

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 365.

(ano VII)

(09/06/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



09/06/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» [A Resolução da Organização das Nações Unidas e o Regime Disciplinar Diferenciado](#)

ARTIGOS

09/06/2015 Isaias Cantidiano de Oliveira Neto

» [Aplicabilidade da reserva sucessória na sucessão post mortem](#)

09/06/2015 Diego Vinícius Cardoso

» [O mito do princípio da verdade real no atual sistema processual penal brasileiro](#)

09/06/2015 Aline Albuquerque Ferreira

» [Tudo é lei Maria da Pena? O que deve ou não ser tutelado pela Lei 11340/06?](#)

09/06/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Singelo Pánel ao Reconhecimento da Bioética na condição de Direito Humano de Quarta Dimensão: Breves Ponderações à Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos](#)

09/06/2015 Deivid Rodrigues dos Santos

» [O recurso criminal de apelação e suas características na persecução da sentença](#)

09/06/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» [A natureza jurídica da sentença que homologa a transação penal](#)

A RESOLUÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor de várias das obras

“Punições menos diretamente físicas, uma certa discricção na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação, merecerá tudo isso um tratamento à parte, sendo apenas o efeito sem dúvida de novos arranjos com maior profundidade?”^[1]

Segundo artigo de Felipe Recondo, *"as novas Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros discutidas pela Organização das Nações Unidas reforçam o questionamento da legalidade do Regime*

Disciplinar Diferenciado adotado em presídios brasileiros. A Comissão das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, em Viena, prevê limite máximo de 15 dias para o isolamento de presos. Um [parecer\[2\]](#) assinado pelo relator especial de direitos humanos das Nações Unidas sobre a tortura, Juan Méndez, a pedido da Conectas antecipava que a manutenção do isolamento acima de 15 dias configurava a prática de tortura e provocava danos psicológicos irreversíveis para os detentos. A adoção e implementação dessas regras reforça os princípios dos direitos humanos e proporciona maior proteção às pessoas privadas de liberdade, garantias processuais atualizadas, e uma orientação mais eficaz para as administrações nacionais de prisão, afirmou o relator em carta aberta à Comissão das Nações Unidas. De acordo com a ONU, a adoção de uma resolução durante a 24ª sessão da Comissão sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal irá permitir a revisão das regras e que elas sejam consideradas pela Assembleia Geral da ONU em dezembro de 2015. As chamadas Regras de Mandela estabeleceram, em 1955, regras mínimas para o tratamento digno dos presos. Neste ano, a ONU discute a atualização dessas regras e fixação de novos parâmetros. No último dia 22, as novas regras foram formalizadas pela Comissão de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal." [\[3\]](#)

Pois bem.

Sabe-se que no ano de 2003 foi promulgada uma lei que alterou o Código de Processo Penal e, de quebra, modificando também a Lei de Execução Penal, instituiu entre nós o chamado Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. Como outras tantas leis no Brasil, esta também foi

ditada no afã de satisfazer a opinião pública e como uma resposta à violência urbana (ao menos no que concerne à alteração produzida na Lei de Execução Penal)[4].

Mais uma vez, utilizou-se de um meio absolutamente ineficaz para combater a criminalidade, cujas raízes, sabemos todos, está na desigualdade social que ainda reina no Brasil (apesar da esperança que ainda também nos resta). Efetivamente, nos últimos anos temos visto várias leis criminais serem apresentadas como um bálsamo para a questão da violência urbana e da segurança pública, muitas delas com vícios formais graves e, principalmente, outros de natureza substancial, inclusive com mácula escancarada à Constituição Federal[5].

Como afirma Paulo César Busato, *“é necessário centrar a atenção no fato de que legislações de matizes como os da Lei 10.792/03 correspondem por um lado a uma Política Criminal expansionista, simbólica e equivocada e, por outro, a um esquema dogmático pouco preocupado com a preservação dos direitos e garantias fundamentais do homem. Por isso, há a necessidade de cuidar-se com relação aos perigos que vêm tanto de um quanto de outro.”*[6]

Efetivamente, há entre nós um mau vezo em se interpretar a Constituição à luz da legislação infraconstitucional (!!!), ao invés do contrário, ou seja, procurar-se uma interpretação das leis ordinárias à luz da Constituição Federal. O resultado, por óbvio, é desastroso, apesar de agradar a alguns (ora por ignorância, ora por conveniência). Relembremos que *“não se pode interpretar a Constituição conforme a lei*

ordinária (*gesetzeskonformen Verfassunsinterpretation*). O contrário   que se faz.” [7]

Pois bem: temos agora a Lei n . 10.792/2003 que, a par de trazer interessantes modifica es na disciplina do interrogatório (como a exigência de defensor para o interrogando e a possibilidade de participa o efetiva das partes), alterou a Lei de Execu o Penal que, aliás, está fazendo aniversário de vinte anos (sem motivos, aliás, para comemora es).

Pela norma, estabelece-se que a *“prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da san o penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: dura o máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repeti o da san o por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com dura o de duas horas e direito   saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.”* Também por força da referida lei, o RDD *“poderá abrigar presos provisórios (leia-se: aqueles ainda sem uma condena o definitiva e, portanto, presumivelmente n  culpados, segundo a nossa Carta Magna) ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”,* bem como *“o preso provisório (idem) ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participa o, a qualquer título, em organiza es criminosas, quadrilha ou bando.”* O que

seriam mesmo fundadas suspeitas? Afinal, a presunção constitucional não é a de não-culpabilidade? E o que seria mesmo uma organização criminosa? Como se sabe, não há no Brasil uma lei que traga tal definição, ferindo-se, destarte, o princípio da legalidade, também de índole constitucional.

Veja-se a opinião de Luiz Flávio Gomes:

“Nenhum ser humano pode sofrer tanta aflição por suspeitas. Viola o princípio da presunção de inocência agravar as condições de cumprimento de uma pena em razão de suposições ou suspeitas. E se o agente efetivamente integra alguma organização criminosa, por isso irá responder em processo próprio. Aplicar-lhe mais uma sanção pelo mesmo fato significa bis in idem (dupla sanção ao mesmo fato). Pela gravidade do RDD e pelo nível de constrangimento que ele implica ao bem jurídico liberdade, somente provas inequívocas relacionadas com um fato concreto praticado dentro do presídio é que poderiam permitir a sua aplicação. O Estado constitucional, democrático e garantista de direito é o que procura o equilíbrio entre a segurança e a liberdade individual, de maneira a privilegiar, neste balanceamento de interesses, os valores fundamentais da liberdade do ser humano. O desequilíbrio em favor do excesso de segurança com

a conseqüente limitação excessiva da liberdade das pessoas implica, assim, em ofensa ao referido modelo de Estado.”[8]

A inclusão no RDD será determinada por “*prévio e fundamentado despacho do juiz competente*”, a partir de “*requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa*”, sendo imprescindível a “*manifestação do Ministério Público e da defesa*”, devendo ser “*prolatada no prazo máximo de quinze dias.*” Pergunta-se: quem seria esta outra autoridade administrativa? O Secretário de Estado da Justiça? O Governador do Estado? Estariam eles então, agora, a figurar como partes ou sujeitos do procedimento jurisdicional de execução penal?

Cotejando-se, portanto, o texto legal e a Constituição Federal, concluímos com absoluta tranqüilidade ser tais dispositivos flagrantemente inconstitucionais, pois no Brasil não poderão ser instituídas penas cruéis (art. 5º., XLVII, “e”, CF/88), assegurando-se aos presos (sem qualquer distinção, frise-se) o respeito à integridade física e moral (art. 5º., XLIX) e garantindo-se, ainda, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º., III).

Ademais, não se observou o princípio constitucional da proporcionalidade, pois “*um meio é proporcional quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais. Para analisá-lo é preciso comparar o grau de*

intensidade da promoção do fim com o grau de intensidade da restrição dos direitos fundamentais. O meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.”[9]

Será que manter um homem solitariamente em uma cela durante 360 ou 720 dias, ou mesmo por até um sexto da pena (não esqueçamos que temos crimes com pena máxima de até 30 anos), coaduna-se com aqueles dispositivos constitucionais? Ora, se o nosso atual sistema carcerário, absolutamente degradante tal como hoje está concebido, já não permite a ressocialização do condenado, imagine-se o submetendo a estas condições. É a consagração, por lei, do regime da total e inexorável desesperança. Como afirma José Antonio Paganella Boschi, *“a potestade punitiva encontra limites na aspiração ética do Direito (...), inclusive quanto ao processo destinado à imposição, quantificação e posterior execução das penas, matéria do CPP e da LEP.”[10]*

Ora, *“quando o direito interno inclui a dignidade entre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito, estabelece a dignidade da pessoa como ‘fonte ética’ para os direitos, as liberdades e as garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais.”* (Célia Rosenthal Zisman, Estudos de Direito Constitucional – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, São Paulo: Thomson IOB, 2005, p. 23). O Princípio da Dignidade obriga *“que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas*

enquanto seres humanos.” (Alexandre de Moraes, Constituição do Brasil Interpretada, São Paulo: Atlas, 2002, p. 129). Para José Afonso da Silva, “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.” (Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros, 10ª. ed., 1995, p. 106).

Segundo Étienne Vergès, “le principe de dignité de la personne humaine domine de très nombreux domaines du droit. Il a fait son apparition à l’issue de la seconde guerre mondiale dans les textes internationaux.”[\[11\]](#)

Célia Rosenthal Zisman anota ainda que “a consciência da dignidade do homem, a evolução da humanidade que se verifica com a aceitação da necessidade de respeito do homem como pessoa, leva ao entendimento de que a dignidade depende do respeito aos direitos fundamentais por parte de cada indivíduo da sociedade e também por parte do Estado.” (Grifo nosso).[\[12\]](#)

Norberto Bobbio afirmava que os “direitos do homem, a democracia e a paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.”[\[13\]](#) Por outro lado, continua o filósofo italiano, “(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em

certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.” [\[14\]](#)

Mas, não é só.

Entendemos que o RDD também afronta a Constituição, agora o seu art. 5º., XLVI, que trata da individualização da pena. Não se olvide que a individualização da pena engloba, não somente a aplicação da pena propriamente dita, mas também a sua posterior execução, com a garantia, por exemplo, da progressão de regime. Observa-se que o art. 59 do Código Penal, que estabelece as balizas para a aplicação da pena, prevê expressamente que o Juiz sentenciante deve prescrever “*o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade*”, o que indica indubiosamente que o regime de cumprimento da pena é parte integrante do conceito “individualização da pena”. Assim, não podemos admitir que, **a priori**, alguém seja condenado a cumprir a sua pena em regime integralmente fechado, vedando-se absolutamente qualquer possibilidade de progressão, ferindo, inclusive, as apontadas finalidades da pena: a prevenção e a repressão.

Como ensina Luiz Luisi, “*o processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial, e o executório ou administrativo.*” (grifo nosso). Explicitando este conceito, o mestre gaúcho ensina: “*Tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo*

e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução.(...) “*Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução.*” (...) “*Esta fase da individualização da pena tem sido chamada individualização administrativa. Outros preferem chamá-la de individualização executória. Esta denominação parece mais adequada, pois se trata de matéria regida pelo princípio da legalidade e de competência da autoridade judiciária, e que implica inclusive o exercício de funções marcadamente jurisdicionais.*”(...) “*Relevante, todavia no tratamento penitenciário em que consiste a individualização da sanção penal são os objetivos que com ela se pretendem alcançar. Diferente será este tratamento se ao invés de se enfatizar os aspectos retributivos e aflitivos da pena e sua função intimidatória, se por como finalidade principal da sanção penal o seu aspecto de ressocialização. E, vice-versa.*”

E conclui o autor: “*De outro lado se revela atuante o subjetivismo criminológico, posto que na individualização judiciária, e na executória, o concreto da pessoa do delinqüente tem importância fundamental na sanção efetivamente aplicada e no seu modo de execução.*”^[15] (grifos nossos).

Segundo o professor peruano, Luis Miguel Reyna Alfaro, “*la individualización judicial de la pena a imponer, es uno de los más importantes aspectos que deben ser establecidos por los tribunales al momento de expedir sentencia. Sostienen por ello con absoluta razón ZAFFARONI/ ALAGIA/ SLOKAR que la individualización judicial de la pena debe servir para ‘contener la irracionalidad del ejercicio del poder*

punitivo`. Este proceso de individualización judicial de la pena es ciertamente un proceso distinto y posterior al de determinación legal de la misma que es realizado por el legislador al momento de establecer normativamente la consecuencia jurídica. Esta distinción es importante porque nos permite marcar la diferencia –a la que recurriremos posteriormente- entre ‘pena abstracta` y ‘pena concreta`. La primera está relacionada a la pena determinada legalmente por el legislador en el proceso de criminalización primaria, mientras la segunda se refiere a la pena ya individualizada por el operador de justicia penal, dentro del proceso de criminalización secundaria. Adicionalmente, ésta distinción ‘pena abstracta- pena concreta` sirve para comprender que el proceso de individualización judicial de la pena es un mecanismo secuencial que pasa, en primer lugar, por establecer cuál es la pena establecida por el legislador para, en segundo lugar y sobre esos márgenes, establecer la aplicable al caso concreto y la forma en que la misma será impuesta. (...) Como se indicó anteriormente, el proceso de individualización judicial de la pena debe necesariamente encontrarse vinculado a los fines de la pena, lo que obliga a introducirnos al inacabable debate sobre el fin de la pena.” [16] (grifo nosso).

Assim, não restando dúvidas de que a possibilidade de progressão de regime é parte integrante da individualização da pena, afigura-se-nos também inconstitucional o RDD, desde que constitui elemento impeditivo daquela garantia.

Neste mesmo sentido, Rodríguez Devesa afirma que “*pueden distinguirse tres fases en el proceso de determinación de la pena*

aplicable: individualización legal; individualización judicial e individualización penitenciaria.”[\[17\]](#)

Comentando o assunto, o mestre Tucci afirma que o RDD, “*mais do que um retrocesso, apresenta-se como autêntica negação dos fins objetivados na execução penal, constituindo um autêntico **bis in idem**, uma vez tida a imposição da pena como ajustada à natureza do crime praticado – considerados todos os seus elementos constitutivos e os respectivos motivos, circunstâncias e conseqüências -, e à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente.”*[\[18\]](#)

Esqueceu-se-se novamente que o modelo clássico de Justiça Penal, fundado na crença de que a pena privativa de liberdade seria suficiente para, por si só, resolver a questão da violência, vem cedendo espaço para um novo modelo penal, este baseado na idéia da prisão como **extrema ratio** e que só se justificaria para casos de efetiva gravidade. Em todo o mundo, passa-se gradativamente de uma política *paleorrepressiva* ou de **hard control**, de cunho eminentemente simbólico (consubstanciada em uma série de leis incriminadoras, muitas das quais eivadas com vícios de inconstitucionalidade, aumentando desmesurada e desproporcionalmente a duração das penas, inviabilizando direitos e garantias fundamentais do homem, tipificando desnecessariamente novas condutas, etc.) para uma tendência despenalizadora.

Como afirma Jose Luis de la Cuesta, “*o direito penal, por intervir de uma maneira legítima, deve respeitar o princípio de humanidade. Esse princípio exige, evidentemente, que se evitem as penas cruéis, desumanas e degradantes (dentre as quais pode-se contar a pena de*

morte), mas não se satisfaz somente com isso. Obriga, igualmente, na intervenção penal, a conceber penas que, respeitando a pessoa humana, sempre capaz de se modificar, atendam e promovam a sua ressocialização: oferecendo (jamais impondo) ao condenado meios de reeducação e de reinserção.” (grifo nosso, na tradução de Consuelo Rauén)[19].

Na lição de Canotilho, no Estado Democrático de Direito deve-se atentar para o Princípio da Proibição do Excesso, impondo-se a observância de três requisitos: adequação, necessidade e proporcionalidade. Segundo o jurista português, “a exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da necessidade pretende evitar a adopção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de protecção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos ‘coactivo’, relativamente aos direitos restringidos.” Para ele, “proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos actos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem.”(Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 6ª. ed., 2002, pp. 455 e 1.151).

Hoje, ainda que o nosso sistema penal privilegie indubitavelmente o encarceramento (acreditando, ainda, na função

dissuasória da prisão), o certo é que a tendência mundial é no sentido de alternativizar este modelo clássico, pois a pena de prisão em todo o mundo passa por uma crise sem precedentes. A idéia disseminada a partir do século XIX segundo a qual a prisão seria a principal resposta penológica na prevenção e repressão ao crime perdeu fôlego, predominando atualmente *“uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional”* (Cezar Roberto Bittencourt).

Urge, pois, que encontremos uma solução intermediária que não privilegie o cárcere (muito menos a desumanidade no cumprimento da pena), nem espalhe a idéia da impunidade. Parece-nos que esta solução se encontra exatamente nas penas alternativas. É indubitoso que o cárcere deve ser concebido como última via, pois não é, nunca foi e jamais será solução possível para a segurança pública de um povo. A nossa realidade carcerária é preocupante; os nossos presídios e as nossas penitenciárias, abarrotados, recebem a cada dia um sem número de indiciados, processados ou condenados, sem que se tenha a mínima estrutura para recebê-los; e há, ainda, milhares de mandados de prisão a serem cumpridos; ao invés de lugares de ressocialização do homem, tornam-se, ao contrário, fábricas de criminosos, de revoltados, de desiludidos, de desesperados; por outro lado, a volta para a sociedade (através da liberdade), ao invés de solução, muitas das vezes, torna-se mais uma via crucis, pois são homens fisicamente libertos, porém, de uma tal forma estigmatizados que se tornam reféns do seu próprio passado. Hoje, o homem que cumpre uma pena ou de qualquer outra

maneira deixa o cárcere encontra diante de si a triste realidade do desemprego, do descrédito, da desconfiança, do medo e do desprezo, restando-lhe poucas alternativas que não o acolhimento pelos seus antigos companheiros; este homem é, em verdade, um ser destinado ao retorno: retorno à fome, ao crime, ao cárcere (só não volta se morrer).

Diante destas considerações, entendemos que os artigos que tratam do Regime Disciplinar Diferenciado não devem ser aplicados, pois, apesar de normas vigentes formalmente (porque aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Poder Executivo), são substancialmente inválidas, tendo em vista a incompatibilidade material com a Constituição Federal.

Canotilho explica que são *“princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.”* [20]

Uma coisa é lei vigente; outra é lei válida. Nem toda lei vigente é válida e só a lei válida e que esteja em vigor deve ser observada pelos cidadãos e operadores de Direito.

A propósito, Ferrajoli:

“Para que una norma exista o esté en vigor es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos de acto normativo, así

como a la competencia del órgano de que emana. Para que sea válida se necesita por el contrario que satisfaga también las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su significado.” Para o autor, “las condiciones sustanciales de la validez, y de manera especial las de la validez constitucional, consisten normalmente en el respeto de valores – como la igualdad, la libertad, las garantías de los derechos de los ciudadanos.”[21]

Em sessão realizada no dia 15 de agosto do ano de 2006, a 1ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, decidiu que o Regime Disciplinar Diferenciado é inconstitucional:

“HABEAS CORPUS nº. 978.305.3/0-00 Relator, Desembargador Borges Pereira - Voto nº. 5714: (...) Com efeito, toda afronta aos Direitos Individuais dos cidadãos brasileiros, independentemente de raça, credo, condição financeira etc, desde que cause constrangimento ilegal, é, e sempre deverá ser passível de “habeas corpus”. É de se observar, inclusive, que a impetrante questiona não só a ilegalidade RDD, como também pleiteia a transferência do detento para outro presídio da rede Estatal. 2. No que pertine ao mérito do pedido,

razão assiste à impetrante. É de se observar inicialmente não se poder deixar de considerar o grave momento vivido pelas instituições públicas, fruto de dezenas de anos de descaso para com as causas sociais, originando o nascimento de verdadeiro Estado Paralelo, que a medida ora questionada visa enfrentar. (...) Trata-se, no entanto, de medida inconstitucional, como se sustenta a seguir: O chamado RDD (Regime disciplinar diferenciado), é uma aberração jurídica que demonstra à sociedade como o legislador ordinário, no afã de tentar equacionar o problema do crime organizado, deixou de contemplar os mais simples princípios constitucionais em vigor. Já no seu nascimento, a medida ofende mortalmente a Constituição Federal, desde que a resolução SAP nº 026/01, que cria o regime disciplinar diferenciado, é ato de secretário de Estado, membro do Poder Executivo, a quem não cabe legislar sobre matéria penal, nem tampouco penitenciária, segundo a Constituição Federal (arts. 22, I e 24, I). Assim, a inexistência de procedimento legislativo e da necessária edição de lei federal, é que deveria bastar para demonstrar a inviabilidade de sua efetivação, configurando evidente constrangimento ilegal.

