se ser indiferente a escolha de qualquer uma das medidas. No caso de P2, exige uma otimização diante das possibilidades fáticas e possibilidades jurídicas e, para as possibilidades fáticas, uma medida pode ser maior realizada em detrimento da outra. Então, para otimização em relação às possibilidades fáticas, tanto um princípio como outro é válido; no entanto, uma medida é permitida, enquanto outra é proibida.

Quanto à adequação, à luz da teoria de Alexy, se uma medida não é adequada para a realização de um objetivo que é requerido por um princípio P1, então a medida não é exigida pelo princípio P1. Caso a mesma medida, afete a realização de P2, então a adoção dessa medida é vedada por P2 sob o aspecto da otimização sob as possibilidades fáticas.

Levando em consideração o exposto por Alexy, adiciona-se ao caso as condições antropológicas, que podem ser vistas como uma terceira condição ou como um aspecto das condições fáticas. Diante do homem, dotado de razão, afetos e vontade, pergunta-se como a visão antropológica pode interferir. Assim, a razão ajudará no raciocínio para melhor sopesar, os afetos influenciam na melhor aplicação e a vontade buscará a realização do que é determinado.

O conhecimento da razão, afetos e vontade é instrumento não só para a interpretação do direito em caso de colisão bem como para o entendimento do homem em si. O homem, na condição animal racional, possui a razão como faculdade superior que o torna capaz de conhecer seus sentidos e, através deles, alcançar o entendimento da realidade. É por meio da razão que se permitirá ao homem fazer a justa proporcionalidade entre os direitos fundamentais a serem sopesados, capacitando-o na ocasião da conformação da atuação judicial com os valores constitucionais e as exigências legislativas. A melhor decisão é aquela que representa um ponto de equilíbrio entre as exigências a serem consideradas.

Os direitos fundamentais necessitam de limites para garantir a coexistência de sistema constitucional composto de vários direitos interpretados de forma harmoniosa. A restrição a um direito, com efeito provoca no sujeito uma reação. O aplicador tem como função analisar, no caso concreto, qual melhor solução se aplica. Considerando a dimensão afetiva do sujeito que terá seus direitos restringidos, é importante sopesar com a devida consideração os afetos do sujeito. Com efeito, “nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada (...), posto de outro modo, direitos fundamentais são – de regra – direitos submetidos a limites suscetíveis de serem restringidos” (SALET, 2012, p. 328).

Vejamus um caso exposto, por Barroso (2003, p.25-65), de colisão entre direitos fundamentais. Um ocupante de cargo público é visto saindo de um motel na companhia de uma mulher que não é sua esposa. Um jornalista fotografa o casal e pretende divulgar a notícia. A autoridade pública toma conhecimento e propõe medida judicial para impedir o conhecimento do fato. Contrapõem-se, como expõe Barroso, a liberdade de expressão (CF, art. 5º, IX) e a liberdade de informação (CF, arts. 5º, XIV, e 220). Apreciando a matéria, o jurista discorre os seguintes argumentos na decisão: o fato é verdadeiro, o conhecimento foi obtido por meio lícito, há um interesse público potencial no conhecimento do fato. Diante disso, o juiz em sua fundamentação poderia negar a concessão da medida judicial.

Outros elementos podem ser considerados além dos destacados. A parte antropológica dos sujeitos envolvidos na colisão, afinal, pode-se analisar acerca das possíveis as emoções envolvidas no caso. Por parte do ocupante de cargo público, o interesse em não ter sua vida exposta sob a alegação de vida íntima expressa um suposto medo, pois sabe que por ser figura pública exige-se uma postura coerente. É possível que exista o sentimento do medo. Este “surge quando tomamos consciência (conhecimento) de um perigo para a nossa integridade física e/ou psicológica, e imediatamente nos impulsiona a realizar alguma ação orientada a evitar ou minimizar o possível dano que esse perigo ameaça impor” (SARRÁIS, 2018, p. 43). Ou o sentimento pode ser de vergonha, pelo fato de estar na iminência de ser revelado causas que o desvalorizem como figura pública. A vergonha de algo a ser exposto “é uma emoção que informa sobre um certo mal-estar consigo mesmo” (SARRÁIS, 2018, p. 63). Supõe-se que a motivação para impetrar uma medida judicial provavelmente seja o medo ou a vergonha que está escondida na proteção a intimidade. Com efeito, se tivesse no carro com sua esposa, tal fato não lhe ocasionaria receio algum.

Por outro lado, o jornalista expõe o interesse de mostrar informações válidas para a sociedade. Em relação ao interesse de conhecimento ou curiosidade, entende-se que é uma emoção positiva “porque tem a ver com a necessidade de conhecer as coisas para a boa assimilação e adaptação ao ambiente” (SARRÁIS, 2018, p. 61). De fato, o jornalista reconheceu o episódio como relevante a ser conhecido, pois poderá influenciar na conduta dos administrado em relação a autoridade.