Destarte, não cabe a ninguém, nem mesmo ao juiz da execução, determinar ou legitimar regressão (ou transferência) a regime penitenciário inexistente em lei. Como muito bem disserta Carmem Silva de Moraes Barros, Procuradora do Estado em São Paulo,

“in”

<http://www.processocriminalpslf.com.br/rdd.htm>,

“ao criar o regime disciplinar diferenciado, a resolução dá vida a uma pena desumana e atentatória aos direitos e liberdades fundamentais: isolamento por 180 dias, na primeira inclusão e 360, nas demais; banho de sol por, 'no mínimo', uma hora por dia; visita semanal de duas horas, sem algemas... (arts. 4º e 5º, II, IV e V da resolução). Observe-se que essas são regras previstas "para assegurar os direitos do preso" durante a permanência no RDD, conforme o caput do art. 5º da resolução. Assim é que sob o pretexto de combater o crime organizado instituiu-se método de aniquilamento de personalidades. Mas não é só. A resolução SAP n. 026/01 autoriza a transferência para o RDD a critério exclusivo da autoridade administrativa. Alijada a autoridade judicial, a autoridade administrativa se vê, em razão dos próprios termos da resolução, desobrigada de

respeitar a Lei de Execução Penal (que não consta tenha sido revogada pela resolução). A resolução não exige prática de falta grave para transferência para o RDD e exatamente porque estabelece que esse regime de cumprimento de pena é aplicável "aos líderes e integrantes de facções criminosas e aos presos cujo comportamento exija tratamento específico" (art. 1º), abre espaço para qualquer tipo de arbítrio por parte da autoridade responsável pela custódia do preso. Lembra, assim, os velhos porões, para os quais é possível transferir presos, se o critério – exclusivamente administrativo – indicar tratar-se de pessoa cujo comportamento "exija tratamento específico". Um tanto quanto vago, mas muito apropriado para os fins a que se propõe. Diz a resolução: "os objetivos de reintegração do preso ao sistema comum devem ser alcançados pelo equilíbrio entre a disciplina severa e as oportunidades de aperfeiçoamento da conduta carcerária". Muito embora – e isso ao que parece ainda não se contesta – o processo de execução seja jurisdicionalizado, a concessão que a resolução faz ao juízo da execução é a comunicação da inclusão e da exclusão no RDD, em 48 horas (art. 8º). Não trata da óbvia necessidade de que a autoridade

administrativa comunique ao juízo qual o fato imputado ao preso que está fundamentando a transferência para o RDD”. Mas a citada jurista não pára aí: “Ignora-se, sem qualquer cerimônia, a LEP que, no que tange, tanto à regressão de regime de cumprimento da pena quanto às sanções, é absolutamente clara e estabelece no art. 58 que o isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder 30 dias; no art. 60 que no caso de falta disciplinar a autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo máximo de dez dias e no parágrafo único do art. 58, determina o dever que tem a autoridade administrativa de comunicar o isolamento ao juiz da execução. E assim é porque dez dias são o quanto basta para realizar-se o procedimento administrativo e comunicar-se ao juiz da execução para que, sendo o caso, determine a oitiva do preso ou obste a aplicação da sanção, quando configurados estiverem ilegalidades ou abuso de poder. Continua a Lei de Execução Penal, atenta à posição de garantidor que tem o juiz da execução, dispondo no art. 47 que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, caberá à autoridade administrativa e no parágrafo único do

art. 48 determinando – a obrigatoriedade de representação, ao juiz da execução, pela autoridade administrativa, nos casos de prática de falta grave. A aplicação de penalidade disciplinar ao executado, pelo cometimento de falta grave, obriga, portanto, a autoridade administrativa a comunicar, representando, ao juiz da execução (art. 48, parágrafo único c/c art. 66, III, letras b e c da LEP). Assim é, porque ao poder judiciário cabe fazer o controle externo dos atos da administração, faz parte de seu dever de zelar pelos direitos individuais do sentenciado e pelo correto cumprimento da pena. Portanto, ainda que se admita a possibilidade de inclusão no RDD pela prática de fato que não seja tipificado pela LEP como falta grave, deve a autoridade administrativa descrevê-lo em alguma forma de "procedimento administrativo" e, por óbvio que pareça, esse "procedimento" deve ser enviado a juízo, pois o ato administrativo (incluída a motivação) que determina a transferência para o RDD, também está sujeito a controle de legalidade e da tipicidade pela autoridade judicial, até porque - não é demais repetir - o processo de execução penal, ainda é, jurisdicionalizado. A resolução, no entanto, permite a transferência para o RDD sem qualquer

participação da autoridade judicial e limita-se a estabelecer que a remoção do preso ao RDD pode ser solicitada pelo diretor técnico de qualquer unidade, em petição fundamentada, ao coordenador regional das unidades prisionais que, se estiver de acordo, encaminhará o pedido ao secretário adjunto, para decisão final (art. 2º). Ah! Não nos esqueçamos, a resolução concede ao preso, no intuito de assegurar seus direitos, o conhecimento dos motivos da inclusão no RDD (art. 5º, I). No entanto, se faz necessário lembrar, que por outro ato, proibiu-se o contato do preso com seu advogado pelos dez dias posteriores à inclusão no regime fechadíssimo. É inominável! E arremata: “Não é aceitável pois, a convivência de magistrados, fiscais da lei, advogados, enfim, operadores do direito com tamanha barbárie. Não se pode admitir que estes, diante de tanta ilegalidade, quer por ação quer por omissão, se convertam em aparato legitimador da atuação abusiva da administração. O RDD é um desrespeito à Constituição, à lei, aos cidadãos deste país, enfim, à nossa inteligência.”[\[22\]](#)

Em sentido oposto, por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal não conheceu do Habeas Corpus 104815, impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que julgou

prejudicado um HC lá impetrado. Naquele habeas corpus, a defesa alegava inconstitucionalidade incidental do Regime Disciplinar Diferenciado a que foi submetido. Entretanto, o relator do processo no STJ entendeu que a questão estava superada, uma vez que já se havia esgotado o período em que o paciente esteve submetido ao RDD. Ao se pronunciar pelo não-conhecimento do HC, o ministro Celso de Mello disse que o impetrante buscava, com o HC, uma solução normativa para o RDD. Pretendia que fosse determinado que “quaisquer decisões que, no futuro, eventualmente venham a impor o RDD em desfavor do paciente sejam neutralizadas, desde logo”. E isso, segundo o ministro relator, “é inviável”. O ministro leu ementa do parecer emitido pela Procuradoria-Geral da República. Nele, o procurador lembrou ser Fernandinho Beira-Mar líder do “Comando Vermelho” e se manifestou pela denegação do pedido. O procurador contestou a alegada inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, afirmando que ele é *“compatível com as ações criminosas do réu”*.

Em outro sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso suspendeu a inclusão do condenado L.H.S. em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). A solicitação foi feita no Habeas Corpus (HC) 118494, impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo, com pedido de liminar, contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) que determinou que o condenado fosse incluído no RDD, pelo prazo de 60 dias, por ter iniciado tumulto generalizado ocorrido no interior da unidade prisional em que cumpria pena. A Defensoria Pública de São Paulo alega que, entre a ocorrência da falta grave e o julgamento do agravo em execução, o

comportamento prisional do condenado foi avaliado positivamente em duas oportunidades. A autora do HC sustenta, ainda, que a inclusão do condenado no RDD é incompatível com o livramento condicional e que os fatos apreciados pelo TJ-SP, quando do julgamento do agravo em execução, foram superados pelas posteriores avaliações positivas do comportamento carcerário. Inicialmente, conforme o Ministro Luís Roberto Barroso, o Supremo consolidou o entendimento no sentido de ser inadmissível a impetração de habeas corpus contra decisão de relator que, em HC requerido a tribunal superior, indefere pedido de liminar (Súmula 691/STF). No entanto, ele ressaltou que o rigor na aplicação deste enunciado tem sido atenuado nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, bem como nos casos de decisões manifestamente contrárias à jurisprudência desta Corte ou ainda carentes de fundamentação. *“No caso, a situação inusitada de aplicação de RDD por falta disciplinar anterior à decisão concessiva de livramento condicional autoriza a superação da Súmula 691/STF, notadamente quando se considera que o paciente, em 03/07/2013, compareceu à Vara de Execução Penal para justificar as suas atividades”*, afirmou o relator, ao salientar que o condenado *“vem cumprindo, portanto, as condições da liberdade condicional”*. Assim, o ministro deferiu a medida cautelar para suspender os efeitos da decisão do TJ-SP no agravo em execução penal tratado nos autos, tendo em vista as informações prestadas pelo juízo da 5ª Vara das Execuções Criminais de São Paulo/SP, assim como em razão da proximidade da expiração da pena.

Também decidiu o Supremo Tribunal Federal ser inadmissível a inclusão de condenado em Regime Disciplinar Diferenciado por falta disciplinar cometida anteriormente à concessão de livramento condicional. Com esse entendimento, os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal concederam, por votação unânime, o Habeas Corpus (HC) 118494, para impedir que L.H.S. cumpra regime disciplinar diferenciado. Ele foi condenado ao cumprimento da pena de cinco anos e seis meses de reclusão pelo delito de tráfico de drogas, em regime inicial fechado. O HC foi impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo (DP-SP) contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) que determinou que o condenado fosse incluído no RDD, pelo prazo de 60 dias, em razão de tumulto generalizado no interior da unidade prisional, ocorrido em 5 de abril de 2011, que teve início com confusão envolvendo o condenado, que se encontrava embriagado, e agente penitenciário. Após esse episódio, L.H.S. permaneceu preso e, em seguida, recebeu o livramento condicional por ter cumprido uma fração da pena. Posteriormente, quando o condenado já em liberdade condicional, foi reconhecida a ocorrência da falta grave, tendo sido revogado o livramento condicional para colocar L.H.S. em regime mais gravoso, o RDD. O relator informou que o condenado tem cumprindo adequadamente as condições da liberdade condicional. *“Na minha opinião, seria um absurdo tirar esse homem da liberdade condicional e colocá-lo de volta no sistema em RDD”*, destacando que o caso era *“totalmente incomum”* e, por isso, concedia a ordem. Ao votar, o Ministro Luiz Fux comentou que *“o*

sistema foi o culpado de ter decidido lá na frente um fato que teria que ser analisado antes”.

Já no século XVIII, Beccaria, autor italiano, em obra clássica, já afirmava que *“entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos crimes, é necessário escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficiente e mais perdurável e, igualmente, menos cruel no organismo do culpado”* (Dos Delitos e das Penas, São Paulo: Hemus, 1983, p. 43).

Jean Paul Marat, em 1790, advertia que *“es un error creer que se detiene el malo por el rigor de los suplicios, su imagen se desvanece bien pronto. Pero las necesidades que sin cesar atormentan a un desgraciado le persiguen por todas partes. Encuentra ocasión favorable? Pues no escucha más que esa voz importuna y sucumbe a la tentación.”* (Plan de Legislación Criminal, Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 78). A preocupação, vê-se, é antiga.[\[23\]](#)

Por tudo quanto exposto, diríamos nós, o melhor seria cognominar o RDD de “Regime Diferenciado da Desesperança” (como disse o Professor Dotti), lembrando-se da advertência de Nilo Batista, comentando-o: *“Quando os condenados começarem a se matar, saberemos muito bem, ‘sem sentimentalismos feminis’, de quem é a culpa”*[\[24\]](#).

Esta nossa posição, sem sombra de dúvidas, sofre forte contestação; de toda maneira, valemo-nos da lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, segundo a qual *“autores sofrem o peso da falta de respeito pela diferença (o novo é a maior ameaça às verdades*

consolidadas e produz resistência, não raro invencível), mas têm o direito de produzir um Direito Processual Penal rompendo com o saber tradicional, em muitos setores vesgo e defasado (...).”[25]

NOTAS:

[1] Michel Foucault – Vigiar e Punir, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 18ª., ed., p. 12. Pergunta Foucault: “*Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce?*” Responde: sobre a alma: “*À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições*”. (ob. cit., p. 18).

[2]

http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Juan%20Mendez_Agosto%202011_PORT.pdf

[3] <http://jota.info/resolucao-da-onu-reforca-contestacao-ao-rdd-brasileiro>.

[4] Como afirmam Fábio Félix Ferreira e Salvador Cutiño Raya, “*está em curso no Brasil uma Política Criminal e Penitenciária autoritária, conservadora, utilitarista, midiática e simbólica*”, acreditando-se “*que uma centena de presos em RDD vai suspender ou minimizar as causas e motivações que geram a violência e a criminalidade*”, tudo a demonstrar o “*afastamento por completo do Estado Democrático, Social e de Direito prometido pelo legislador constituinte de 1988, bem assim da legislação internacional de tutela e promoção dos direitos fundamentais que o Brasil recepcionou.*” (Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 49, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 288).

[5] Em conferência realizada no Brasil, em Guarujá, no dia 16 de setembro de 2001, Zaffaroni contou a parábola do açougueiro: *“El canicero es un señor que está en una carnicería, con la carne, con un cuchillo y todas esas cosas. Si alguien le hiciera una broma al canicero y robase carteles de otros comercios que dijeran: ‘Banco de Brasil’, ‘Agencia de viajes’, ‘Médico’, ‘Farmacia’, y los pegara junto a la puerta de la carnicería; el carnicero comenzaría a ser visitado por los feligreses, quienes le pedirían pasajes a Nueva Zelanda, intentarían dejar dinero en una cuenta, le consultarían: ‘tengo dolor de estómago, que puede hacer?’. Y el carnicero sensatamente respondería: ‘no sé, yo soy carnicero. Tiene que ir a otro comercio, a otro lugar, consultar a otras personas’. Y los feligreses se enojarían: ‘Cómo puede ser que usted está ofreciendo un servicio, tiene carteles que ofrecen algo, y después de no presta el servicio que dice?’. Entonces tendríamos que pensar que el carnicero se iría volviendo loco y empezaría a pensar que él tiene condiciones para vender pasajes a Nueva Zelanda, hacer el trabajo de un banco, resolver los problemas de dolor de estómago. Y puede pasar que se vuelva totalmente loco y comience a tratar de hacer todas esas cosas que no puede hacer, y el cliente termine con el estómago agujereado, el otro pierda el dinero, etc. Pero si los feligreses también se volvieran locos y volvieran a repetir las mismas cosas, volvieran al carnicero; el carnicero se vería confirmado en ese rol de incumbencia totalitaria de resolver todo.”* Conclui, então, o mestre portenho: *“Bueno, yo creo que eso pasó y sigue pasando con el penalista. Tenemos incumbencia en todo.”*

[6] “Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal de Inimigo”, in Revista de Estudos Criminais nº. 14, Porto Alegre: NOTADEZ/PUC/!TEC, agosto/2004, p. 145.

[7] STJ, Rel. Min. ADEMAR MACIEL, DJU 3.4.95, p.8.149.

[8] Fonte: site www.ultimainstancia.com.br – 17/10/2006. A propósito, e para ilustrar, veja esta decisão do Superior Tribunal de Justiça: “*EMENTA: REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD). HIPÓTESES LEGAIS. Para que haja a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado (RDD), é necessário ocorrer ao menos uma das hipóteses previstas no art. 52 da LEP. Ademais, a decisão judicial sobre a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado terá que ser fundamentada pelo juiz das execuções criminais e determinada no processo de execução penal, bem como precedido de manifestação do Ministério Público e da defesa. Na espécie, não verificada a ocorrência de nenhum dos requisitos, a Turma concedeu a ordem para que se transfira o paciente do regime disciplinar diferenciado para o conjunto penal em que anteriormente se encontrava.*” (HC 89.935-BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 6/5/2008).

[9] Humberto Ávila, Teoria dos Princípios, São Paulo: Malheiros, 4ª. ed., 2004, p. 131.

[10] Ação Penal, Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2002, 3ª. ed., p. 19.

[11] Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 55.

[12] Estudos de Direito Constitucional – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, São Paulo: Thomson IOB, 2005, p. 39.

[13] Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 01.

[14] *Idem*, p. 05.

[15] *Os Princípios Constitucionais Penais*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 37 e segs.

[16] “*La individualización judicial de la pena. Especial referencia al artículo 46 CP peruano*”, encontrado no site www.eldial.com – 13 de junho de 2005.

[17] **Apud** Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”, Madri: Editorial Colex, 1990, p. 30.

[18] Boletim do IBCCrim, n.º. 140, julho/2004, p. 4.

[19] “Pena de morte para os traficantes de drogas?”, publicado no Boletim da Associação Internacional de Direito Penal (Grupo Brasileiro), ano 1, n.º. 01 (maio de 2005), p. 04.

[20] *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 6.ª. ed., p. 1.151.

[21] *Derecho y Razón – Teoria del Garantismo Penal*, Madri: Editorial Trotta S.A., 3.ª. ed., 1998, p. 874.

[22] Nada obstante, a 2.ª. Turma Especializada do TRF-2ª Região decidiu, em 15 de fevereiro de 2007, manter no regime disciplinar diferenciado Fernando Iggnácio de Miranda e Rogério Andrade, que seriam líderes de facções criminosas que controlariam a chamada máfia dos caça-níqueis no Rio de Janeiro. Na sessão, a Turma decidiu retirar do RDD os policiais civis Jorge Luiz Fernandes, Hélio Machado da Conceição e Fábio Menezes de Leão, que seriam três dos "inhos" que

integram o esquema, dando cobertura para as ações criminosas. As decisões da Turma foram proferidas em pedidos de habeas corpus apresentados pelos acusados, presos durante a operação "gladiador" da Polícia Federal. A determinação da Justiça Federal de incluí-los no RDD se deveu à denúncia de que os réus estariam promovendo, mesmo no cárcere, festas, inclusive com a participação de garotas de programa, além de continuarem comandando ações das quadrilhas, fazendo uso, para isso, de celulares e laptops. Porém, os magistrados levaram em conta que essa denúncia se baseou em fatos ocorridos em novembro de 2006 e os policiais só foram presos em 15 de dezembro. O mérito do processo que apura os crimes ainda será julgado pelo juízo de 1º grau. Em sua defesa, os acusados que permanecem no RDD sustentaram que estariam presos no presídio Bangu 1 sob péssimas condições, tendo de dormir despídos por causa do extremo calor que faria nas celas e sem acesso sequer a água gelada para beber, além de estarem convivendo com bandidos perigosos. Alegaram também que o RDD significaria o próprio cumprimento de uma pena, que pode nem vir a ser aplicada se os réus forem inocentados no processo principal. Também disseram que o Ministério Público Federal e a própria defesa não teriam sido ouvidos antes da decretação da medida que os transferiu para o regime diferenciado e que isso contrariaria a Lei de Execuções Penais e a Constituição Federal, por violação ao direito à ampla defesa. Em seu voto, a relatora dos habeas corpus, Desembargadora Federal Liliane Roriz, ponderou que o RDD, nos termos da lei, pode ser decretado por motivo disciplinar, no caso de ter ocorrido infração às regras carcerárias, ou como medida cautelar, tendo caráter, nessa hipótese, preventivo. A magistrada lembrou que é justamente esse último o caso

dos acusados, que foram transferidos para o regime especial "*por representarem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal e da sociedade e por participarem de organização criminosa*". A desembargadora destacou que, quando tem essa natureza preventiva, a ordem de transferir o preso para o RDD pode ser dada de ofício, sem que o juiz esteja obrigado a ouvir previamente advogados e Ministério Público. Ainda em seu voto, Dra. Liliane Roriz explicou que teve o cuidado de falar pessoalmente com o Secretário de Estado de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro, que assegurou à magistrada que todos os acusados encontram-se em Bangu 1 em celas individuais, monitorados permanentemente por câmeras e que até os horários de banho de sol são diferenciados para eles. Com isso, nenhum deles corre risco concreto de sofrer violência. (Proc. 2006.02.01.015047-8). No mesmo sentido: "*Superior Tribunal de Justiça - RECURSO ESPECIAL Nº 662.637 - MT (2004/0070068-1) – Relatora: Ministra Laurita Vaz. EMENTA: RECURSO ESPECIAL. CRIME DOLOSO CONSTITUI FALTA GRAVE. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – RDD. PROVIMENTO. ART. 52, LEI 7.210/84. Recurso conhecido e provido. VOTO: (...) Cinge-se a controvérsia acerca da aplicação do artigo 52, § 2º, da Lei de Execuções Penais ao detento condenado pelos delitos previstos no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, art. 1º, inciso VI, parágrafo 4º, da Lei nº 9.613/98 e artigos 61, inciso II, letra 'b', 62, inciso II e 69 do Código Penal. Pela norma prevista no art. 52, da Lei nº 7.210/84, com a redação determinada pela Lei nº 10.792/2003, estabelece-se que "a prática de fato previsto como crime doloso constitui*

falta grave, e quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas e direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol” (art. 52, incs. I, II e III). Também por força da referida lei, o RDD “poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” (art. 52, § 1º), bem como “o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.”(art. 52, § 2º) Com efeito, o tratamento diferenciado imposto ao recorrido, com a conseqüente restrição aos direitos do reeducando, previstos no artigo 41 da Lei de Execuções Penais, decorre antes de mais nada da atual realidade do sistema prisional, em que o Estado foi levado a construir presídios especiais para abrigar os criminosos cuja presença no meio carcerário possa colocar em risco a ordem e a disciplina interna, a integridade física dos condenados e a própria sociedade. Por outro lado, cumpre salientar que o regime disciplinar diferenciado não constituiu uma nova modalidade de prisão penal de caráter provisório, ou um novo regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes já existentes (fechado, semi-aberto e aberto). Na verdade, o RDD nada mais é do que um regime de disciplina

carcerária especial, dentro do regime fechado, que tem como característica um maior grau de isolamento do preso com o mundo exterior, inclusive com o bloqueio de comunicação por telefone celular e outros aparelhos. Trata-se de uma medida emergencial que visa transformar o caos do sistema penitenciário para, ao menos em relação aos presos mais perigosos, impor-lhes um verdadeiro regime de segurança máxima, sem o qual, infelizmente, a atuação desses líderes de organizações criminosas não pode ser contida. Assim, aos criminosos que, mesmo aprisionados, pretendem continuar exercendo sua maléfica liderança, subjugando e usando os demais presos como massa de manobra em sua rebeldias, é imperioso que o Estado lhes imponham um regime de disciplina diferenciado que, sem ser desumano ou contrário à Constituição, possa limitar os direitos desse presos, evitando que continuem a comandar organizações criminosas de dentro dos estabelecimentos penais. O tratamento diferenciado imposto ao recorrido pelo juiz de primeiro grau em nenhum momento afronta os regramentos disciplinados pela Lei de Execuções Penais na aplicação da pena ao reeducando, ainda mais na espécie, quando trata-se do condenado Alair Fernando das Neves que, segundo o Superintendente do Sistema Prisional de Cuiabá/MT, é um dos presos mais perigosos do Estado do Mato Grosso, integrante da organização criminosa de João Arcanjo Ribeiro, conhecido como “Comendador”. 12. De outra parte, ao contrário do asseverado pelo Tribunal a quo, a Lei nº 10.792/2003, que alterou o art. 52, da LEP, não estabelece que seus efeitos sejam aplicados exclusivamente aos casos de cometimento de crime, ou de falta grave dentro do cárcere. A propósito, extrai-se das razões da ilustre

Procuradora Regional da República ELIANA PÉRES TORELLY DE CARVALHO, às fls. 108, o seguinte excerto: “De relevo ainda que, o fato de estar a norma que institui a aplicabilidade do regime disciplinar diferenciado inserida em subsecção da Lei de Execução Penal relativa a ‘faltas disciplinares’, não conduz à conclusão de que a mesma somente poderá ser aplicada em caso de falta grave. Ora, a subsecção mencionada faz parte da Seção III, que trata da disciplina carcerária de modo geral. Outro não é o objetivo da norma impugnada senão o resguardo da disciplina intramuros, reiteradamente ameaçada com a presença entre a massa carcerária de prisioneiros com elevada periculosidade, tais como os descritos nos §§ 1º e 2º do art. 52 da LEP, com a redação dada pela Lei nº 10.792/03. Tais parágrafos constituem norma que estende a outras hipóteses as disposições aplicáveis às perturbações disciplinares oriundas de faltas graves.” Desta feita, o Tribunal de origem, ao desconstituir a decisão que determinou a inclusão do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado-RDD, ao fundamento de não haver comprovação da prática de falta grave, violou o art. 52, § 2º, da Lei de Execuções Penais. Conforme o exposto, dou provimento ao recurso.” Em outra oportunidade, “a Justiça paulista negou pedido do Ministério Público para incluir cinco integrantes da organização criminosa PCC no Regime Disciplinar Diferenciado — conhecido por RDD, trata-se de um regime prisional mais rígido que determina cela individual, uma hora diária de sol e veta aos presos o acesso a jornais, rádio e televisão. A decisão foi do juiz Carlos Fonseca Monnerat, coordenador da Vara de Execuções Criminais de São Paulo. Ele entendeu que estavam ausentes os requisitos legais para a concessão do pedido. Os cinco integrantes do

PCC — Primeiro Comando da Capital estavam presos, junto com outros detentos, num total de 66, na penitenciária de Presidente Bernardes quando, no último dia 9, aconteceu uma tentativa de resgate de presos por homens armados de fuzis, metralhadoras e dois mísseis. Segundo o MP, a tentativa era para resgatar os cinco membros do PCC, que estavam recolhidos em celas cujas grades foram serradas, de modo a facilitar e permitir a fuga planejada. Para a promotoria, o grupo seria o mentor do plano de fuga. A Lei de Execuções Penais permite que sejam internados em RDD criminosos que tenham praticado crime doloso e quando a conduta ocasione subversão da ordem ou disciplina internas. Também é permitida a aplicação do regime especial quando os presos apresentam alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou quando recaiam sobre eles fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas. “No caso em exame, os fatos que teriam dado motivo ao pedido do Ministério Público ocorreram entre 7 de 9 de janeiro, portanto há mais de uma semana. Durante todos esses dias, os mencionados na inicial nada fizeram de que se tenha notícia. O periculum in mora (perigo de demora) relacionado à prática de qualquer dos atos mencionados no artigo 53 da Lei de Execuções Penais não se encontra presente”, argumentou o juiz. O juiz entendeu, ainda, que outro indício de que não havia perigo de demora foi a falta de iniciativa da administração penitenciária. “Consulto o sistema de informações das VECs e observo que estão, todos eles (os presos) ainda na mesma penitenciária em que, segundo se alega, seriam resgatados. Ora, fosse o caso urgente, teria a Administração Penitenciária tomado medidas de caráter emergencial, que lhe são

permitidas, nos exatos termos do artigo 60 da já referida Lei de Execuções Penais.” Fonte: Revista **Consultor Jurídico**, 18 de janeiro de 2006.

[23] Leia-se Michel Foucault, no indispensável “Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões”, Rio de Janeiro: Vozes, 1998, 18ª edição.

[24] Boletim do IBCCrim, nº. 135, outubro/2003, p. 02.

[25] O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 175, junho/2007, p. 11.

APLICABILIDADE DA RESERVA SUCESSÓRIA NA SUCESSÃO POST MORTEM

ISAIAS CANTIDIANO DE OLIVEIRA NETO: Discente da Faculdade de Direito - AGES, estagiário no Balcão de Justiça e Cidadania - Fátima-BA, interesse de atuação: Direito Civil e Previdenciário.

RESUMO: Este trabalho tem por escopo apresentar um novo mecanismo que irá pacificar o direito sucessório de filho advindo de técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*. A evolução da biotecnologia vem causando grandes discussões no campo do Direito Civil, principalmente reflexos jurídicos quanto à filiação. Considerando a dificuldade teórica de explicar os direitos sucessórios de filho advindo de técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, busca-se pacificar, teoricamente, os fundamentos de tal direito partindo da premissa da igualdade de direitos entre os filhos, no Biodireito e na Bioética, aplicando a teoria da normatividade dos princípios, propondo a aplicabilidade do mecanismo da reserva sucessória. Os direitos da personalidade em acessão com os princípios da proteção integral superam qualquer ideia de paternidade ou maternidade iminentemente genética. As “lacunas” quanto ao direito sucessório não se coaduna com a Constitucionalização do Direito Civil e valorização da afetividade e da boa-fé nas relações Jurídicas. A Reserva Sucessória é consagrada numa trilogia: finalidade, fundamentação e temporalidade, alicerçando-se no

art. 227, § 6.º da CR/88 que veda a discriminação entre os filhos, independentemente, o estado de filiação ou forma como foi concebido. Filiando-se a corrente que defende a força normativa dos princípios, a lacuna não mais existe quanto aos direitos sucessórios, restando apenas considerar a fixação de prazo para a utilização das técnicas de reprodução assistida e possivelmente a efetivação dos referidos direitos sucessórios, dentre outros. O formalismo não deve ser a regra e sim um meio a busca de justiça, desta forma pela lei de Biossegurança preceitua que o material genético pode ser utilizado em 3 (três) anos. Portanto, já que não existe regulamentação deste direito. A proposta da Reserva Sucessória nada mais é, do que, o mecanismo para efetivação do Direito Sucessório de filho advindo de técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, alicerçando-se na Teoria da Normatividade dos Princípios de Robert Alexy e na Constitucionalização do Direito Civil após análise da afetividade e da Boa-fé, respeitando o Estado de Direito e a segurança jurídica.

PALAVRAS-CHEVE: sucessão *post mortem*; normatividade dos princípios; reserva sucessória; constitucionalização do direito civil.

I. INTRODUÇÃO

É com uma verdadeira evolução no cerne da biotecnologia que no decorrer temporal vem causando grandes discussões no campo do Direito Civil, pois as técnicas de reprodução assistida ocasionaram grandes reflexos jurídicos com as novas formas de filiação. Alude Dias (2011), as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e

“inseminação artificial” incluem todas as técnicas de reprodução assistida. É por meio dessa nova área do conhecimento científico que casais impossibilitados de naturalmente terem filhos biológicos, em determinadas ocasiões poderão, geralmente, estas técnicas são utilizadas quando um indivíduo é impossibilitado naturalmente de se reproduzir.

O Conselho Federal de Medicina autoriza a utilização das técnicas por qualquer pessoa, à única ressalva em vida, é que não poderá haver lucratividade em um caso específico o de substituição, que é quando se utiliza da “barriga de aluguel”, nesse sentido, reza a resolução 1.9576/2010, II, 1: 1 do respectivo Conselho.

Existem “lacunas” em ambos os campos normativos do Direito sobre o tema, pois o Código Civil não tratou da maneira que deveria. Uma normalidade, pois sem dúvida, uma das áreas do Direito privado que mais evolui no passar do tempo foi o Direito de Família. Uma das principais discussões a cerca do campo estudado do Direito, são as presunções de paternidade. Aponta Gonçalves (2012), “o art. 1.597 do Código Civil prevê, nos incisos III, IV e V, mais três hipóteses de presunção de filhos concebidos na constância do casamento. Mesmo após a morte em determinados casos concretos a presunção não cessará”. A presunção é de tamanha importância, pois esta impede o não reconhecimento voluntário do filho, em casos específicos para que ela exista é necessária prévia autorização do marido ou companheiro.

Mesmo havendo diversas incoerências ou “lacunas” na Lei, com o surgimento e grandiosidade do Biodireito e da Bioética, também, com a

Constitucionalização do Direito Civil, fica simples observar o direito de fato, é com o magistério de Lisboa (2012) que conceitua o entendimento, “a bioética é uma ciência que vem se destacando pela sua finalidade de obter uma melhor qualidade de vida ao ser humano”. É com base nesses estudos que o Conselho Federal de Medicina na Resolução 1.358/92 menciona que seja evitada a seleção da espécie na técnica de reprodução assistida, com uma exceção a gestação por substituição.

Por mais que o direito ainda não esteja adaptado a grande revolução da genética, importante mesmo é perceber que a técnica de reprodução assistida é uma alternativa a esterilidade, dando a casais o grande sonho de muitos, uma prole. O direito como surge para livrar a sociedade do caos e pacificar a mutação social deve, com cautela, estudar todas as possibilidades de mudança.

Todavia, o foco deste trabalho é aplicar a Teoria da Normatividade dos Princípios de Robert Alexy no cerne do direito sucessório desse filho que decorre da técnica de reprodução assistida homóloga após a morte do pai. Excepcional teoria será abordada em tópico único a seguir, mas ela vai efetivar a força normativa que tem o Princípio, e quando há lacuna na lei, não se utiliza o princípio como terceiro critério de colmatação como se refere à Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, simplesmente a lacuna não mais existe por o Princípio ser dotado de força normativa.

Portanto, é a partir do Princípio do Melhor Interesse da Criança, Da Dignidade da Pessoa Humana, dentre outros, que a Constituição da República de 1988 veda a distinção entre os filhos, se o próprio Código

Civil presume a paternidade, logicamente os direitos da personalidade, não há que se falar em impossibilidade sucessória, mas a grande discussão é até quando essa inseminação pode ser realizada, nesse norte, surge o mecanismo da Reserva Sucessória com fundamento prescricional de três anos em decorrência do art. 5.º, II da lei 11.105/2005, que libera a utilização das células embrionárias para pesquisa científica, ou seja, se antes dos três anos os embriões devem ficar conservados é por que nesse período a mãe pode realizar tal procedimento. Importante frisar que neste feito, limita-se a técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*.

Destarte, o livro das sucessões do Código Civil de 2002 deve ser interpretado conforme a Constituição da República para que se evite uma futura breve ação de inconstitucionalidade de alguns dispositivos, como o “art. 1798 – legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, e como dito, com a vedação da distinção entre os filhos pela CR/88, com a nova era das técnicas de reprodução assistida, é importante evoluir, e para que isso ocorra, é de tamanha importância à observância de algumas teorias como a Pré-concepcionista que entende existir vida já no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, neste momento, afirma Fábio Ulhoa (2012, p.142), “estariam preenchidas todas as condições para se considerar existente o novo ser”.

Em mesma direção, o enunciado 267 da III Jornada de Direito Civil observa que, “a regra do art. 1798 do CC deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida,

abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer”. Com toda razão, e para reforçar, firma-se tal entendimento a partir da constitucionalização do Direito Civil, atendendo não somente a vedação da distinção dos filhos, mas o Princípio do Melhor Interesse Da Criança, da Dignidade da Pessoa Humana.

2. Direito da Personalidade

O Direito das Famílias, principalmente com a investidura do Biodireito e da Bioética, vem evoluindo harmonicamente, legitimando verdadeiros legitimados, que são os filhos, seus interesses, em concordância com os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança, assegurando o dever de cuidar, de acompanhar o crescimento, dever de alimentar, de colocá-lo no “caminho correto”, ou seja, o tão sonhado poder familiar e dever familiar que é o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja no plano físico, mental, moral, espiritual ou social.

Quando se fala em reconhecimento de paternidade ou maternidade genética nos deparamos com um direito personalíssimo, que inclusive hoje, está gerando indenizações por comprovação da falta de dever familiar. É importante salientar que no passado quando não havia exame de DNA todas as ações eram julgadas meramente por indícios de prova, ou seja, a critério e muita inteligência do juiz, era rotineiro uma ação ser julgada improcedente por falta de prova, se deparando conseqüentemente com os efeitos do instituto civil da coisa julgada.

Diniz (2008) afirma que “existem dois meios de reconhecimento dos filhos, o voluntário e o judicial, que o litigioso se compreende em ação de investigação de paternidade e a investigação de maternidade”, não muito comum. A parentabilidade pode ser consanguínea, sócio afetiva, civil, social, por afinidade, como se pode ser observado no Código Civil e que o mesmo juntamente com a Constituição da República não admite discriminação.

Direito da personalidade é intransmissível, irrenunciável, com fulcro na dignidade da pessoa humana alude Dias (2011) que a supremacia dos princípios constitucionais ocasionou uma das maiores revoluções já ocorridas na ciência processual. O prestígio a verdade real. É de tamanha importância ter uma identidade, não só por vínculo consanguíneo, mas por todos aqueles já citados previstos na Constituição República, tampouco por fins sucessórios, mas se trata de algo de direito, algo que persegue a vida de qualquer indivíduo para o resto de sua vida é sua família, é seu parentesco, principalmente se tratando de pai e mãe.

A pessoa deve ser respeitada por ser membro da sociedade, é por essa ocasião que tamanhas garantias são legíveis em nosso ordenamento jurídico. Como já fora trazido a baila a pessoa humana vai propiciar uma compreensão, uma defesa aos direitos da personalidade, tendo à defesa iminente a intimidade, a imagem, sua crença e honra e sua vida privada, ambos encontrados no art. 5.º da Carta Magna, e esta mesmo prevê a inviolabilidade destes direitos e garantias.

Portanto, neste trabalho se defende a Teoria Pré-concepcionista que acredita existir vida após a fecundação do espermatozoide no óvulo,

ou seja, a partir desse momento o sujeito passa a ter alguns direitos inerentes da personalidade, direitos e conseqüentemente legitimidade para suceder como será tratado logo em seguida. Portanto, o trabalho não adota a Teoria Concepcionista para a legitimação a suceder, porém, adota duas Teorias a fim de garantir o direito sucessório: a Pré-concepcionista afim de alimentos gravídicos, por exemplo, mas para efetivação sucessória, adota a Natalista, a qual, afirma, que o nascituro só adquire todos os direitos inerentes a personalidade após o nascimento com vida.

Neste norte, baseando-se na Teoria Pré-concepcionista após a fecundação do espermatozoide no óvulo, este passa a ser legítimo a suceder, porém uma legitimidade dependente do nascimento com vida aparado na Teoria Natalista, pois dessa forma se evita a procriação irresponsável e ilegal, até mesmo possíveis abortos.

3. Proibição da Distinção Entre os Filhos

3.1. Constituição da República de 1988

A Constituição Federal com apenas um artigo e parágrafo espancou séculos de distinção entre filhos. Reza o §6.º do art. 227 da CR/88 “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Gagliano (2011) acena que não há, pois, mais espaço para a distinção entre *família legítima e ilegítima*, ou qualquer outra expressão que deprecie ou estabeleça tratamento diferenciado entre os membros da família. A filiação é algo natural da vida, para ser filho é desprezável o vínculo conjugal com validade, aponta

Gagliano (2011), união estável, concubinato ou mesmo relacionamento amoroso “adulterino”, devendo todos os filhos ser tratados da mesma forma.

Para Paulo Alexandrino (2009), nossa atual Constituição tem forte caráter cidadão e socialdemocrata. Ela preza fortemente pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que vai trazer outros subprincípios que, regularam basicamente todo direito Constitucional e Infraconstitucional. Deste modo, aponta Pereira (2007, p. 92), “a nova tipificação de modelo familiar é mais adequada às novas realidades sociológicas, por ser mais autêntico e mais igualitário, possuindo caráter menos opressor e dessa forma, menos formal”. Toda evolução social é em decorrência da mutação Constitucional. É plausível perceber o modo com que a CR/88 preserva o ser humano em si, no caso concreto em análise, quando se depara com a “lacuna” da lei existem técnicas teóricas que evoluíram para melhor.

Anteriormente, sempre que houvesse uma lacuna legal, era obrigatório utilizar o critério de colmatação previsto na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, art. 4.º, donde o princípio somente era utilizado quando não coubesse a aplicação da analogia e do costume, mas frequentemente é possível observar decisões do STF que em se tratando de lacuna, havendo princípio constitucional aplicável, não há mais, pois o princípio é norma como se verá em seguida através da Teoria da Normatividade dos Princípios de Robert Alexy.

É o que ocorre em todos os casos encontrados “sem lei” na questão da reprodução assistida. Desta forma, nenhum procedimento ou técnica

poderá ferir o princípio da dignidade da pessoa humana. Importante frisar o grande alargamento do direito do filho com o surgimento do parentesco socioafetivo que prestigia a verdade afetiva frente à realidade biológica, ou seja, o amor gera por si mesmo, direito e obrigações irrevogáveis, para o resto da vida, a filiação genética, ou o vínculo consanguíneo perde o significado quando este é de fato.

3.2. Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 segue os princípios da Constituição da República de 1988 e os direitos fundamentais. Por séculos houve discriminação na matéria de Família, grandes doutrinadores esboçam que uma das áreas do Direito brasileiro que mais foi alterada e que ganhou força por sua justeza foi o Direito de Família. Neste norte, afirma Lôbo (2011, p.217-218), “o princípio da igualdade na filiação veio para reprimir qualquer interpretação que se refira a desigualdade de tratamento aos filhos, acarretando a extinção dos traços diferenciadores nas relações no que concerne aos laços de parentesco”.

Reza o art. 1.596 do Código Civil transcrevendo o §6.º do art. 227 da Constituição da República, onde está proibida a distinção ou discriminação de qualquer espécie de parentabilidade, Gagliano (2011) trata muito bem da matéria quando expõe que o reconhecimento da igualdade dos filhos, independe da forma como concebidos, culmina por se desdobrar na importante noção de veracidade da filiação, regra principiológica fundamental. Este princípio consiste em que o ordenamento jurídico, o Estado, não poderá interferir criar óbice para o

processo de reconhecimento voluntário ou não de relação de parentesco, principalmente do estado filiação.

4. Princípios Basilares Dos Direitos Da Criança e do Adolescente

4.1. Princípio do Melhor Interesse da Criança

A nomenclatura do princípio por se só já conceitua sua finalidade: o melhor interesse da criança. Segundo Andrea Rodrigues (2010), “a origem histórica está no instituto do *parens patri* do direito anglo-saxônico, pelo qual o Estado outorgava para si a guarda dos indivíduos juridicamente limitados – menores e loucos”. Hoje, através da Convenção Internacional dos Direitos da Criança adota a Teoria da Proteção Integral, logo, o princípio passa a ser adotado para todos os casos que tenham como legitimado o público infanto-juvenil, o que antes não era, pois só era aplicado tal princípio aos casos que crianças e adolescentes estavam em situação irregular.

Em 1813, nos Estados Unidos, a Corte de Pensilvânia reconheceu o melhor interesse da criança na solução de disputas judiciais relacionadas à guarda do filho, no período pós-dissolução da sociedade conjugal dos pais, ensejando a construção da teoria jurídica conhecida como Tender Years Doctrine. Entendeu-se, na época, que a criança, devido a pouca idade, necessitava dos cuidados maternos, o que representou o critério da presunção de preferência materna, posteriormente alterado para a orientação conhecida como *tié*

breaker, ou seja, a teoria que recomenda não haver preferência materna, mas a determinação de que todos os elementos devem ser considerados dentro do princípio da neutralidade quanto ao melhor interesse da criança (GAMA, 2003, p. 458).

O Princípio do Melhor Interesse da Criança não é algo absoluto, é necessário estudar o caso concreto para delimitar soluções litigiosas, porém, com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e nos princípios que se sustenta o Estado Democrático de Direito, a criança e o adolescente tem que ser atendido de forma especial, em todos os atributos, pois estes estão em formação psíquica da personalidade, devem ter uma boa estrutura tanto familiar quanto social para que cheguem a maior idade, ou seja, 18 anos, capazes de administrar de forma segura a própria vida.