No caso mencionado por Barroso em que um ocupante de cargo público é visto saindo de um motel na companhia de uma mulher que não é sua esposa, supondo que essa autoridade exercesse cargo no Ministério dos Transportes e a mulher vista com ele estivesse participando de uma licitação relacionada com o cargo da autoridade, haveria uma motivação relevante no

interesse de informar pelo jornalista, pois torna-se um caso de interesse público. Assim, procurar solucionar o caso, tendo o entendimento dos afetos, vontade e razão, permitirá a compreensão das condutas e conduzirá interesses e direitos. Afinal, o homem é um ser racional dotado de afetividade e vontade.

Pode-se afirmar que “a natureza humana – modo de ser humano, sob a perspectiva de suas ações imanentes – apresenta como que três sedes, potências ou dimensões de interação com a realidade: a inteligência, a vontade e a afetividade” (PEREIRA JÚNIOR, 2009, p. 57-58). A inteligência é a dimensão da pessoa que a encaminha para conhecer a verdade das coisas, e tem-se por conceito de verdade a adequação da inteligência à realidade. A vontade é a potência humana que leva a pessoa a buscar a posse de bens materiais ou imateriais pelo valor de tais bens em si e que são oferecidos pela razão. E, por afetividade, entende-se a dimensão da pessoa na qual se processam as sensações e os sentimentos (PEREIRA JÚNIOR, 2009, p. 57-58).

Dessa forma, a relevância do conhecimento sobre as faculdades humanas é condição importante para a análise dos interesses conflitantes. A consideração do homem em si elenca um peso maior para a observação do sopesamento. Ao considerar a condição do homem antropologicamente, como ser racional, dotado de vontade e sentimento, permitirá, então, a análise do sopesamento de forma mais minuciosa. O conhecimento da condição humana traz ao caso um arcabouço que favorece a resolução da colisão.

Aristóteles definiu o homem como um “animal racional” (CUADRADO, 2010, p. 73). A razão é a faculdade superior do homem, expressa através da palavra, do pensamento e da linguagem. O homem é capaz de adequar seu entendimento à realidade das coisas. Para bem agir, é necessário conhecer. Ao conhecer o mundo, o homem assimila o entendimento e pode ter seu horizonte alterado. Dessa maneira, é próprio do conhecimento produzir no homem uma alteração em seu ser que pode provocar uma mudança no pensar e no agir.

Quanto à segunda dimensão, a vontade é a inclinação ou tendência a um bem captado intelectualmente (CUADRADO, 2010, p. 97). A vontade direciona o indivíduo para o que convém, sendo, portanto, chamada pelos clássicos de “apetite racional” ou “apetite da inteligência” (CUADRADO, 2010, p. 95). É preciso frisar que “a vontade não atua à margem da razão, mas simultaneamente com ela: deseja-se o que se conhece, se conhece a fundo aquilo que se deseja” (YEPES STORK; ARANGUREN ECHEVARRÍA, 2005, p. 45). A operação da vontade é o querer e *“el objeto de la voluntad es el bien captado previamente por la inteligencia: los clásicos lo decían de modo sintético: nihil volitum nisi praecognitum, ‘nada es querido si no es previamente*

conocido” (CUADRADO, 2010, p. 99). Por meio da vontade que se realiza a conduta, a ação de algo que passou pelo intelecto.

No que se refere à terceira dimensão humana, a afetividade é “tão importante que os clássicos a tinham como ‘uma parte da alma’, diferente da sensibilidade e da razão. É uma zona intermediária na qual se unem o sensível e o intelectual, e na qual se comprova que o homem é verdadeiramente unidade de corpo e alma” (YEPES STORK; ARANGUREN ECHEVARRÍA, 2005, p. 46).

Um aspecto a ser considerado sobre a afetividade é a sua irredutibilidade à objetivação intelectual (CUADRADO, 2010, p. 108). Deve-se considerar a dificuldade de estudar os afetos objetivamente, pois os mesmos possuem uma grande carga de subjetividade. Há um certo embaraço no estudo dos sentimentos tendo em vista que “*esta dificultad para acceder a la comprensión objetiva de los sentimientos se entiende por una característica esencial de los mismos: la subjetividad*” (CUADRADO, 2010, p. 99).

O sentimento acontece na intimidade do sujeito, de modo que refletir sobre eles é matéria um tanto tortuosa pelo intelecto. Assim, “*al tratarse de experiencias subjetivas, y por tanto ‘privadas’, no resultaban objetivables, ni medibles por un observador imparcial*” (CUADRADO, 2010, p. 99). É através dos sentidos que a inteligência alcança as verdades universais e abstratas. As tendências de um sujeito em determinadas circunstâncias, permitem a consideração das mesmas no determinado caso. Supondo que o direito em questão seja a intimidade, a expressão dos sentimentos de vergonha, humilhação, constrangimento, podem servir no âmbito da valoração. O conhecimento do mundo afetivo permite assimilar as tendências do ser humano quando expostos em dadas situações, permitindo uma ponderação mais adequada na solução de colisão entre direitos.

CONCLUSÃO

Buscou-se, então, analisar a condição antropológica do homem na colisão de direitos fundamentais, estabelecendo um diálogo entre a ponderação proposta por Alexy e a antropologia filosófica. Ao relacionar a antropologia com o Direito, considerando os direitos fundamentais como condição da própria condição humana, percebe-se que a tese de Alexy serve de fundamento. Afinal, a partir análise da colisão desses direitos por meio da proposta do referido autor, em que se estabelece uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas

circunstâncias do caso concreto, aprofunda-se ainda mais na condição humana e nas suas singularidades e compatibilidades.

Essa perspectiva fortalece o uso da ponderação como forma de solução da colisão de direitos, visto o pressuposto o entendimento da condição antropológica do homem. Por isso, a importância de identificar o homem como ser dotado de razão, afetos e vontade como conhecimento precedente para a análise de interesses conflitantes.

É por intermédio dos sentidos que a faculdade intelectual atinge as esferas das verdades universais e abstratas, desvendando as complexidades da existência humana. Nas particularidades do sujeito em determinadas circunstâncias, residem elementos que ensejam a devida consideração no caso em questão. Tomemos como exemplo o direito à intimidade, em que a manifestação de sentimentos como vergonha, humilhação e constrangimento desempenha um papel relevante na valoração subjetiva. Ao compreender as nuances do mundo afetivo, torna-se possível assimilar as tendências do ser humano quando confrontado com situações específicas, conferindo uma ponderação mais apropriada no âmbito da solução de colisões entre direitos.

Nesse contexto, a apreensão das verdades essenciais encontra eco na percepção sensível, permitindo uma abordagem mais profunda da complexidade humana. As manifestações afetivas e as sutilezas emocionais contribuem para uma compreensão mais holística das experiências individuais, possibilitando uma análise mais acurada dos desafios decorrentes de conflitos entre direitos. Ao considerar os matizes do mundo emocional, somos capacitados a conferir uma resposta justa e equilibrada, em consonância com as demandas e expectativas inerentes à natureza humana.

Nesse sentido, ao transpor as fronteiras do conhecimento racional e adentrar o universo dos afetos, vislumbra-se uma perspectiva enriquecedora que amplia o horizonte da compreensão jurídica. A incorporação do conhecimento das dinâmicas emocionais possibilita uma análise mais profunda e sensível dos desafios enfrentados na ponderação de direitos, culminando em soluções que reconhecem a plenitude da experiência humana e visam a promover a justiça em sua manifestação mais genuína.

Conclui-se, então, pela importância de relacionar a antropologia filosófica com a colisão de direitos fundamentais, relação relevante para a compreensão jurídica. Pois, percebeu-se a importância desta ciência que estuda o ser humano em sua constituição metafísica, aprofundando sua capacidade racional, sua dinâmica afetiva e sua vontade deliberada para a construção do Direito.

Dessa forma, o estudo da antropologia filosófica se propõe a investigar o homem nas suas dimensões, analisar as características fundamentais do ser humano, foco preponderante na especulação filosófica, pois é a partir dele que tudo é deduzido. Assim, a relação da antropologia com o direito se interseccionam a medida em que compreender a natureza humana faz parte da própria dignidade humana dos direitos fundamentais

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p.25-65, 2003, p. 49.
Disponível em :
http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso: 27 mai. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 26229, Relator(a): Ministro Luis Roberto Barroso, Brasília, DF, 07 abr. 2017. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho730884/false>
- CUADRADO, José Ángel García. **Antropologia filosófica: Una introducción a la Filosofía del Hombre**. 5.ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010.
- HELMUT, Plessner. La risa y el llanto. **Revista de Occidente**. Madrid: 1962.
- MÁRIAS, Julián. **História da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes: 2004.
- MARITAIN, Jacques. **Introducción general a la Filosofía**. Bueno Aires: Clube de Lectores, 1945.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2019.
Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021097/epubcfi/6/10%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright%5D/4/16/2%400:21.8> Acesso em: 01 jun. 2023.
- MARTINS, Angela Vidal da Silva. **Antropologia filosófica e direito: um confronto entre o personalismo de Lon Fuller e o economicismo de Richard Posner**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2016.

PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família.

In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.).

Afeto e estruturas familiares. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PULIDO, Carlos Bernal. **Estructura y límites de la ponderación.** In "Doxa: Cuadernos del Filosofía

del Derecho, núm. 26 (2003). Universidad del Alicante. p. 29

SARRÁIS, Fernando. **Compreender a afetividade:** entender de forma racional o nosso mundo emocional. São Paulo: Cultor de Livros, 2018.

SALET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito**

constitucional. São Paulo: RT, 2012.

YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier. **Fundamentos de antropologia:** um

ideal de excelência humana. Tradução de Patrícia Carol Dwyer. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência "Raimundo Lúlio" (Ramon Llull), 2005.

ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI

ISSN 2317-918X