Portanto, através da Doutrina da Proteção Integral adotada pelo art. 227 da Constituição da República de 1988 é importante que a criança e o adolescente, sejam sujeitos de Direitos com um olhar diferenciado, pois estes são vulneráveis e deverão ter tratamento desigual para que se iguale no futuro certo de vida digna. Tal princípio assegura de forma eficaz a educação, a saúde, o lazer, a convivência familiar, etc., mas que esta proteção deve ser analisada de forma diligente pelo Estado, pois infelizmente não é o que se tem percebido no passar dos anos.

A jurisprudência pátria já se posiciona sobre a importância do princípio supracitado.

ECA. GUARDA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. Nas ações relativas aos direitos das crianças, devem ser considerados primordialmente, os interesses dos infantes. Os princípios da moralidade e impessoalidade devem, pois, ceder ao princípio da prioridade absoluta à infância, insculpido no art. 227 da Constituição Federal. Apelo provido.

(TJRS – Apelação Cível nº 70008140303 – Rel. Des. Maria Berenice Dias – j. 14/04/04).

Segundo Andréa Rodrigues (2010), “indispensável que todos os atores da área infanto-juvenil tenham claro para si que o destinatário final de sua atuação é a criança e o adolescente. Para eles é que se tem que trabalhar. É o direito deles que goza de proteção constitucional”. Mesmo que esta, em virtude da proteção integral, tenha que colidir com princípios basilares da família. Portanto, se existe a Proteção Integral dos interesses e Direitos da Criança e o Adolescente, se estes gozam de Direitos da Personalidade e melhor interesse. É importante que tenham sua sucessão resguardada, sua quota que lhe é de Direito reservada para que venha a ter um bom desenvolvimento familiar e social.

4.2. Princípio da Isonomia

O art. 227, § 6.º da Constituição da República de 1988 veda a discriminação entre os filhos, logo o filho advindo de técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem* é igualmente legitimado para suceder, ou seja, deve ser tratado juridicamente, afetivamente e

socialmente como um filho, alude o art. 5.º, *caput* da CR/88. “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 (...)”, tornando-se assim, após a interpretação feita deste dispositivo, claro o caráter fundamental do Princípio da Isonomia, assegura Canotilho (1993, p. 562), “trata-se de princípio estruturante dos direitos fundamentais”.

O princípio da isonomia, que conforma o direito de igualdade como direito fundamental, basicamente em sua vertente de igualdade de oportunidades, expressa-se pela tradicional expressão: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades. Isso significa que a desigualdade de tratamento legal deve ter um elemento de discriminação com fundamento racional, ou seja, que se justifique racionalmente. O direito à igualdade impõe ao Estado, portanto, o dever de coibir a discriminação em função de raça, credo religioso, sexo, estado civil, etc. (MARTINS, MENDES E NASCIMENTO, 2012, p. 462).

Portanto, é tratando desigualmente os desiguais que se efetiva a igualdade em determinados casos, neste norte, a criança e o adolescente deve ter um atendimento especial e “desigual” para que seus Direitos sejam realmente efetivados de forma que venha a lhes assegurar um

nascimento e desenvolvimento saudável, ou seja, cabe ao legislador à criação de Leis que “discriminem” para que seja possibilitada a igualdade, uma regra que deixa claro a aplicação do princípio da isonomia é a proibição da distinção entre os filhos, art. 226, § 6.º da Constituição da República de 1988, mas nesse caso não há que se falar em discriminação legal e sim e inclusão igualitária.

Neste interim, a desigualdade que era trazida em razão do estado de filiação por adoção ou de filhos havidos da relação extraconjugal, no mesmo sentido no Código Civil de 1916 que por razão científica não previa a filiação advinda de técnica de reprodução assistida, precisou ser expurgada e, sendo assim, em razão da desigualdade material, fora criado o dispositivo supracitado para que se alcançasse a igualdade entre os filhos, importante frisar que essa igualdade não versa somente a alguns direitos, mas a todos os Direitos inerentes à personalidade à vida digna.

4.3. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é humanamente um tanto quanto subjetivo, todavia, com uma força material objetivada por diversos emanadores de normas, neste norte, é muito difícil conceituar ou explicar o que é e o que alcança tal princípio, é importante frisar que ele é um princípio basilar de todo ordenamento jurídico, espancado no art. 1.º, Inc. III da Constituição da República de 1988, ou seja, fundamento do Estado Democrático de Direito, caso tenha sua aplicabilidade abalada, conseqüentemente o Estado e a Democracia também serão abalados. Consagra Maria Berenice (2011, p. 65), que “é o

maior, fundamento do Estado Democrático de Direito, senso afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal”, afirma a mesma autora ter o princípio valor nuclear da ordem constitucional.

A dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana: pelo simples fato de ‘ser’ humano, a pessoa merece todo o respeito, independentemente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição social e econômica. Nesse sentido, o conceito de dignidade da pessoa humana não pode ser relativizado: a pessoa humana, enquanto tal, não perde sua dignidade quer por suas deficiências físicas, quer mesmo por seus desvios morais. Deve-se, nesse último caso, distinguir entre o crime e a pessoa do criminoso. O crime deve ser punido, mas a pessoa do criminoso deve ser tratada com respeito, até no cumprimento da pena a que estiver sujeito. Se o próprio criminoso deve ser tratado com respeito, quanto mais a vida inocente (MARTINS, MENDES E NASCIMENTO, 2012, p. 448).

Enfatiza-se se a dignidade é somente pra aquele ser que tem vida? Daí, o surgimento das Teorias que apontam quando inicia a vida, neste, acreditamos na Teoria Pré-concepcionista que entende que a vida inicia antes da nidação, ou seja, após fecundação do espermatozoide no óvulo, conseqüentemente iniciando a vida neste momento é conhecida no

mundo fático que este passa a ser sujeito de direito, dos alimentos gravídicos, a indenização por danos morais v.g., o caso da cantora Wanessa Camargo, dentre outros. A dignidade da Pessoa Humana está claramente exposta em todos os sentidos da vida humana, seja ela em qualquer momento, basta o sujeito ser um ser, ter uma expectativa de desenvolvimento e avanço para que todos os direitos inerentes à pessoa sejam respeitados.

Portanto, reconhecer o direito à vida, a presunção de paternidade é respeitar a dignidade humana, se reconhecem os direitos inerentes à personalidade, estes arrastam por si só os direitos sucessórios. Segundo Maria Berenice (2011, p. 65), “é impossível uma compreensão totalmente intelectual e, em face de outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos”, nesse norte, se o pai e a mãe recolhem o respectivo material genético é, por que, logicamente, indiscutivelmente, eles querem ter um filho e estão procurando estabelecer de imediato ou mediato a utilização da respectiva técnica de reprodução assistida, logo, o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser explicado para fundamentar esta posição particular do casal, ele existe para protegê-los, independentemente de justificativa, pois a prole, sem dúvida é um dos principais objetos de proteção, não só da dignidade humana, mas do princípio maior, a vida. Por fim, é com o magistério de Maria Berenice (2011, p. 66), “o princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para sua ação positiva”.

Com grandiosidade, novamente Maria Berenice (2011, p. 66), “a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem”. Neste norte, o direito de ter um filho, seja por qual método, desde que lícito e não viole a própria dignidade humana é objeto principal de proteção integral, a criança que está por vir, deve ser tratada desigualmente para que no futuro se torne igual, em vida, dignidade, educação, se o próprio texto constitucional veda a discriminação, basta que o homem, dotado de conhecimento divino, acompanhe e reconheça que a evolução científica neste caso concreto veio para trazer a felicidade, mesmo com a constitucionalização do direito é importante preservar a qualidade do Direito Civil como Privado. O colhimento do material genético é uma declaração de vontade que a dignidade da pessoa humana protege, e irá proteger sempre.

5. A divisão tradicional do direito brasileiro e o constitucionalismo

5.1. Direito Público

O direito tradicional brasileiro é dividido em dois ramos, público e privado. O direito público consiste em nortear uma coletividade, o interesse da sociedade como um todo, se atendo ao direito e interesses de um grupo, ou seja, de toda uma coletividade, da sociedade, mas sempre visando à harmonia social das pessoas físicas quanto jurídicas, consiste na interação social com o Estado e também nas relações de entidades e órgãos estatais entre si, que somente alcança a conduta individual de forma indireta ou reflexa. Uma característica importante do

direito público é que por sua força existe uma desigualdade nas relações jurídicas por ele regida sobre o prisma da prevalência do interesse público nas relações com o privado, segundo Marcelo Alexandrino (2011), o fundamento da existência dessa desigualdade, portanto, é a noção de que os interesses da coletividade devem prevalecer sobre os interesses privados. Não esquecendo que o Estado sempre opera por força da lei e respeitando-a, respeitando o princípio da legalidade e demais, todavia o Direito Público é uma gama de áreas voltadas para uma harmoniosa convivência social, entre o Estado e o povo, tendo que não somente criar leis para defender interesses da sociedade, mas mecanismos que assegurem que o próprio Estado não violará os Direitos dos cidadãos. No direito Público como dito, só seria válido aquilo que está autorizado normativamente.

5.2. Direito Privado

No Direito Privado, aquilo que não é proibido é permitido, tem por forma principal nortear as relações e os interesses particulares regendo-se pela igualdade e liberdade, tendo em vista possibilitar um convívio harmonioso das pessoas e uma harmonia na fruição de seus bens, diferentemente do direito público, no direito privado há uma característica importantíssima de igualdade nos polos nas relações. Segundo Marcelo Alexandrino (2011), mesmo quando o Estado integra um dos polos de uma relação regida pelo direito privado, há igualdade entre as partes.

5.3. Constitucionalização do Direito Civil

Após uma síntese de Direito Público e Direito Privado, chega-se a um dos fundamentos para garantir a sucessão *post mortem*, objeto deste trabalho. A Constitucionalização do Direito como um todo é matéria da atualidade em que há diversas discussões, mas que aos poucos a necessidade de efetivação de tal premissa estar-se-á pacificada, mas no âmbito do Direito Civil é chamada de constitucionalização do direito civil ou de direito civil constitucional que consiste em uma imposição de leitura dos institutos de direito civil segundo a [Constituição da República de 1988](#). A afirmação que a norma em razão deste novo modo de leitura perde sua particularidade é negativa. Pelo contrário, não perde a característica de direito privado, o que ocorre, é uma evolução legal e justa em que o direito privado é interpretado conforme a [Constituição](#) da República, ou seja, a norma civil não pode emanar força normativa que não respeite as regras Constitucionais, tendo que criar mecanismos para efetivação do que emana a Lei maior, a Constituição da República.

A utilização da expressão Direito Civil Constitucional encontra raízes na doutrina Italiana de Pietro Perlingieri. No início de sua obra, Perlingieri aponta que a Constituição funda o ordenamento jurídico, pois “o conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera. Não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem ordenamentos jurídicos, cada

um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora” (TARTUCE, 2013, p. 54).

Conceituar o Direito Civil Constitucional parece matéria impossível, porém, muito simples, neste sentido, Gustavo Tepedino *apud* Flávio Tartuce (2013, p. 55), “o direito Civil Constitucional, portanto, está baseado em uma visão unitária do ordenamento jurídico, grandes doutrinadores como Gustavo Tepedino, Giselda Hironaka e Paulo Lôbo defendem uma urgente nova releitura do Código Civil de 2002 e das Leis extravagantes a luz da Constituição da República de 1988, ou seja, quando a Constituição da República em um só parágrafo, art. 227, § 6.º veda a distinção entre os filhos coloca a teste de Constitucionalidade dispositivos Civilistas, como o art. 1.798, dentre outros.

Afirma Flávio Tartuce (2013, p. 55), que “os próprios constitucionalistas reconhecem o fenômeno de interação ente o Direito Civil e o Direito Constitucional como realidade do que se convém denominar de *neoconstitucionalismo, ou da invasão da constituição*”. Existem lições que melhor traduzem o cenário atual da nova metodologia jurídica de interpretação do ordenamento brasileiro, aduz Gustavo Tepedino (2004, p. 1-22), “três são os princípios básicos do Direito Civil Constitucional: o primeiro deles, dignidade da pessoa humana, segundo, solidariedade social, por fim, o princípio da isonomia ou igualdade *lato sensu*”. É, algo que entusiasma o maior legitimado, o povo brasileiro, também aqueles que sonham com um Brasil mais justo,

pois tendo como premissa legislativa, uma unidade, a Constituição da República de 1988, não será simples a aprovação de normas que violem os Direitos Fundamentais, assim como qualquer outra fonte Constitucional.

6. Teoria da Normatividade dos Princípios

Os princípios ao decorrer da história evolutiva e fases do direito já tiveram diferentes aplicações, mas principalmente tratando da normatividade dos princípios, pois nem sempre houve aceitação, e até hoje não há uma evidente aceitação, porém há algum tempo já se falavam na importância da força normativa que o princípio deve assumir. Norberto Bobbio (1996), dizia que “a palavra princípios leva a engano, tanto leva que a velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas como todas as outras. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras”. Robert Alexy (1995) trazia um apontamento da inadmissibilidade do princípio como não sendo uma regra, “o direito possui uma estrutura aberta que o permite, frente a um “caso duvidoso”, criar uma vinculação entre o direito e a moral. É aqui, então, que tem o argumento dos princípios”.

O autor aponta que sempre acontecerá uma abertura do direito, donde a lei codificada não irá alcançar, pois o direito não prevê um litígio, ela aguarda os litígios para solucioná-los, existindo também a possibilidade de conflito entre normas.

No plano da teoria das normas, o neoconstitucionalismo alçou os princípios à condição de norma, e norma basilar do

ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico se constitui, assim, de regras e princípios, sendo que estes, além de funcionarem como norma, funcionam como fundamento das demais regras. Os princípios constitucionais se tornam o fundamento axiológico das demais regras, sendo a chave para a construção de um ordenamento jurídico justo e adequado às sociedades contemporâneas (BONAVIDES, 2006, pp. 288-289).

Com a chegada do pós-positivismo, fase inaugurada nas últimas décadas à força normativa dos princípios ganha campo como forma de contestação ao positivismo estrito. Nesta fase o princípio é visto como principal fonte de regulação legal, trazendo um conceito que muda a história do direito, donde não mais os princípios derivam das leis, e sim, as leis que derivam dos princípios, hoje existe uma supremacia dos princípios em relação com as demais normas. No Brasil há pouco tempo atrás foi julgado no STF e decidido o caso de nepotismo com base na força normativa de um princípio geral.

Consagrando a Teoria da Normatividade dos Princípios em José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1.160, 1.161), Ronald Dworkin (2002, p. 35, 46) e Robert Alexy (2001, p. 86, 87), pode-se afirmar que o Princípio é mandamento de otimização, neste sentido, utilizando a ponderação para solução de determinado caso concreto, ou seja, quando há o choque de mais de um Princípio, havendo o sopesamento aquele que não terá aplicabilidade não é expurgado do ordenamento

como as demais normas, apenas não é aplicado no determinado caso litigioso, no mesmo norte quando há uma “lacuna” legal, se pode ser aplicado um princípio geral, não existe mais lacuna legal.

7. Reprodução Assistida Homóloga

7.1. Em vida

A reprodução assistida Homóloga se dá com a utilização do material genético do próprio casal, cita Lisboa (2012), o cônjuge varão mesmo é quem fornece o material genético, isto é, o esperma, enquanto é utilizado o próprio óvulo da cônjuge virago. A inseminação artificial homóloga encontra-se no art. 1.597 incisos III e IV do Código Civil.

Tartuce (2013), diz que esses embriões são decorrentes da manipulação genética, mas que não foram introduzidos no ventre materno, *estando crioconservados* em clínicas de reprodução assistida. Existem duas possibilidades, a *in vivo* na qual a fecundação ocorre no organismo feminino e a *in vitro* na qual a fecundação ocorre fora do organismo feminino, porém, depois é introduzido.

O Código Civil como já fora citado não disciplinou sistematicamente a questão da filiação por reprodução assistida, mesmo com algumas certezas, está carregado de questões que acabam tendo que serem solucionadas com princípios fundamentais. Leciona Dias (2011), que na inseminação homóloga não necessita de autorização do marido, que a Cláusula “mesmo que falecido o marido” deve ser interpretada tão somente para fins de paternidade, a corrente que segue o autor, porém o enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil entende que é necessário à

autorização do marido, mesmo na hipótese do art. 1.597, inc. III, do CC/2002.

Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após a morte.

Não paira grandes discussões a cerca da modalidade estudada de técnica de reprodução assistida, pois esta ocorre por consentimento do casal, com uso do material genético do casal, conquanto, sem estes não existiria. A grande motivação de infinitas distinções e batalhas doutrinárias é por consequência da modalidade prevista no inciso III do art. 1.597 do Código Civil “post mortem”. Embora, o direito ao reconhecimento da paternidade já se encontra pacificado, assim como o direito a sucessão, porém, restam dúvidas de como se dará essa sucessão.

7.2. Post Mortem

Conceitua Gonçalves (2012), que a concepção ou inseminação artificial *post mortem* é realizada com embrião ou sêmen conservado, após a morte do doador (marido ou companheiro), por meio de técnicas especiais, não obstante o informativo 126 da I Jornada de Direito Civil

consagra a necessidade de alterar o artigo no sentido de “fecundação e concepção” artificial.

Informativo 126 – devem ser alteradas as expressões “fecundação artificial”, e “inseminação artificial” constantes respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 para “técnicas de reprodução assistida, pois as encontradas nos incs. III e IV são impróprias, até porque a fecundação ou a concepção obtida por meio das técnicas de reprodução assistida é natural, com o auxílio do técnico, é verdade, mas jamais artificial.

Destarte, o informativo 127 da I Jornada de Direito Civil aponta outra alteração, desta vez, no inc. III do art. 1.597, afim de que conste “havidos por técnica de reprodução assistida homóloga observando os princípios da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana, porque não é aceitável o nascimento de uma criança sem pai”. Logicamente sem o registro na certidão de nascimento, já que se presume a paternidade nesta técnica estudada, porém a família monoparental que está por ser formada é totalmente aceitável nos dias atuais aplicando o princípio da dignidade da pessoa humana no sentido de que uma pessoa “sozinha” tem direito a um projeto parental.

Mas, é sobre essa possibilidade de reprodução assistida que paira infinitas discussões jurídicas. De fato o Direito Civil é privado e o Estado deve interferir no mínimo possível, para que este poder soberano não venha a interferir no âmbito “alheio”. A corrente majoritária e a própria

Lei já prever a possibilidade da técnica de reprodução, mas com algumas condições, uma delas é que a mulher esteja no estado de viúva, o que sofre grande crítica no cenário doutrinário pela Autora Maria Berenice Dias como citada anteriormente que tal condição é absurda.

Lisboa (2012) acena que A Lei Civil atribuiu efeitos jurídicos à reprodução assistida homóloga, determinando presunção de paternidade de quem cedeu o material genético. Para tanto, deve haver o consentimento prévio do marido. Quando falecido o marido, embora haja grande distinção em relação à formalidade da autorização, mas é necessário que se tenha uma autorização que tenha sido redigida em vida pelo marido e que desta não tenha sido sucedido qualquer revogação expressa do documento, ou seja, que antes da morte o marido tenha desistido da utilização da técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*.

Observa-se que o código não prever qualquer que seja a formalidade desta autorização, mas alguns doutrinadores pátrios seguem a corrente de que esta formalidade deve ser a da parte geral do Código Civil, a da regulação geral da forma e da prova do ato e do negócio jurídico.

Nestes casos, no sentido de direito da personalidade está mais que pacífico o entendimento de direito do filho a qualquer tempo, ocorrem casos em que o pai autoriza a inseminação, mas não assume, é importante citar a súmula de nº 149 do STF que prevê a imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade.

Segundo Pinto (2008), o marco inicial das discussões sobre a Inseminação Artificial Homóloga post mortem, originou-se do romance protagonizado por um casal francês que enxergava na utilização desta técnica a única chance de realizar o sonho de gerar filhos. O caso do “Affair Parpalaix” em 1984 que narra à história de um casal apaixonado em que o futuro marido descobriu um câncer nos testículos que após o processo de quimioterapia ficaria estéril, este procurou um centro de reprodução para conservar seu sêmen, após o casamento e em uma tentativa sexual veio a óbito e logo depois a esposa descobriu que não estava grávida, procurou o centro onde se encontrava guardado o material genético do seu falecido esposo e propôs a inseminação, o que não lograra êxito, pois no país a Lei não previa hipótese de inseminação *post mortem*, depois de uma longa batalha no judiciário a viúva conseguiu que fosse feita a inseminação, mas infelizmente não fora possível, pois o material genético não mais estava fértil.

8. Direito Das Sucessões Brasileiro

Onde há sociedade, está o Direito, é com a interação social e as diferentes formas de pensar, viver, que o Estado Democrático cria suas Leis para que sejam efetivadas em sua soberania, o direito não pode ser inerte, ele deve acompanhar a evolução social com muita cautela, são diversos exemplos atuais: Lei Maria da Penha, União Homoafetiva, Lei Seca, enfim. É com a ascensão da teoria da normatividade dos princípios, que temas como este ganha alta relevância social, até por que está diante de um direito personalíssimo, que o de reconhecimento de parentabilidade e por consequência o direito sucessório.

Reza o art. 1.798 do Código Civil de 2002, legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Inegável que a herança se transmite no momento da morte em decorrência da *saisine*, mas ao mesmo tempo é importante frisar que herança e sucessão são coisas distintas.

Após muita discussão em relação às presunções de paternidade, diante do conflito de princípios e o juízo de ponderação, chega-se ao problema geral da pesquisa que é a sucessão de filho advindo de técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, Gonçalves (2012) aponta criteriosamente que em princípio, não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte (CC. art. 1.784). Essa questão muito bem já discutida é temerosa, e conflituosa, restando para doutrina e a jurisprudência trazer uma pacificidade da demanda.

Dias (2011) cita que cabe lembrar que a legislação não proíbe a inseminação *post mortem* e a Constituição consagra a igualdade entre os filhos. Portanto não se deve sustentar ou dar guarida a legislação infraconstitucional restritiva de direitos, em respeito ao princípio e o direito de planejamento familiar, Gonçalves (2012) aponta ainda que não há como esquivar-se, todavia, do disposto nos arts. 1.596, 1597, inc. III do CC e 227, § 6.º, da CR/88, pois um reconhece e presume concebido na constância do casamento os filhos advindos da inseminação artificial homóloga *post mortem*, o outro restritivamente proíbe, veda a distinção e discriminação entre filhos em valoração ao direito de parentabilidade,

dessa forma, nada obsta a sucessão de filho advindo da utilização de técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*.

Cabe, por fim, ressaltar que na sucessão testamentária incluem-se também os filhos não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas ao se abrir a sucessão. Importante ficar atento a um prazo que advém de um critério de colmatação de lacuna, a analogia, se inclina a doutrina a fixar o prazo de dois anos para que ocorra a concepção, fazendo analogia ao prazo para a concepção da filiação eventual.

9. Reserva Sucessória

Após todos os mecanismos que foram utilizados para pacificar o direito sucessório de filho advindo da utilização da técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, constitucionalização do direito civil, força normativa dos princípios, dentre outras, a Reserva Sucessória é o mecanismo de pacificação para todas as discussões anteriores que surge para preservar o direito do filho já concebido ou vivo e também do que está para ser concebido. Tempos atrás, o direito não tinha como versar sobre a sucessão *post mortem* no nível que hoje se encontra, pois as técnicas científicas eram “tímidas”. Porém, atualmente, após toda uma revolução científica, com o Direito se tornando cada dia mais humano e justo, pode-se não somente pensar no direito sucessório de filho advindo de inseminação homóloga *post mortem*, mas trazer soluções para efetivar um Direito líquido e certo.

Portanto, a Reserva Sucessória estabelece um mecanismo para reservar parte do patrimônio do *de cujos* com a finalidade de se efetivar a sucessão do herdeiro necessário que está por vir, ou seja, ficará reservada uma quota legal do espólio na proporção das demais quotas para o possível herdeiro. Caso este não venha a adquirir direitos jurídicos e conseqüentemente legitimidade para suceder, esta quota legal será partilhada em partes iguais para os herdeiros que sucederam anteriormente.

Como dito, esta Teoria tem como pilar a finalidade, fundamentação e temporalidade, sem dúvida a mais importante é a temporalidade que vai tratar de até quando este procedimento de reprodução assistida pode ter reflexos sucessórios, pois também é importante não se esquecer dos herdeiros já legitimados, que tem o mesmo direito do filho que está por vir. É necessário estabelecer uma regra para que o inventário transite em julgado, respeitando ao mesmo tempo a segurança jurídica.

É pacífico na Doutrina o direito sucessório *post mortem*, porém, existe uma grande dificuldade de como se dará e há qual tempo, neste norte existe discussão a cerca do lapso temporal em que a viúva poderá utilizar a técnica de reprodução com fim de filiação e conseqüentemente arrastando todos Direitos inerentes a personalidade para sua prole. Nesse norte podem-se encontrar alguns rumos na própria lei, como a petição de herança que tem um prazo prescricional de 10 anos conforme Súmula 149 STF combinada com o art. 205 do Código Civil de 2002; no mesmo

interim por analogia a sucessão testamentária, a prole eventual vide art. 1.800, § 4.º do Código Civil de 2002 tem-se o prazo de 2 (dois) anos para a concepção.

Todavia, foi a evolução da genética que nos trouxe até esta “lacuna jurídica”, e a Lei de Biossegurança de nº 11.105/05 tem algumas peculiaridades justamente baseando-se em estudos científicos, estes atualmente estipulam um prazo de 3 (três) anos no máximo para que a técnica de reprodução assistida estudada seja realizada com segurança e que o filho venha a nascer saudável. Foi baseado nesse estudo que a Lei supracitada em seu art. 5.º estabeleceu “é permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendida as seguintes condições”, inciso II “sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento”.

Registre-se que, observando a atualidade e a visão Constitucionalista do Código Civil, todos os dispositivos citados neste trabalho atendem o Princípio do Melhor Interesse da Criança e da Dignidade da Pessoa Humana. Portanto, a fundamentação desta Teoria se dá através da utilização do Princípio do Melhor Interesse da Criança, da Dignidade da Pessoa Humana, da Isonomia, dentre outros, ou seja, na força normativa

dos princípios; A finalidade é garantir e estabelecer mecanismos para uma efetivação do Texto Constitucional que veda a distinção entre os filhos consequentemente trazendo uma base legal para o direito sucessório *post mortem* e; a temporalidade como explicitado anteriormente, baseando-se no melhor interesse da criança e no seu nascimento saudável, através da pesquisa científica, fica estabelecido um lapso temporal de 3 (anos) a partir do colhimento do material genético, não do falecimento do *de cujos*.

Deve haver uma interpretação conforme a Constituição do art. 1.798 do Código Civil com a finalidade de que se evite uma declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, sendo, extensivamente, incluído como legitimado a suceder nas formalidades legais o filho advindo de técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*.

CONCLUSÃO

Após uma farta exposição de Teorias e princípios que pacificam a legitimidade sucessória do filho advindo de técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, dando uma interpretação a luz da Constituição ao artigo 1.798 do Código Civil, faz-se necessário apelar para o legislativo que seja hábil para evitar uma evidente ação de declaração de inconstitucionalidade do dispositivo citado e outros mais. Neste norte como o critério do prazo para que se possa realizar a técnica de reprodução assistida, é importante salientar que se deve abster-se a quem tem competência científica para tanto, pois, o que estamos aqui

descrevendo é em função da evolução científica que faz necessário o direito regular, não é possível que o Conselho Federal de Medicina legisle norma de caráter geral, porém é interessante que o poder legislativo observe as indicações do mesmo, como dito e percebido na lei de Biossegurança, o material genético está seguro para ser utilizado no máximo em 3 (três) anos.

Portanto, é muito importante observar não só a leitura do artigo 1.798 do CC a luz da Constituição, mas também utilizar a força normativa dos princípios para suprimir a “lacuna” legal, já que, não tem Lei que regule a determinada situação em análise. Lacuna entre aspas, pois o princípio é norma, todas as vezes que se pode aplicar um princípio a um determinado caso concreto, não existe lacuna, neste sentido respeitando os prazos estabelecidos em tópicos anteriores e o princípio da dignidade da pessoa humana em especial, não se pode fechar os olhos para o direito sucessório aqui defendido, se o pai colhe o matéria genético, é sem dúvida, uma declaração de vontade que deseja utilizar da técnica “procriativa”.

Do mesmo modo em que o *neoconstitucionalismo* o Direito Privado não perde sua qualidade e característica, apenas uma “nova roupagem”, é primordial respeitar os interesses dos particulares, que não são proibidos de utilizar da técnica, a Lei não diz que o filho advindo de reprodução assistida homóloga *post mortem* não tem direito sucessório, ela apenas não fala, mas a Constituição da República veda, repudia, proíbe a distinção entre os filhos, o prazo de três anos, desde que bem estruturado e organizado formalmente não irá de maneira alguma

prejudicar o princípio da segurança jurídica, o direito da personalidade e os atributos inerentes a eles em uma possível ponderação, com toda certeza se sobressairiam. Portanto é inadmissível acreditar em um não direito sucessório do filho advindo de técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.98. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales. 2001.

AMIM, Andréa Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos Teóricos e Práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 7. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José João Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003.

_____. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito civil: parte geral**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro, direito de família**, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valderdo. **Tratado de Direito Constitucional**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 4 ed. São Paulo: Método, 2009.

PEREIRA, Sergio Gischkow. **Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PINTO. Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório**. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 04 de Setembro. 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. In: Temas de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Jurisprudência – TJRS
<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/64581766/djpe-09-01-2014-pg-1502>> Acesso em 06 de Abril de 2015.

O MITO DO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL NO ATUAL SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

DIEGO VINÍCIUS CARDOSO: Graduado em Direito - Faculdades Opet (2013), Curso de Preparação à Magistratura e Pós-Graduação lato sensu pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná (2014), atua como Assessor de Magistrado de 1º Grau pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR, atualmente lotado no Fórum Criminal de Campina Grande do Sul - PR, tem experiência na área do Direito Penal e Direito Processual Penal.

RESUMO: Analisa-se a importância e as dificuldades da efetiva aplicação do princípio da verdade real no atual sistema processual penal brasileiro, pois, a sistemática penal permite o afastamento da verdade do resultado do processo. Em base, questiona-se como aplicar este princípio oriundo de outros modelos sistêmicos probatórios, geralmente de caráter inquisitório, o atual sistema acusatório ou sistema misto ou ainda como definido por muitos um sistema inquisitório garantista, quando muito se alcança a verdade reconstruída com base exclusiva nas provas angariadas durante a instrução criminal. A doutrina se divide quanto a forma de aplicação e sistema que melhor se adequa (acusatório puro ou sistema misto), pois na atual legislação penal e constitucional, alguns dispositivos de lei discorrem em sentidos opostos aos ensinamentos doutrinários de acordo com o sistema acusatório adotado em solo pátrio, a exemplo disso, a exposição de motivos do Código de Processo Penal e o artigo 156 do diploma processual penal, que exigem

um juiz mais atuante justamente para atingir a reprodução dos fatos com a maior proximidade da realidade, ou seja, atingir a verdade real, de modo que se percebe dois caminhos distintos, porém como um mesmo ponto de chegada. Na prática é possível perceber que na maioria dos casos é impossível chegar à verdade real, ante as inúmeras dificuldades estatais, bem como a própria sistemática processual penal atual, que permite inclusive o réu mentir, permanecer calado, entre outros fatores que influem diretamente no princípio em estudo.

Palavras-chave: Princípio da verdade real; processo penal; sistemas processuais; princípios constitucionais; Código de Processo Penal.

1. INTRODUÇÃO

Frente a necessidade de uma melhor compreensão acerca do princípio da verdade real no processo penal, o presente estudo busca extrair da doutrina os fatores relevantes desta norma, a fim de obter uma melhor aplicação de modo a limitar excessos dos julgadores na instrução criminal, bem como, realizar uma conscientização geral da impossibilidade de se atingir a verdade absoluta no processo, vez que o atual sistema processual penal não permite e somente as pessoas envolvidas de fato na ação criminosa e que compõem a ação penal poderiam trazer aos autos a verdade dos fatos, mas como seres humanos, a verdade possivelmente seria apresentada sob óticas diferentes, e mais uma vez o que se atingiria seria uma verdade aproximada, ou então, se atingiria uma verdade processual.

Ada Pellegrini Grinover neste sentido se posiciona “verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele”[\[1\]](#).

Como de sabença no âmbito jurídico, em alguns casos logra-se êxito na reconstituição da verdade por meio de uma boa investigação e um bom conjunto de provas. Noutros casos, não se chega a tanto, e nesses casos é preciso chegar a uma decisão, sendo ela justa e de acordo com as atuais normas constitucionais vigentes.

Conforme dito alhures, o estudo se funda na exposição dos motivos que levaram a criação do princípio da busca da verdade real ao longo de toda a história, com fulcro na pretensão de conceituar a verdade de acordo com os grandes filósofos, que já discorreram sobre o tema.

A esse respeito São Tomás de Aquino, em uma das suas renomadas obras, *SummaTheologica – Quaestiones disputate de veritate*, construiu uma importante linha de raciocínio sobre a verdade:

[...] a verdade lógica ou a verdade do conhecimento (verdade gnosiológica), que corresponde ao sentido fundamental da verdade, não pode existir com total independência da “verdade ontológica” (verdade da coisa, transcendental ou metafísica), segundo a qual deve haver conformidade das coisas com a inteligência, ou seja, as coisas devem ser inteligíveis para que possam ser declaradas verdadeiras[\[2\]](#).

Nessa toada, permite-se construir uma base sólida, a fim de aclarar o objetivo e a aplicação do princípio da busca da verdade real no processo penal, com espeque nos estudos dos doutrinadores e juristas consagrados que dissertam sobre o tema, bem como realizar um exame da forma que tal princípio é interpretado pela doutrina.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL

Preambularmente, é necessário destacar que a verdade no processo penal não é absoluta, tampouco uma certeza concreta, haja vista a complexidade de se alcança-la na medida em que depende de uma condição humana, portanto, trata-se de uma “verdade relativa”. Importante apontar também que não existe distinção entre verdade e realidade, ao passo que a expressão verdade real possui um vício pleonástico.

A verdade a ser atingida no processo penal requer a adequação da demonstração da verdade respeitando as regras do jogo, ou seja, respeitando todo o ordenamento jurídico, os procedimentos, os ritos, as formas, os princípios, etc. O jogo (processo criminal) é o meio para efetivar a prestação jurisdicional a sociedade, objetivando punir e ressocializar aquele que infringir a lei, a fim de garantir a ordem pública, gerando a segurança daqueles que cumprem as normas jurídicas.

Nesse diapasão, o jurista Guilherme de Souza Nucci faz uma crítica sobre o princípio, no que toca sua idealização e aplicação frente a atual realidade e as dificuldades enfrentadas para efetivamente atingi-lo:

... proporciona, no processo penal, inúmeras aplicações frutíferas, embora gere, também, expectativas impossíveis de serem atendidas. A começar pelo conceito de verdade, que é sempre relativa, até findar com a impossibilidade real de se extrair, nos autos, o fiel retrato da realidade da ocorrência criminosa. Ensina Malatesta que a verdade é a “conformidade da noção ideológica com a realidade” e que a certeza é a crença nessa conformidade, gerando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato, sendo possível que essa crença não corresponda à verdade objetiva. Portanto, pode-se afirmar que “certeza e verdade nem sempre coincidem; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro; e a mesma verdade que parece certa a um, a outros parece por vezes duvidosa, quiçá até mesmo falsa a outros ainda[3].

Seguindo essa linha, nota-se que a dificuldade de aplicar o princípio é o fato de que a “verdade” se modifica com cada interpretação, de cada indivíduo, chegando a conclusões distintas, para um o fato é verdade, a outro a questão é duvidosa, e outro ainda pode concluir por uma falsidade.

2.1. O fato, a verdade e a certeza

Nos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, transcritos a pouco, se falou de fato, verdade e certeza, de forma sucinta, merecendo

melhores esclarecimentos acerca de suas definições neste tópico, face a importância de sua devida demonstração para desenvolver um correto raciocínio.

Emmanuel Kant define que fatos “são os objetos dos conceitos cuja realidade objetiva pode ser reprovada tanto pela razão quanto pela experiência: no primeiro caso, com base em dados teóricos ou práticos; em qualquer caso, por meio de uma intuição correspondente^[4]”.

Trazendo o conceito para uma definição mais modesta, é possível dizer que fato nada mais é do que a modificação da realidade existente.

Chegamos ao ponto principal do tema, a verdade propriamente dita. A partir disso, temos como definição de verdade segundo o Minidicionário da Língua Portuguesa Houaiss “o que está de acordo com o real; exatidão; procedimento sincero; sem fingimento; verdadeiro^[5]”. Ocorre que, é condição inerente do ser humano, promover a demonstração de fato pretérito (que já é a modificação da realidade) objeto de discussão, da forma que lhe for mais favorável, de modo a afastar o fato da verdade real, daí surge a dificuldade e talvez a utopia de se aplicar o princípio da verdade real no processo penal.

A certeza, por sua vez, destoa em muito da verdade. Pode-se definir certeza como uma ideia verdadeira, ou uma crença em determinada conformidade com o fato, gerando uma posição sólida amparada em argumentos plausíveis que muitas das vezes não condizem com a realidade ou com a verdade real.

Daí, visualizamos o judiciário, o processo criminal, pois, na matéria penal em verdade, conseguimos talvez buscar uma certeza, diria até que a verdade real é inatingível considerando aquela condição humana dito anteriormente, de sempre demonstrar o fato da forma que mais lhe beneficie, ou menos lhe prejudique, afastando a verdade real do processo.

2.2. A busca da verdade e a finalidade do processo

Ideia central e de suma importância, sabemos que a verdade é fruto da inteligência humana, e sua busca constitui uma ambição extrema do intelecto, ao passo que o ser humano não possui controle absoluto da verdade.

Essa busca não é recente, no passado, os Romanos já diziam “*Nihil est veritatis luce dulcius* (nada é mais doce do que a luz da verdade), e aproximando essa busca para o ramo do Direito, é incontestável essa necessidade para a correta aplicação da lei.

Desse modo, conclui-se que é necessário descobrir a verdade para que a lei seja corretamente aplicada, e descobrir essa verdade é demonstrar conhecimentos convincentes a alguém, no caso o aplicador da lei (Juiz).

Entretanto, não se pode confundir o fim do processo com a busca da verdade, ou seja, a atingimento da verdade não significa o final do processo, tampouco devemos concluir que o processo somente acabará com o descobrimento da verdade.

Seguindo a linha doutrinária moderna, processo nada mais é do que um meio utilizado para dar efetividade ao direito material.

Porém, atualmente vê-se o Processo Penal tem por finalidade a aplicação do Direito Penal material, instrumento de justiça e em garantia da liberdade. Destaca-se, a finalidade principal do processo é a de produzir justiça, e para isso se torna imprescindível que o juiz se convença de que a verdade foi desvendada por meio da reconstituição formal dos fatos.

2.3. O Direito e a verdade

Alguns filósofos e juristas dissertam que o Direito não é necessariamente conforme a verdade, pois ele é recebido apenas como uma reconstrução da realidade. Logo, a verdade como reconstrução da realidade é impossível, e a única coisa que se pode atingir é “uma verdade judicial” ou “verdade possível”, mas não a verdade pleonástica (verdade real).

Nicola Malatesta em uma de suas obras ensina que *a verdade, em regra, é a conformidade da noção ideológica com a realidade, enquanto crença na percepção desta conformidade é a certeza, por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso, e por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro.*^[6]

De outra banda, a verdade “possível”, ainda segundo Malatesta, também não atende todas as exigências do procedimento constitucional/penal, pelo simples fato de que probabilidade não é suficiente para prolar uma sentença penal condenatória:

[...] Dizem alguns e repetem-no quase todos os tratadistas, que a certeza em matéria criminal não é senão uma probabilidade. Eis uma afirmação falsa do ponto de vista da lógica e falsa e perniciosa do

ponto de vista do direito. Afirmção que funciona como entorpecente sobre a consciência do magistrado, adormecendo nele aquele sentido de trepidação, a salvaguarda da justiça, enquanto faz sentir viva a necessidade de investigações para chegar com certeza à verdade. Por isso a sua conclusão de não bastar a simples probabilidade para pronunciar condenação com justiça: Desde que se encontre um motivo para não crer digno de ser levado em consideração, falta a certeza e não se pode condenar [...] [7].

Mas, se a verdade processual é insuficiente, não é válida para embasar uma sentença penal condenatória, como chegar ao fim do processo se a reconstrução da realidade é inatingível face as condições intelectuais do ser humano, e se não bastasse temos ainda que nos deparar com as inúmeras nequices estatais, como investigações falhas, perícias inconclusivas, etc. Em verdade, hoje ainda, para se findar um processo criminal procura-se apenas atingir a verdade material (em muitos dos casos), princípio que será discutido e conceituado no próximo tópico.

2.4. Princípio da verdade material

O princípio da verdade material, também conhecido por princípio da “verdade real” ou da “verdade substancial”, embora o legislador não tenha conceituado expressamente, o seu valor jurídico até os dias atuais é inegável. A verdade material condiz a um juízo de valor

obtido por meio das provas produzidas no caderno processual, e toda decisão condenatória, para ter validade, exige ser prolatada em conformidade com a verdade demonstrada a partir das postulações das partes e das provas acostadas dos autos.

Marco Antônio de Barros, assim descreveu o referido princípio:

[...] o princípio da verdade material correspondia à regra em razão da qual o juiz vela pela conformidade da postulação das partes com a verdade real, a ele revelada pelos resultados da instrução criminal. Partindo-se dessa conceituação, entendia-se as partes, no processo penal, achavam-se vinculadas por tal forma à verdade material, que ao juiz, e não a elas, é que incumbia definir, segundo sua convicção, os termos da questão, como deveriam postular-se, e os meios de prova, como haveriam de ser produzidos[8].

É sabido pelos estudiosos que no processo penal, que nunca foi suficiente aquilo que tem aparência de verdadeiro, porém, a busca da verdade material visando introduzir no processo a reprodução que mais se aproxima de sua realidade.

Consoante largo entendimento, afirma-se que é por meio da aplicação do princípio da verdade material que o juiz passa a conhecer a verdade como ela é na realidade, desprovida de qualquer artifício.

A partir desses elementos de convicção é possível dizer que a verdade material é um resultado intelectual da reprodução plena de uma

fato, mas é importante verificar a forma utilizada para tal reprodução, como investigação esmiuçada, perícias conclusivas, sopesar depoimentos, etc., produzida e acostada nos autos de processo, quase que utilizando-se de um antigo e ultrapassado chavão jurídico “o que não está nos autos, não está no mundo”.

Os defensores deste princípio sustentam que ele é determinante para prover o interesse público. Mais uma vez citando Marco Antônio de Barros, ele faz uma respeitável afirmação:

[...] certo é que o princípio da verdade material congrega uma série de questões relativas à busca da verdade, principalmente aquelas que caracterizam a participação interativa do juiz na instrução do processo, tendo em vista os poderes que a própria lei lhe conferiu [...] [9].

Repisando o que já foi dito anteriormente, será que atingir a verdade material é o suficiente nos dias atuais? Para responder a essa questão, primeiro é necessário discorrer sobre o princípio da verdade formal.

2.5. Princípio da verdade formal

Este princípio permite ao juiz ser mais permissivo na apuração dos fatos, sem todo aquele rigor da exigência de diligenciar *ex officio* com o fito de descobrir a verdade, ou seja, o juiz se afasta da produção da prova e se contenta com a verdade demonstrada pelas partes.

O princípio da verdade formal trata-se de uma opção de política criminal que objetiva favorecer o encerramento de litígios

buscando neutralizar a parcialidade do Estado-Juiz e restabelecer a paz social.

Para fim esclarecedor, Guilherme de Souza Nucci faz a diferenciação do princípio da verdade real e o princípio da verdade formal:

[...] Não questionamos que a verdade é uma e sempre relativa, consistindo busca inviável no processo, encontrar a realidade dos fatos tal como ocorreram. A verdade é apenas uma noção ideológica da realidade, motivo pelo qual o que é verdadeiro para uns, não o é para outros. O que a distinção almeja atingir é a demonstração de finalidades diversas existentes nos âmbitos civil e penal do processo. Enquanto na esfera cível o magistrado é mais um espectador da produção da prova, no contexto criminal, deve atuar como autêntico co-partícipe na busca dos elementos probatórios [...][\[10\]](#).

Pois bem, no princípio da verdade formal o magistrado não se dispõe no sentido de apurar *ex officio* a realidade do fato. A verdade formal, por óbvio também decorre da inteligência humana, e considerando que ela também pode não ser totalmente condizente com a realidade, mas, produz os efeitos da dita “verdade judicial”. Entretanto, isto não desnatura a decisão que encerra o processo criminal, ao passo que as diligências jurisdicionais se abancam no acervo probatório

que floresce a verdade formal, sem que haja qualquer empecilho para a atividade jurisdicional.

Vale transcrever o posicionamento do Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Dr. Marco Antônio Barros:

[...] Todavia, é bom ressaltar, não se trata de uma verdade destituída de qualquer suporte probatório, pois a presunção em espécie deve ser fruto de uma dedução lógica condizente com um fundo de verdade extraído da prova apresentada nos autos por uma das partes. Até porque, como diziam os romanos, *ubi non potest cadere veritas ibi fictio non cadit* (onde não se pode admitir a verdade, aí também nem a ficção) [...] [\[11\]](#).

Seguindo esses critérios, podemos concluir que no processo penal, nada é absoluto sem provas, nem a confissão do acusado quando ela não se consolida com as demais provas produzidas, tampouco com a decretação da revelia do réu. Ao contrário, do que ocorre no processo civil, que prevê situações que implicam no reconhecimento da verdade e na confissão.

3. A BUSCA DA VERDADE FRENTE OS DIREITOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por certo, provocou a revogação de vários dispositivos do Código de Processo Penal de 1942, bem como de leis processuais esparsas.

Essas mudanças e/ou alterações e/ou métodos utilizados tem como propósito assegurar a apuração da verdade, que frente a história variou de acordo com a conveniência e com a ocasião oferecida pelos dessemelhantes regimes de governo.

Com relação a Constituição Federal de 1988 propriamente dita, a qual encontra-se em pleno vigor, é notória sua interferência no campo da apuração da verdade. Um bom exemplo, que nos dias atuais parece ser grosseiro, porém a história demonstra que não, é o preceito que assegura ao preso o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do artigo 5º, inciso XLIX, da CF/88. Em linhas gerais a Carta Magna passou a garantir aos acusados tratamento alinhavado com o princípio da dignidade humana.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, pelo menos formalmente, foi abolido qualquer meio agressivo ou degradante contrário aos direitos humanos, anteriormente utilizados objetivando o descobrimento da verdade. Amostra disso, é a redação dada ao artigo 5º, inciso III da CF/88, *“ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”*.[\[12\]](#)

Esse compromisso de tratar o réu com dignidade é reforçado pelo inciso LXIII do artigo 5º da CF/88, que garante ao preso o direito de permanecer calado, não podendo essa situação ser considerada em seu desfavor. Em verdade, são muitas as garantias contidas na Constituição de 1988 que produzem efeitos no processo criminal, e mais especificamente na busca da verdade real, talvez a mais famosa delas, é

aquela que permite o réu a mentir, sem que haja crime ou qualquer punição, o que influi diretamente no tema.

Outro princípio de extrema importância, que não pode ser deixado de lado é o princípio do devido processo legal, presente também no artigo 5º, inciso LIV da CF/88, sob a seguinte redação “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.^[13]

No que tange esse essencial princípio, o legislador se inspirou na cláusula *due process of law* do Direito anglo-americano^[14], para o fim de ampliar garantias fundamentais, já que o princípio do devido processo legal exige o cumprimento de inúmeras regras que balizam o Direito positivo.

Barros, a dissertar sobre o assunto, demonstra toda a importância do princípio, ao passo que para seu cumprimento outros regramento também deverão ser respeitados:

[...] o próprio direito estatal de punir curva-se ao predomínio de algumas regras que atuam como componentes do devido processo legal, dentre as quais podemos destacar: a) o direito à citação, ato indispensável para a regular formação da relação processual; b) o direito de arrolar testemunhas e apresentar outras provas; c) o direito de pugnar pela realização de diligências complementares úteis ao descobrimento da verdade; d) o direito ao procedimento contraditório; e) o direito de não ser processado criminalmente por leis *ex post facto*; f) o

direito de igualdade com a acusação (paridade de armas); g) o direito de ser julgado com base em provas legitimamente obtidas; h) o direito ao juiz natural; i) o privilégio contra a autoincriminação; j) a indeclinabilidade da prestação jurisdicional quando solicitada; l) o direito de peticionar e recorrer; m) o direito à decisão com eficácia de coisa julgada.[\[15\]](#)

Nelson Nery Junior assim disserta acerca do princípio do devido processo legal:

[...] A idéia é de justo, processo entendido aqui em seu sentido estrito, de meio pelo qual se exerce o direito de ação. Mas a terminologia parece apequenar o instituto, cuja magnitude do conteúdo é de direito material e de direito processual. A crítica que se faz à vetusta doutrina brasileira que, por traduzir literalmente a expressão inglesa *process* por “processo”, via no devido processo legal apenas sua manifestação processual, olvidando-se do aspecto de direito material ínsito à cláusula, pode ser, em certa medida, transferida a setores da doutrina brasileira contemporânea, quando se utilizam da expressão “justo processo”[\[16\]](#) [...]

A partir desta premissa, o ideal é solidificar a consistência do sistema, cabendo ao juiz criminal cumprir o seu poder-dever e

desempenhar seus ensinamentos a fim de ajustar o trâmite do processo aos ditames da Constituição Federal.

Incumbe ao juiz determinar o cumprimento das ordens e princípios constitucionais, de modo a fazer valer na sua essência, a mais nobre função do magistrado, que é se pôr como uma autoridade garantidora, salvaguardando os direitos fundamentais. Logo, o descobrimento da verdade no processo penal somente se solidifica quando devidamente respeitado esse sistema.

4. A PROVA E A VERDADE

Como sabido por todos, depois de recebida denúncia oferecida pelo Ministério Público, o juiz dará seguimento a ação penal respeitando o rito adequado. Na sequência será apresentada resposta à acusação pelo réu. Após, incumbirá ao magistrado conduzir a instrução processual, fase extremamente importante, que necessita de muito afinho considerando que os detalhes desta fase serão cruciais para o descobrimento da verdade.

4.1. A utilização da prova como instrumento de verificação da verdade

Durante muito tempo persistiu o entendimento doutrinário de que a prova tinha por finalidade soberana e substancial o descobrimento da verdade. Em razão disso, a prova foi assemelhada ao meio pelo qual a verdade consegue atingir o espírito do julgador.

Entretanto, dada a evolução no âmbito do Direito Processual Penal, bem como os de ordem filosófica, formou-se um novo conceito, no qual a prova tem por finalidade a formação da convicção do juiz.

Nesse aspecto, dispõe o artigo 155 do Código de Processo Penal, que o juiz tem o poder de formar sua livre convicção.^[17] Conforme dito alhures, a verdade é um atributo de um juízo e não de uma prova, logo, a prova é apenas um dos instrumentos da verdade, assim, para a formação do convencimento do magistrado a respeito da veracidade das imputações formuladas em desfavor do acusado, é necessariamente obrigatório que se atenha ao conteúdo probatório produzido nos autos.

De uma forma mais clara é possível afirmar que a verdade no processo penal não vinga sem provas.

Eis o posicionamento de Marco Antônio de Barros:

[...] impõe-se que as provas sejam claras, seguras e aptas a transmitir a necessária confiança ao julgador, de modo que, livre de qualquer dúvida, este possa firmar a convicção racional da existência do fato criminoso e de sua autoria. Em sentido inverso, restringindo-se o conjunto probatório aos limites da verdade provável, forçosamente inviabiliza-se a aplicação da pena, restando apenas a solução da ação penal com base no *in dubio pro reo*.^[18]

Outrossim, a utilização da prova só é válida se conquistada respeitando os termos da legislação processual penal e constitucional.

4.2. A verificação da verdade pelo juiz natural

Inicialmente convém destacar que a verdade, para ser considerada válida, deve ser declarada pelo juiz natural, sob pena de nulidade do processo. Nos termos do artigo 5º, incisos LIII[19] e XXXVII[20] da Constituição Federal o julgamento criminal só poderá ser realizado por juiz previamente constituído e investido legalmente na função, pois ninguém poderá ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, bem como não haverá julgamento proferido por juízo ou tribunal de exceção.

No Processo Penal prepondera o interesse público, em razão disso o juiz pode, desde que dentro da legalidade, ampliar o acervo probatório, mediante a produção de novas provas, caso sejam relevantes a serem produzidas no curso da instrução criminal, e que sua iniciativa se concretize em favor do descobrimento da verdade, face as limitações do poder do juiz, como se verá a seguir.

Nessa toada, Nilzardo Carneiro Leão define com propriedade o se espera do magistrado:

[...] o juiz, em nossos dias, tem de ser mais do que um simples aplicador dos textos legais, isto é, ele há de ser um penalista, saber utilizar-se das ciências auxiliares e que diretamente informam o direito penal; deve, ainda, conhecer antropologia, sociologia e psicologia criminais, psiquiatria, enfim ser um estudioso da criminologia.[21]

É inadmissível que o juiz seja displicente, pois, não é incomum situações ocorridas durante a instrução probatória, a lei processual penal

não ampara e nem conduz o julgador com uma simples fórmula para atingir o descobrimento da verdade, mas que mesmo assim, deverá o juiz sob o crivo da imparcialidade chegar a uma decisão justa, devendo evitar precipitações quanto a sua convicção.

4.3. Poderes atribuídos ao juiz em busca da verdade

Se faz primordial delimitar dos poderes do juiz quando da busca da verdade real no processo processual, sob pena de interferir na imparcialidade do julgamento, requisitos este, que se mostra essencial.

Considera-se que os poderes conferidos ao juiz não são faculdades, mas sim obrigações que devem ser utilizadas para o descobrimento da verdade, de modo que também possa suprir toda e qualquer falha, ou ainda omissões apresentadas pelas partes, isso seguindo a linha do princípio da busca verdade real, o juiz deve ser necessariamente ativo.

Nesse sentido foi elaborado texto da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, situação que consolida o raciocínio anteriormente exposto, de modo a defendem a devida aplicação do princípio da verdade real na ação penal, a, senão vejamos:

As provas

VII – [...] Atribui ao juiz a faculdade de iniciativas de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença [...] o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida,

não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou *non liquet*.^[22]

Em princípio o que se almeja com essa premissa participativa do julgador é o atingimento da verdade, de modo a afastar as dúvidas do processo, independentemente se a verdade favoreça o réu ou a acusação, mas que seja respeitada a imparcialidade.

Conforme já demonstrado por meio da citação da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, a iniciativa do juiz na instrução probatória é de cunho complementar ou supletiva, com o fito exclusivo de sanar falhas e lacunas cometidas pelas partes, corrigindo as deficiências que podem prejudicar ou dificultar a formação do livre convencimento do juiz.

Curial frisar que o juiz não tem obrigação de produzir toda a prova, pois, como dito alhures, pode o julgador complementar a prova produzida, mas a essência, a “prova base”, deve ser produzida pelas partes.

É certo que ao juiz ainda se confere uma gama considerável de poderes probatórios, que podem ser classificados em dois cenários

distintos, poderes inquisitórios e poderes instrutórios, aos quais passamos a analisar.

4.3.1 Dos poderes inquisitórios do juiz criminal

Primeiramente convém advertir que   descabida realizar qualquer correla o do chamado “poder inquisitivo” do juiz com o “processo penal inquisitivo”. Enquanto este último foi corretamente afastado do Direito Brasileiro, ante suas nefastas arbitrariedades, há quem sustente a supremacia do poder-dever inquisitivo do juiz.

O poder-dever inquisitório consiste na faculdade do juiz penal intervir na produ o das provas. Registre-se que o juiz está autorizado a agir de ofício mesmo antes de iniciada a a o penal, quando a produ o antecipada da prova se mostrar relevante e de caráter emergencial. Entretanto, essa interven o   condicionada ao preenchimento de alguns requisitos, quais sejam, a necessidade, adequa o e proporcionalidade, em outras palavras, que a medida se amolde perfeitamente ao princípio da proporcionalidade. Tal afirmativa encontra respaldo legal, vejamos a reda o dada ao artigo 156 do Código de Processo Penal:

Art. 156. A prova da alega o incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a a o penal, a produ o antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a

necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.[\[23\]](#)

Porém, a quem defenda o contrário, o jurista Eugênio Pacelli de Oliveira disserta sobre o tema:

O juiz não tutela e nem deve tutelar a investigação. A rigor, a jurisdição criminal somente se inicia com a apreciação da peça acusatória (arts. 395 e 396, CPP). No curso do inquérito policial ou de qualquer outra investigação a atuação da jurisdição não se justifica enquanto tutela dos respectivos procedimentos. O juiz, quando defere uma prisão cautelar, quando defere uma interceptação telefônica ou a quebra de uma inviolabilidade pessoal, não está, nem nesse momento, protegendo os interesses da investigação criminal. Na verdade, como garantidor que é das liberdades públicas, ele estará exercendo o controle constitucional das restrições às inviolabilidades, nos limites da Constituição da República e do devido processo legal.[\[24\]](#)

Certamente esse dispositivo merece toda prudência por parte do julgador antes de utiliza-lo, pois, o juiz não pode avocar para si as funções da acusação, sob pena de ferir sua imparcialidade.

De certa forma, assiste razão ao Douto jurista Eugênio Pacelli de Oliveira, haja vista que o juiz criminal deve depender de representação da autoridade policial ou de requerimento formulado pelo Ministério Público ou do investigado para agir, caso contrário, ocorrendo a investigação *ex officio*, em sua totalidade nessa fase preliminar da persecução penal, a parcialidade do julgador certamente estaria comprometida, por tanto, inapto a prosseguir na presidência do julgamento da ação penal.

4.3.2 Dos poderes instrutórios do juiz criminal

Por outro vértice, ainda movido pela busca da verdade no processo penal, o juiz pode, durante o curso da instrução criminal até a prolação da sentença determinar a realização de diligências para dirimir dúvida sobre pontos relevante para a formação de sua livre convicção. Ou seja, o juiz pode valer-se da utilização de poderes instrutórios genéricos e imparciais, mesmo que desvinculados das pretensões formulados pelas partes, desde que tenha o intuito da reconstrução da realidade (dos fatos), tenham eles sido alegados ou não, sendo imprescindível a devida previsão legal.

Os poderes instrutórios sempre serão submetidos ao crivo do contraditório, coisa que não ocorre em relação aos poderes inquisitórios.

Sobre os poderes instrutórios do juiz criminal, assim disserta Barros:

Cuida-se de poderes que não são absolutos, porquanto limitados a utilização de todos os meios legítimos e possíveis à descoberta da verdade. Lembre-se que a plenitude da atividade jurisdicional deve ser submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa.

Como já foi visto, em decorrência da estrutura dialética do processo, que se amolda ao caráter bilateral da ação, o contraditório apresenta-se de forma marcante na formação do convencimento do juiz e conseqüente decisão.^[25]

Portanto, os poderes instrutórios genéricos do juiz criminal nascem com a instauração do processo e só desaparecem com a publicação da sentença.

5. A VERDADE QUE SE ALMEJA NO ATUAL SISTEMA PROCESSUAL PENAL

Neste tópico trataremos da verdade que se almeja atingir na atual sistemática processual penal, passando necessariamente pela apresentação das principais funções do direito processual penal, até chegar na verdade por ele alcançada.

5.1. A principal função do direito processual penal

O processo penal possui a característica de instrumento responsável por alcançar os limites de aplicação do direito material repressivo. Porém, essa não é a única função do processo, devem ser

observadas as funções políticas e também sociais do direito processual penal.

O Ministro Celso de Mello ao proferir um antigo acórdão perante o Supremo Tribunal Federal, assim se expressou sobre o tema:

[...] A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidencia a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do *jus libertatis* titularizado pelo réu. A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição Federal e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido e assim deve ser visto, como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e

que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula *nulla poena sine iudicio* exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.^[26]

A partir dessa premissa, concluímos que o objetivo do direito processual penal não é somente de possibilitar a aplicação do direito material repressivo, mas também de prover a garantia das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade construída por meio de provas lícitas e debates, pois, o processo ainda tem como principal função, a construção artificial que procura reconstruir a realidade (no processo penal, um crime).

5.2. A verdade alcançada no processo penal

Busca-se a verdade no processo penal, entretanto, conforme inúmeras vezes destacou-se neste estudo, a verdade é inalcançável de forma absoluta, até mesmo e principalmente pelas condições do intelecto do ser humano. Grande parte da doutrina, diz que é possível

apenas alcançar uma verdade processual, vez que a verdade não pode ser reproduzida com exatidão em situações corriqueiras do nosso dia a dia, quiçá no processo penal, que implica verdadeiras sanções.

Entrementes, sabemos também que a ausência de uma verdade absoluta ou real, não impede a prolação da decisão judicial, desde que devidamente motivada nos elementos probatórios produzidos nos autos.

Logo, ante tudo o que foi exposto no estudo, concluímos que a verdade alcançado no processo penal realmente é uma “verdade processual”, não porque existem falhas, mas sim em razão daquela condição do intelecto humano, que impede reproduzir com exatidão a realidade (fato definido como crime), que tem por objetivo inconsciente afastar de qualquer tipo de situação que lhe possa causar “prejuízos”, de qualquer ordem. Assim, o discurso ideal é que o processo penal deve ser pautado na busca de uma verdade aproximada, considerando que hodiernamente, o princípio da verdade real no atual sistema processual penal brasileiro é utópico, um verdadeiro mito.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do presente estudo concluímos que o princípio da verdade real é um dispositivo amplo, que confere ao juiz uma maior liberdade de atuação desde que objetivando o descobrimento da verdade.

O princípio da busca da verdade real no atual sistema processual penal brasileiro, a teor da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, bem como a redação dada ao artigo 156 do referido

diploma legal, exige um juiz mais atuante. O juiz deixa de ser um espectador inerte da produção da prova, sendo faculdade do julgador a iniciativa de provas complementares ou suplementares objetivando a formação de sua livre convicção[27].

Mas para isso, é preciso assegurar ao acusado o devido processo legal, com fito de propiciar ao mesmo um julgamento justo respeitando todos dos direitos e princípios constitucionais.

Na contramão, a doutrina apresenta a problemática do ferimento da imparcialidade do juiz criminal, quando o julgador interfere na produção da prova. Entretanto, resta consignado que a interferência do juiz somente será admitida quando a prova originária ou primitiva seja oriunda da requisição das partes, podendo o julgador, caso julgue necessário para a formação de seu livre convencimento, determine diligências (produção de prova complementar a partir da originária) para proferir a sentença penal.

Desse maneira, considerando a dificuldade do atingimento da verdade na sua essência, ante inúmeras dificuldades que permeiam o assunto, conclui-se o princípio em sua origem é utópico (atingimento da verdade real), porém os mecanismos dispostos ao julgador face sua natureza jurídica, promove uma grande contribuição para reproduzir a realidade, de modo a atingir uma verdade aproximada dos fatos definidos como crime (verdade processual), e com isso chegar a julgamento mais justo e em conformidade com a legislação, respeitando os todos ditames constitucionais.

7. REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **Ensaio sobre o fato, a verdade e a certeza no processo penal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

AQUINO, São Tomás de. **Summa Theologica – Quaestiones disputate de veritate**. Tradução: Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Graspone, 1980. v.1.

BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro. Renovar. 2001.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução: João Ferreira de Almeida. São Paulo, 1982.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 44ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista Forense, vol. 347. Rio de Janeiro, 1999.

LEÃO, Nilzardo Carneiro. **Do interrogatório do acusado**. Revista Forense, v. 188, Rio de Janeiro, 1960.

LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução crítica do processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MALATESTA, Nicola Framarino. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. 3. Ed. 1912. Campinas. Bookseller, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. Ed. ver., ampl. E atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11ª ed. ver. Atual e ampl. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. rev. atual. ampl.3. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 17ª ed. rev. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SAMPAIO, DENIS. **A verdade no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

STF – Supremo Tribunal Federal: www.stf.jus.br.

VADE MECUM obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos e Lívia Céspedes. – 13ª ed. atual e ampl. São Paulo, 2012.

NOTAS:

[1] Grinover, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz do processo penal acusatório, Revista Forense, v. 347, p. 6, jul.-set. 1999.

[2] Aquino, São Tomás de. Summa Theologica – Quaestiones disputate de veritate, v.1 p. 164-175.

[3] Nucci, Guilherme de Souza. A lógica das provas em matéria criminal, v. 1, p. 22.

[4] Kant, Emmanuel. Crítica do Juízo, parágrafo 91.

[5] Minidicionário Houaiss, ed. Objetiva 2ª ed. Rio de Janeiro. 2004. P. 756.

[6] Malatesta, Nicola Franarino Dei. A lógica das provas. Cit., v. I., p.21.

[7] Malatesta, Nicola Franarino Dei. A lógica das provas. Cit., v. I., p.54-58.

[8] Barros, Marco Antônio de. A busca da verdade no processo penal. Cit. p. 33.

[9] Barros, Marco Antônio de. A busca da verdade no processo penal. Cit. p. 33-34.

[10] Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 2008. Cit. p. 106.

[11] Barros, Marco Antônio de. A busca da verdade no processo penal. Cit. p. 36-37.

[12] Constituição da República Federativa do Brasil. Site do Planalto Federal. Endereço eletrônico <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acessado em 17.09.2014 às 09h40min.

[13] Idem.

[14] Cláusula que teve origem na Magna Carta, art. 39, mediante a qual se obteve a promessa do Rei João Sem Terra de que “nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade ou de sua liberdade, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos força contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país”.

[15] Barros, Marco Antônio de. A busca da verdade no processo penal. Cit. p. 78-79.

[16] Junior, Nelson Nery. Princípios do processo na Constituição Federal. 9ª ed. 2009. p. 86.

[17] Art. 155 do CPP. “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

[18] Barros, Marco Antônio de. A busca da verdade no processo penal. Cit. p. 138-139.

[19] Art. 5º. Inciso LIII da CF/88 - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

[20] Art. 5º. Inciso XXXVII da CF/88 - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

[21] Leão, Nilzardo Carneiro. Do Interrogatório do acusado, p. 437.

[22] Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. VADE MECUM obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos e Livia Céspedes. – 13ª ed. atual e ampl. São Paulo, 2012. p. 581-586.

[23] VADE MECUM obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos e Livia Céspedes. – 13ª ed. atual e ampl. São Paulo, 2012. p. 601.

[24] Oliveira, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 17ªed. p. 334-335.

[25] Barros, Marco Antônio de. A busca da verdade no processo penal. Cit. p. 164.

[26] HC 73.338, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 19/12/1996, endereço eletrônico <www.stf.jus.br>, acessado em 21.09.2014 às 02h14min.

[27] Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.

TUDO É LEI MARIA DA PENHA? O QUE DEVE OU NÃO SER TUTELADO PELA LEI 11340/06?

ALINE ALBUQUERQUE FERREIRA: Advogada em São Paulo, especialista em direito penal pela Escola Superior do Ministério Público.

A lei 11340/06 representa um grande marco evolutivo no combate a violência contra as mulheres. É uma lei necessária que embora criticada em alguns aspectos, foi declarada integralmente constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

É uma lei necessária visto que embora as mulheres venham ganhando um espaço cada vez mais destacado na sociedade, muitas ainda sofrem com os mais diversos tipos de discriminação e violência seja no âmbito doméstico, familiar, profissional etc. sendo por isso consideradas um dos grupos vulneráveis clássicos, ou seja, as mulheres compõem um grupo que tem mais tendência a ter seus direitos violados.

A Lei 11340/06, também conhecida como Lei Maria da Penha, representa a consecução do princípio da igualdade material, que além de reconhecer a máxima de que “todos são iguais perante a lei”, implica em tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, o que significa dar maiores meios e oportunidades a fim de reduzir tais desigualdades ou ao menos compensá-las de alguma forma.

Num país em que se estima que a cada 15 segundos uma mulher sofre de algum tipo de temor doméstico, a cada quatro minutos

uma mulher é vítima de violência e que a cada dia morrem quinze mulheres^[1] pelo simples fato de serem mulheres, leis como a 11340/06 e a 8305/14 são essenciais para o combate deste tipo de violência, como meio válido para tentar diminuir tais atrocidades.

A lei Maria da Penha resultou da aprovação do projeto de lei 37/06, que foi publicada no Diário Oficial da União em 07 de agosto de 2006, passando a vigorar em quarenta e cinco dias após esta data.

Em mais de oito anos de existência, a Lei Maria da Penha deu mais garantias às mulheres, os serviços de proteção foram ampliados em todo o país, o número de centros especializados subiu de 92 para 231; o de casas de abrigo cresceu de 62 para 78; as delegacias da mulher e os núcleos de atendimento aumentaram de 328 para 500 e o de juizados e varas subiu de 19 para 100. O número de mulheres que já fazem a denúncia na primeira vez em que são agredidas cresceu em 20% e foram expedidos mais de 370 mil mandados de medidas protetivas^[2].

Ainda falando sobre os números positivos resultantes da edição da Lei Maria da Penha, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) divulgou, em março de 2015, que a lei diminuiu em cerca de 10% a taxa de homicídio domésticos a partir de 2006 quando entrou em vigor^[3].

Não restam dúvidas acerca dos efeitos positivos da lei 11.340/06, mas será que toda conduta que vitima uma mulher deve ser automaticamente enquadrada na lei Maria da Penha? Se uma mulher ofende sua irmã, injuriando-a, incide a Lei Maria da Penha? E se o ofensor for homem, incide?

Neste breve artigo procuraremos responder a tais perguntas, enfatizando os casos que devem ser tutelados pela Lei 11340/06, enfatizando o HC 175816 do STJ que contém importantes menções acerca do tema.

Numa primeira análise das duas últimas perguntas supramencionadas, alguns talvez responderiam que na primeira situação não incidiria a lei Maria da Penha, pois a causadora da violência moral seria uma mulher e que no segundo caso deveria incidir visto que o ofensor é um homem. O fato de incluir uma relação de parentesco na situação apresentada parece não deixar dúvidas de que se trata de um tipo de violência doméstica e familiar. Mas será que é assim mesmo?

O primeiro erro mais comum que pode gerar dúvidas para aqueles que não estão muito habituados com o assunto, é imaginar que a lei Maria da Penha não possa ser aplicada contra mulheres. A Lei 11340/06 exige que o sujeito passivo, ou seja, a pessoa que sofre algum tipo de violência (física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral) seja mulher, mas nada fala acerca do sexo do sujeito ativo (o agressor). Assim, é perfeitamente possível que numa relação, por exemplo, homoafetiva entre duas mulheres em que se verifique a ocorrência de uma violência física tenha-se uma mulher como sujeito ativo de crime no qual incida os mecanismos da Lei 11340/06.

Com essa simples colocação, as respostas anteriormente elaboradas para as perguntas mencionadas no início deste artigo poderiam sofrer alterações. Será que uma pessoa, sendo homem ou mulher, ao xingar e ofender sua irmã com palavras de baixo calão estaria

sujeita as penas do Código Penal com aplicação conjunta da Lei Maria da Penha? Para respondermos a esta pergunta precisaremos analisar mais detalhadamente alguns artigos da referida lei, bem como os pontos mais relevantes do voto proferido pelo Ilustre Ministro Marco Aurélio Bellize no julgamento do HC 175816 do STJ.

O artigo 5º da lei em estudo dispõe, *in verbis*:

Art. 5o Para os efeitos desta Lei, ***configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:***

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (GRIFOS NOSSOS)

O artigo 7º, por sua vez, destaca quais são as formas de violência contra a mulher:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de

usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Na situação apresentada dissemos que a vítima era mulher e que foi ofendida por seu parente. Poderíamos pensar que a situação preenche todos os requisitos já mencionados para incidência da Lei 11340/06, afinal a vítima é mulher, a ofensa caracteriza uma violência moral que é tutelada pela lei e a ofensa foi proferida no âmbito da família já que réu e ofendida são irmãos, e com isso concluiríamos que a resposta é sim, na situação apresentada a resposta é afirmativa, sem sombra de dúvidas!

Todavia como 99,9% das respostas elaboradas às perguntas do âmbito jurídico, a resposta mais adequada seria: depende. O caso que

mencionamos pode tanto passível de aplicação da lei Maria da Penha como não pode!

Quando pensamos na Lei 11340/06 parece que ela se aplica automaticamente a qualquer relação de casamento, união estável, família monoparental, homoafetiva, adotiva, vínculos de parentesco em sentido amplo e ainda família de fato. No entanto, o conceito de violência doméstica e familiar deve ser interpretado de maneira restritiva, sob pena de inviabilização da própria aplicação da norma, eis que a agravante do artigo 61, inciso II, alínea “f” do Código Penal^[4] seria aplicada a um número excessivo de infrações penais, o que com certeza não era a intenção do legislador.

A lei visou combater qualquer discriminação de gênero, discriminações que devem ser erradicadas do contexto social. A violência de gênero é fruto da discriminação contra as mulheres, ao passo que as relações hierarquizadas e o machismo são determinantes para a aceitação social dessa violência.

É justamente essa “ação ou omissão baseada no gênero” que acarreta a aplicação da lei 11340/06.

Sobre a violência baseada no gênero, a professora Flavia Piovesan^[5] ensina:

“(…) a violência contra a mulher constitui ofensa à dignidade humana, sendo manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens. (...) Vale dizer, a violência baseada no gênero ocorre quando um ato é dirigido

contra a mulher porque é mulher, ou quando atos afetam as mulheres de forma desproporcional”

Na violência baseada no gênero o agressor tem em sua índole e caráter um desprezo pelas mulheres, ele agride fisicamente ou ofende a mulher simplesmente porque ela é mulher. Por mais primitivo que possa parecer tal pensamento, dados revelam que mais da metade da população conhece pelo menos uma mulher vítima de violência doméstica e 56% dos homens reconhecem ter cometido algum ato de violência contra suas parceiras.

A violência intra-familiar expressa dinâmicas de poder e afeto, nas quais estão presentes relações de subordinação e dominação.

A violência doméstica é uma forma específica da violência de gênero- aquela que ocorre em relações de intimidade – utilizando-se o termo “violência doméstica” deve ser ida como sinônimo de violência contra a mulher praticada por parceiros íntimos.

Segundo o entendimento firmado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, o legislador tem em conta a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica em relações patriarcais. Aduz, ainda, que o escopo da lei é a proteção da mulher em situação de fragilidade diante do homem (ou mulher) em decorrência de qualquer relação íntima, com ou sem coabitação, que possa acarretar atos de violência contra esta mulher:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E JUIZ DE DIREITO. CRIME COM VIOLÊNCIA **DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA**

MULHER. CRIME CONTRA HONRA PRATICADO POR IRMÃ DA VÍTIMA. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. 1. Delito contra honra, envolvendo irmãs, não configura hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica. 2. Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade. 2. No caso, havendo apenas desavenças e ofensas entre irmãs, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize situação de relação íntima que possa causar violência doméstica ou familiar contra a mulher. Não se aplica a Lei nº 11.340/06. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares/MG, o suscitado”. (CC 88027-MG. Ministro OG FERNANDES. S3 – 3ª Seção, j. 05.12.2008, p. 18.12.2008) (GRIFOS NOSSOS)

Ficou assentado no E. Superior Tribunal de Justiça, que ***a intenção do legislador ao editar a Lei Maria da Penha foi de dar proteção à mulher que tenha sofrido agressão decorrente de relacionamento amoroso*** (CC n° 95.057-MG. Ministro JORGE MUSSI. S3 – 3ª Seção, j. em 29.10.2008, p. 13.03.2009).

Ademais, não se pode perder de vista que o legislador colocou nas mãos do intérprete um elenco de medidas protetivas, notadamente de natureza extrapenal, a serem aplicadas ao (à) agressor (a), em conjunto ou separadamente, nos termos do artigo 8º da Lei 11340/06. E tal espectro de garantias não teria sentido se não fosse com o intuito de proteger a mulher em situação de vulnerabilidade, subjugada pelo marido/companheiro(a) do(a) qual, muitas vezes, depende economicamente.

Desta forma, conclui o Ilustre Ministro no julgamento do referido HC 175816 do STJ, *ipsis litteris*:

“Conclui-se, pois, que no presente caso concreto, a relação entre sogra e nora não se insere na hipótese de incidência da Lei n.º 11.340/2006. Se assim fosse, qualquer delito que envolvesse relação entre parentes poderia dar ensejo à aplicação da referida Lei, inviabilizando-se, inclusive, o funcionamento do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. A Lei nº 11.340/2006 criou um microsistema que se identifica pelo gênero da vítima, ficando restrita às

relações íntimas de afeto. Para os demais casos de violência – envolvendo relação de parentesco entre irmãos, tios, sobrinha, avós, bem como aquela envolvendo patrão e empregada – já existem regras, mormente no âmbito do Código Penal, para penalizar os agressores, não se justificando, em relação a estes, a proteção especial conferida pela Lei nº 11.340/06. Em síntese, a incidência da Lei nº 11.340/2006 reclama a constatação da presença concomitante da violência de qualquer natureza praticada contra mulher em situação de vulnerabilidade, por motivação de gênero e praticada por parceiro ou parceira em relação íntima de afeto, fator que, por razões culturais, não eram objeto de tutela penal suficiente, efetiva e adequada À conta de tais considerações, não conheço da impetração. Concedo, habeas corpus de ofício para declarar competente para processar e julgar o feito o Juizado Especial Criminal da Comarca de Santa Maria/RS”

Não podemos deixar de ressaltar que num primeiro momento ao se deparar com o caso concreto pode ser difícil de se constatar a ocorrência da violência de gênero, devendo neste caso optar-se pela prudência visto que a lei Maria da Penha contém diversas medidas

cautelares protetivas que devem ser informadas às vítimas, as quais representarão pela sua necessidade.

Convém lembrar que uma inclusão inicial do caso como sendo de violência doméstica ou familiar não acarreta a necessidade de ser assim julgada. No processo criminal e na instrução criminal deve-se sempre procurar a verdade real dos fatos que inclui a análise da seriedade do caso, suas circunstâncias, vida pregressa e antecedentes, pois sabemos que não são raras as situações em que vítimas “fantasiam” situações na intenção de prejudicar deliberadamente determinadas pessoas.

Por tudo o que fora exposto, verifica-se que a incidência da Lei n.º 11.340/2006 reclama situação de violência praticada contra a mulher, baseada no gênero, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade. Somente nessas circunstâncias é que incidirão as disposições da lei Maria da Penha.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Código penal. Decreto-lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. . Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em 26/05/2015.

BRASIL. Lei 11.240/06 de 07 de agosto de 2006. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 8 de agosto de 2006. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em 26/05/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 175816 RS 2010/0105875-8. Relator(a):Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE Julgamento: 20/06/2013 Órgão Julgador: STJ T5 - QUINTA TURMA Publicação: DJ 28/06/2013.[6]

[1] <http://www.correio24horas.com.br/detalhe/noticia/quinze-mulheres-morrem-por-dia-no-brasil-por-violencia-de-genero/?cHash=9167873c23643f06a7202ada20f6f7b1> Consultado em: 26/05/2014

[2] <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/08/lei-maria-da-pena-completa-oito-anos-com-conquistas-importantes-no-pais.html> Consultado em 26/05/15

[3] <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/03/04/lei-maria-da-penha-reduziu-violencia-domestica-segundo-ipea.htm> Consultado em 26/05/2015

[4] Art. 61.São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II -ter o agente cometido o crime: f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica - Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006

[5] Flávia Piovesan in Temas de direitos humanos, 3ª Ed.São Paulo, Saraiva, 2209, p. 229

SINGELO PAINEL AO RECONHECIMENTO DA BIOÉTICA NA CONDIÇÃO DE DIREITO HUMANO DE QUARTA DIMENSÃO: BREVES PONDERAÇÕES À DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

Resumo: Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo

das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Bioética. Quarta Dimensão.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 Singelo Painel ao Reconhecimento da Bioética na condição de Direito Humano de Quarta Dimensão: Breves Ponderações à Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos.

1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares

característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém*”^[1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de

Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por

consequente, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”*[4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a*

primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”, como bem afiança Alexandre de Moraes[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, *“pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e*

lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”[7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. “É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida”[9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos”[10], tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato[11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito[12], devido processo legal[13], acesso à Justiça[14], liberdade de locomoção[15] e livre entrada e saída do país[16].

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais,

cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a

felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais[26]. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[27].

3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois

inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[28]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[29] e, por isso, universalista.

Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[30], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[31], da reserva legal[32] e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. *“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são*

oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”[35], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[36]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É

possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. “*Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados*”[37]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[38], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primordialmente “*ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais*”[39], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os

padrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado[40], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais[41].

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal

alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão “*são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal*”[42]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. “*Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais*”[43], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade

Conforme fora visto no tópico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio[44], os consideram

direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. *“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo”*[45] ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso,

a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[46].

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que *“os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo”*[47]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. *“Têm*

primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”[48]. A respeito do assunto, Motta e Barchet[49] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

6 Singelo Painel ao Reconhecimento da Bioética na condição de Direito Humano de Quarta Dimensão: Breves Ponderações à Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos

Em uma primeira plana, é de amplo conhecimento que a sociedade atual tem, como algumas de suas principais características, o avanço tecnológico e científico, a difusão e o desenvolvimento da cibernética, consequências do processo de globalização. Ocorre que tais perspectivas trouxeram situações inovadoras e que não correspondem aos fundamentos das gerações mencionadas anteriormente. Trata-se de um cenário dotado de maciça difusão de conhecimento e informações, bem como fluída alteração de paradigmas, notadamente os relacionados ao desenvolvimento científico e biológico. Em meio a esse contexto, para a regularização das situações decorrentes das transformações sociais, surgiram os Direitos de Quarta e Quinta Dimensão, os quais serão estudados doravante. Particularmente à Quarta Dimensão de Direitos, um dos seus principais idealizadores foi Bonavides, para o qual *“são direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles*

depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade [...]”[50].

Com o passar do tempo, conforme bem salientou Serraglio[51], as descobertas científicas proporcionaram, dentre muitos avanços, o aumento na expectativa de vida humana, vez que, ao homem, tornou-se possível alterar o mecanismos de nascimento e morte de seus pares. Sendo assim, a proteção à vida e ao patrimônio genético foi incluída na categoria dos direitos de quarta dimensão. Em consonância com Motta e Barchet[52], atualmente, tais direitos referem-se à manipulação genética, à biotecnologia e à bioengenharia, e envolvem, sobretudo, as discussões sobre a vida e morte, sempre pautadas nos preceitos éticos. É fato que o fenômeno globalizante foi responsável por conferir um robusto desencadeamento de difusão de informações e tecnologias, sendo responsável pelo surgimento de questões dotadas de proeminente complexidade, os quais oscilam desde os benefícios apresentados para a sociedade até a modificação do olhar analítico acerca de temas polêmicos, propiciando uma renovação nos valores e costumes adotados pela coletividade.

Como bem destaca Lima Neto[53], o florescimento dos direitos humanos acampados pela quarta dimensão só foi possível em decorrência do sucedâneo de inovações tecnológicas que deram azo ao surgimento de problemas que, até então, não foram enfrentados pelo Direito, notadamente os relacionados ao campo da pesquisa com o genoma humano. Para tanto, carecido se fez a estruturação de limites e regulamentos que norteassem o desenvolvimento das pesquisas, tal como a utilização dos dados obtidas, com o escopo de preservar o patrimônio

genético da espécie humana. Dentre os documentos legais que se dedicam à regulamentação das pesquisas científicas relacionadas à vida humana, cumpre-se mencionar, primeiramente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Genoma Humano, criada pela Assembleia Geral da UNESCO em 1997. Conforme esclarece Motta e Barchet[54], é necessário consolidar os direitos de quarta geração, pois assim serão delineados os fundamentos jurídicos para as pesquisas científicas, no sentido de impor limites a estas e de garantir que o Direito não fique apartado dos avanços da Ciência. Vieira complementa, oportunamente, esse entendimento, ao afirmar, com clareza, que *“a lei deve assegurar o princípio da primazia da pessoa aliando-se às exigências legítimas do progresso de conhecimento científico e da proteção da saúde pública”*[55].

Neste sentido, a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos considerou os rápidos progressos da ciência e da tecnologia, que cada vez mais influenciam a nossa concepção da vida e a própria vida, de que resulta uma forte procura de resposta universal para as suas implicações éticas. Igualmente, reconheceu que as questões éticas suscitadas pelos rápidos progressos da ciência e suas aplicações tecnológicas devem ser examinadas tendo o devido respeito pela dignidade da pessoa humana e o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Ao lado disso, estabeleceu que é necessário e oportuno que a comunidade internacional enunciasse princípios universais com base nos quais a humanidade possa responder aos dilemas e controvérsias, cada vez mais numerosos, que a ciência e a tecnologia suscitam para a humanidade e para o meio ambiente. Sobredito

documento assinalou, ainda, que os seres humanos fazem parte integrante da biosfera e têm um papel importante a desempenhar protegendo-se uns aos outros e protegendo as outras formas de vida, em particular os animais. A Declaração trata das questões de ética suscitadas pela medicina, pelas ciências da vida e pelas tecnologias que lhes estão associadas, aplicadas aos seres humanos, tendo em conta as suas dimensões social, jurídica e ambiental. A Declaração é dirigida aos Estados. Ao lado disso, permite também, na medida apropriada e pertinente, orientar as decisões ou práticas de indivíduos, grupos, comunidades, instituições e empresas, públicas e privadas.

A presente Declaração tem os seguintes objetivos: (a) proporcionar um enquadramento universal de princípios e procedimentos que orientem os Estados na formulação da sua legislação, das suas políticas ou de outros instrumentos em matéria de bioética; (b) orientar as ações de indivíduos, grupos, comunidades, instituições e empresas, públicas e privadas; (c) contribuir para o respeito pela dignidade humana e proteger os direitos humanos, garantindo o respeito pela vida dos seres humanos e as liberdades fundamentais, de modo compatível com o direito internacional relativo aos direitos humanos; (d) reconhecer a importância da liberdade de investigação científica e dos benefícios decorrentes dos progressos da ciência e da tecnologia, salientando ao mesmo tempo a necessidade de que essa investigação e os consequentes progressos se insiram no quadro dos princípios éticos enunciados na presente Declaração e respeitem a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais; (e) fomentar um diálogo multidisciplinar e pluralista sobre as questões da bioética entre todas as partes interessadas e

no seio da sociedade em geral; (f) promover um acesso equitativo aos progressos da medicina, da ciência e da tecnologia, bem como a mais ampla circulação possível e uma partilha rápida dos conhecimentos relativos a tais progressos e o acesso partilhado aos benefícios deles decorrentes, prestando uma atenção particular às necessidades dos países em desenvolvimento; (g) salvaguardar e defender os interesses das gerações presentes e futuras; (h) sublinhar a importância da biodiversidade.

Pontua, ainda, a Declaração em exame que o profissionalismo, a honestidade, a integridade e a transparência na tomada de decisões, em particular a declaração de todo e qualquer conflito de interesses e uma adequada partilha dos conhecimentos, devem ser encorajados. Tudo deve ser feito para utilizar os melhores conhecimentos científicos e as melhores metodologias disponíveis para o tratamento e o exame periódico das questões de bioética. Deve ser levado a cabo um diálogo regular entre as pessoas e os profissionais envolvidos e também no seio da sociedade em geral. Devem promover-se oportunidades de um debate público pluralista e esclarecido, que permita a expressão de todas as opiniões pertinentes. Com vista a promover os princípios enunciados na Declaração e assegurar uma melhor compreensão das implicações éticas dos progressos científicos e tecnológicos, em particular entre os jovens, os Estados devem esforçar-se por fomentar a educação e a formação em matéria de bioética a todos os níveis, e estimular os programas de informação e de difusão dos conhecimentos relativos à bioética. Os Estados devem encorajar as organizações intergovernamentais internacionais e regionais,

bem como as organizações não-governamentais internacionais, regionais e nacionais, a participar neste esforço.

Referências:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho.** Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 02 mai. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 mai. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 mai. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 02 mai. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus.** Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 02 mai. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral.** 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Direitos Humanos de 4ª Geração**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 02 mai. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 mai. 2015.

_____. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 mai. 2015.

_____. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 mai. 2015.

_____. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 mai. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano](#)

8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 02 mai. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 02 mai. 2015.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 02 mai. 2015.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 02 mai. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao

Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 02 mai. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 02 mai. 2015.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanutelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 02 mai. 2015, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009. Acesso em 02 mai. 2015.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 02 mai. 2015.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 mai. 2015: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] *Ibid.* “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] *Ibid.* “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] *Ibid.* “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de

países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] *Ibid.* “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 mai. 2015: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 mai. 2015: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] *Ibid.* “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 mai. 2015: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] *Ibid.*

[27] MORAES, 2003, p. 28.

[28] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 mai. 2015: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 mai. 2015: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[32] *Ibid.* “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[33] *Ibid.* “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[34] *Ibid.* “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo

cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[36] COTRIM, 2010, p. 160.

[37] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

[38] MORAES, 2011, p. 11.

[39] SANTOS, 2003, s.p.

[40] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[41] SANTOS, 2003, s.p.

[42] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[43] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[44] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.

[45] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[46] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa

qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 02 mai. 2015.

[47] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[48] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[49] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degradação das liberdades ou a deterioração dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes nações. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de soluções também globais. Tais “soluções” são os direitos de terceira geração.[...]”

[50] BONAVIDES, 2007, p. 571.

[51] SERRAGLIO, 2008, p. 04.

[52] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153.

[53] LIMA NETO, Francisco Vieira. **Direitos Humanos de 4ª Geração**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

[54] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153.

[55] VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999, p. 18.

A NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA QUE HOMOLOGA A TRANSAÇÃO PENAL

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor de várias obras jurídicas.

Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que não é possível impor à transação penal, prevista na Lei dos Juizados Especiais, os efeitos próprios de sentença penal condenatória. Prevaleceu o entendimento do relator, Ministro Teori Zavascki, de que as consequências jurídicas extrapenais previstas no artigo 91 do Código Penal, como a perda ou confisco de bens utilizados na prática de crimes, só podem ocorrer automaticamente como efeito acessório direto de condenação penal, nunca em sentença de transação penal, de conteúdo homologatório, na qual não há formação de culpa. Segundo o relator, apenas em caso de aceitação pelo beneficiário é que essas sanções poderão constar do acordo. A questão foi analisada no Recurso Extraordinário nº. 795567, com repercussão geral reconhecida, em que se discute acórdão da Turma Recursal Única do Estado do Paraná que, ao julgar apelação criminal, manteve a perda de bem apreendido (uma motocicleta) que teria sido utilizado para o cometimento da contravenção penal objeto da transação. O julgamento foi retomado com o voto-vista do Ministro Luiz Fux que, embora com outros fundamentos, acompanhou o relator.

O entendimento do Plenário será adotado nos processos sobrestados nas demais instâncias, sobre o mesmo tema. A decisão plenária fixou o entendimento de que não há obstáculo para que sanções como o confisco de bens constem do termo de homologação da transação, desde que aceitas pelo beneficiário. Entretanto, as consequências geradas pela transação penal da Lei 9.099/1995 deverão ser unicamente as estipuladas nesse instrumento e os demais efeitos penais e civis decorrentes de condenação penal não poderão ser automaticamente

aplicados. O relator ressaltou que o único efeito acessório será o registro do acordo exclusivamente com o fim de impedir que a pessoa possa obter o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

O Plenário estabeleceu a seguinte tese de repercussão geral: *“As consequências jurídicas extrapenais previstas no artigo 91 do Código Penal são decorrentes de sentença condenatória. Tal não ocorre, portanto, quando há transação penal, cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências geradas pela transação penal são essencialmente aquelas estipuladas por modo consensual no respectivo instrumento de acordo”*.

De acordo com os autos, o beneficiário da transação penal era acusado de ser coletor de apostas do jogo do bicho, contravenção prevista no artigo 58 da Lei 3.688/1941. Em abril de 2008, quando foi lavrado termo circunstanciado para apurar a prática do delito, também foi apreendida uma motocicleta de propriedade do acusado. Na homologação da proposta de transação penal oferecida pelo Ministério Público, inteiramente cumprida, foi declarada extinta a punibilidade, mas o juízo do 2º Juizado Especial de Londrina acessoriamente decretou a perda do bem apreendido, sob o argumento de que ele teria sido utilizado para o cometimento da referida contravenção penal. Contra a sentença, a defesa interpôs apelação criminal, que foi desprovida pela turma recursal.

Entendemos correta esta decisão da Suprema Corte. Considerar a condenatória a sentença que homologa a transação penal seria ferir a Constituição Federal e a própria lei regente que adverte não ter tal decisão nenhum efeito civil.

Como se sabe, não tendo tido êxito a composição civil dos danos, ou, ainda que o tenha, tratando-se de ação penal pública incondicionada, será aberta ao Ministério Público oportunidade para a transação penal (art. 76), que é uma proposta de aplicação de pena alternativa à prisão[1]. Este instituto tem sido acimado por alguns de inconstitucional, entendimento com o qual não concordamos, basicamente, por três motivos:

a) A própria Constituição Federal prevê a transação penal no art. 98, I. Adverte Cezar Bittencourt, após afirmar que a Constituição Federal instituiu a transação penal para as infrações penais de menor potencial ofensivo, que a Lei nº. 9.099/95, ao prever a transação penal, “*está apenas cumprindo mandamento constitucional.*” (ob. cit. p. 55). Rechaçando igualmente a tese da inconstitucionalidade, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho afirma que a transação penal é “*uma exceção ditada pela própria Carta, permitindo a aceitação de determinada pena pelo suposto autor do fato, independentemente do processo tradicional.*”[2]

b) Não há ofensa ao devido processo legal nem ao princípio da presunção de inocência, pois na transação penal não se discute a culpabilidade[3] do autor do fato, ou seja, ele não se declara em nenhum momento culpado, não havendo, tampouco, efeitos penais ou civis, reincidência, registro ou antecedentes criminais (art. 76, §§ 4º. e 6º.). Aqui diferencia-se claramente do **plea bargaining** (onde se transaciona de maneira ampla sobre a pena, tipo penal, conduta, etc.) e do **guilty plea** (onde há uma admissão formal da culpa[4]).

c) Não existe nenhuma possibilidade de se aplicar ao autor do fato pena privativa de liberdade, por força da transação penal, pois é absolutamente impossível, à luz do nosso direito positivo, converter-se a pena restritiva de direitos ou a multa transacionada e não cumprida em pena de privação da liberdade (não haveria parâmetro para a conversão no primeiro caso – art. 44, § 4º., CP; e, no segundo caso, porque o art. 182 da Lei de Execuções Penais foi expressamente revogado pela Lei nº. 9.268/96). Aprofundamos mais esta questão adiante quando tratamos da execução.^[5]

Ademais lembremos de Jesús-María Silva Sánchez, segundo o qual haveria um Direito Penal de duas velocidades^[6]:

“Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal ‘da prisão’, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção.”

Para este autor, *“seria razoável que em um Direito Penal mais distante do núcleo do criminal e no qual se impusessem penas mais próximas às sanções administrativas (privativas de direitos, multas, sanções que recaem sobre pessoas jurídicas) se flexibilizassem os critérios de imputação e as garantias político-criminais. A característica essencial de tal setor continuaria sendo a judicialização (e a conseqüente imparcialidade máxima), da mesma forma que a manutenção do*

significado 'penal' dos ilícitos e das sanções, sem que estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena de prisão."

Assim, continua o autor, "na medida em que a sanção não seja a de prisão, mas privativa de direitos ou pecuniária, parece que não teria que se exigir tão estrita afetação pessoal: e a imputação tampouco teria que ser tão abertamente pessoal. A ausência de penas 'corporais' permitiria flexibilizar o modelo de imputação. Contudo, para que atingisse tal nível de razoabilidade, realmente seria importante que a sanção fosse imposta por uma instância judicial penal, de modo que preservasse (na medida do possível) os elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito Penal." [\[7\]](#)

O acordo feito na esfera penal (se for prestação pecuniária paga à vítima ou a seus dependentes - art. 45, § 1º., CP), terá efeito na esfera cível para se evitar o enriquecimento ilícito, tal como já se prevê na Lei dos Crimes Ambientais (art. 12), no Código Penal (art. 45, § 1º., **in fine**) e no Código de Trânsito Brasileiro (art. 297, § 3º.).

Neste aspecto, importante ressaltar, em tempos de Justiça Restaurativa, que *"a institucionalização dos postulados da Justiça Restaurativa em consonância com os princípios dos Juizados Especiais Criminais tornam o art. 45, § 1.º, do CP a modalidade de pena principal a ser proposta a título de transação penal quando houver pessoa determinada como vítima. (...) Portanto, a proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade ao suposto autor dos fatos quando não existir acordo extintivo da punibilidade na fase preliminar de*

conciliação merece ser uma pena pecuniária que atenda aos interesses da vítima e, somente no caso de ser inviável esse tipo de proposta, então cabe ao Ministério Público propor alguma outra modalidade de pena a título de transação penal, tendo em vista a concretização do direito fundamental de “acesso à ordem jurídica justa” e ao “tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses”, conforme os paradigmas internacionais da Justiça Restaurativa adotados e preconizados pelo Conselho Nacional de Justiça.” [8]

É perfeitamente possível, em que pese a literalidade do art. 76, a transação penal no caso de contravenção penal, pois seria um verdadeiro absurdo jurídico permitir-se a transação penal para um crime e não para uma contravenção, infração penal, inclusive ontologicamente, de menor potencial ofensivo.

Não admitimos a transação penal nos delitos de ação penal de iniciativa privada (por exemplo: dano simples – art. 163, **caput** e exercício arbitrário das próprias razões – art. 345, parágrafo único, ambos do Código Penal), pois os arts. 76 e 77, **caput** e seu § 3º., referem-se apenas ao Ministério Público (o que seria um fundamento mais frágil, reconhecemos), além do que (e então está o mais robusto), em nossa sistemática a vítima não tem interesse na aplicação de uma pena ao autor do fato e sim na reparação civil dos danos [9]. Como afirma José Antonio Paganella Boschi, *“o que move o ofendido – a par do inegável sentimento pessoal de ‘castigar’ o réu pela ofensa – é também o interesse patrimonial na reparação do dano **ex delicto**, sendo a ele estranhas as finalidades da pena ou do processo.”* (grifo nosso). [10]

Ademais, caso o ofendido não deseje oferecer queixa poderá não fazê-lo, deixando escoar o prazo decadencial ou renunciando àquele direito. Por este motivo, afastamos também a hipótese da vítima impugnar a decisão homologatória da transação penal, por lhe faltar interesse de agir, visto que a sentença homologatória não gera efeitos civis (art. 76, § 6º.).

A este respeito, interessante a posição de Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, não admitindo a transação penal na ação penal de iniciativa privada:

“Quando a lei confere ao particular a legitimidade para o exercício da ação penal, o faz na condição de substituto processual do Estado, que é o titular da pretensão punitiva. Como se sabe, na legitimação extraordinária o substituto não tem poderes para transacionar com os direitos do substituído. Portanto, o querelante só poderia oferecer transação penal quando houvesse autorização legal. A Lei nº. 9.099/95 não lhe dá tal autorização.” [\[11\]](#)

É de Geraldo Prado a seguinte observação: *“Pode-se dizer que mesmo o atual movimento de recuperação de um determinado status penal-processual da vítima, não tem o significado de atribuir a ela o poder de dizer de que forma (prestação de serviços à comunidade, multa?) e em que medida (por três meses, cem dias-multa?) deve o agente ser responsabilizado penalmente. (...) Portanto, a redefinição do espaço da vítima não deve ser confundida com a retomada do caráter privado do processo penal de outras épocas.”* [\[12\]](#)

Se a pena de multa for a única aplicável, poderá haver sua redução à metade (art. 76, § 1º.).

A transação penal está condicionada ao preenchimento de determinados requisitos objetivos previstos nos incisos I e II do § 2º. do art. 76, ressalvando-se, quanto ao primeiro inciso, o quinqüídio referido no art. 64, I do Código Penal; não impede a proposta, outrossim, se a condenação anterior foi substituída por pena restritiva de direitos, multa ou se foi concedido o **sursis**.

Tendo em vista o princípio da presunção de inocência, o ônus de provar as causas impeditivas é do Ministério Público. Aliás, no Processo Penal o ônus é sempre da acusação, o que torna não recepcionado o art. 156 do Código de Processo Penal (porque fere o devido processo legal e a presunção de inocência). Segundo a lição de Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues, *“na persecução penal, todo ônus probatório é da acusação.”*^[13]

Ao lado daqueles requisitos objetivos, exige o inciso III requisitos subjetivos que deverão ser observados antes do oferecimento da proposta.

Atente-se para o fato de que a transação penal só deve ser proposta se não for o caso de arquivamento (faltaria justa causa para a proposta); é o que indica expressamente o **caput** do art. 76. Aliás, pensamos inclusive que sequer a composição civil dos danos deve ser levada a efeito se o caso, em tese, não for passível, **a posteriori**, de ser alvo de uma peça acusatória; se o Termo Circunstanciado, por exemplo, narrar um fato atípico ou já atingido pela prescrição o caso é de arquivamento, não devendo sequer ser marcada a audiência preliminar, pois seria submeter o autor do fato a um constrangimento não autorizado

por lei. Se, **in casu**, a vítima desejar a reparação civil que promova no Juízo cível a respectiva ação civil **ex delicto**. Neste aspecto, discordamos de Cezar Bittencourt que entende ser dispensável o exame da justa causa para a composição civil dos danos, sob o argumento de que “*os danos, com ou sem responsabilidade penal, com ou sem responsabilidade objetiva, podem ser compostos, seja na esfera privada, seja, hoje, na esfera criminal*” (ob. cit., p. 54). Para nós, caso o Termo Circunstanciado não tenha possibilidade potencial de respaldar uma peça acusatória futura, o pedido de arquivamento impõe-se, pois a máquina judiciária (penal) na pode ser, neste caso, movimentada, ainda mais para se resolver uma questão cível. Se é verdade que hoje os danos podem ser reparados na esfera criminal, não é menos certo que esta hipótese só deve ocorrer se houver crime a perseguir. Caso contrário, o fato deve ser levado ao Juiz Cível. Neste sentido:

“(...) A validade da proposta depende da precisa identificação da pessoa a quem o delito deve ser imputado segundo a possibilidade de agir de acordo com o comando normativo. No caso de apuração da prática, em tese, de desobediência a ordem judicial pelos sócios de empresa, deve ser apontada, ainda que sucintamente, a participação de cada um deles no fato delituoso, o que não afronta ao princípio da informalidade que rege a proposta de transação penal. Necessidade de diligências para melhor apurar os indícios de autoria e averiguar a quais sócios caberia, na estrutura da empresa, a responsabilidade pelo eventual descumprimento da ordem judicial. Anulação da proposta de transação penal apresentada. Ressalvada a possibilidade de apresentação de nova proposta. Ordem parcialmente concedida.” (TRF 2ª R. – 1ª T. – HC

2007.02.01.008105-9 – rel. Abel Gomes – j. 16.04.2008 – DJU 24.06.2008).

Portanto, dúvida não resta de que a natureza jurídica da sentença que acerta a transação penal é homologatória, não sendo sentença condenatória nem absolutória[14]. Tal conclusão chega-se facilmente com a leitura dos parágrafos do art. 76, especialmente os §§ 4º. e 6º., que afirmam não importar reincidência, antecedentes criminais e efeitos civis a aplicação da pena acordada na transação penal.

Por outro lado, a transação penal não representa um direito público subjetivo do autor do fato, mas um ato transacional[15]: o Ministério Público transige quando deixa de oferecer denúncia e o autor do fato quando cede à perspectiva de uma absolvição. Assim, afigura-se nos equivocada a proposta de transação penal realizada de ofício pelo Juiz que, ao contrário, deve remeter o Termo Circunstanciado ao Procurador-Geral de Justiça se houver recusa injustificada do Ministério Público em fazer a proposta, utilizando-se do art. 28 do Código de Processo Penal, preservando-se, assim, os postulados do sistema acusatório.

Não concordamos com o entendimento segundo o qual a transação é o exercício de uma ação penal. Ora, ação penal sem relação jurídico-processual instaurada?[16] Sem citação? Ação penal sem imputação formal de um crime? Também não poderíamos dizer que se trata de uma ação penal não condenatória (como a revisão criminal ou o **habeas corpus**), pois esbarraríamos na seguinte questão: como se aplicar uma pena se a ação penal não tinha natureza condenatória? Outra

questão: se efetivamente a transação penal é exercício da ação penal, teríamos que admitir o oferecimento de queixa subsidiária caso o Ministério Público não fizesse a proposta.

Exatamente por isso, entendemos que a transação penal é uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, tendo em vista que permite ao Ministério Público, ainda que dispondo de indícios da autoria e prova de uma infração penal, abrir mão da peça acusatória, transacionando com o autor do fato.

Neste sentido, veja-se esta decisão do Supremo Tribunal Federal:

*“SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PRIMEIRA TURMA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO 468.161-7 GOIÁS - RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE - EMENTA: Transação penal homologada em audiência realizada sem a presença do Ministério Público: nulidade: violação do art. 129, I, da Constituição Federal. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal - que a fundamentação do **leading case** da Súmula 696 evidencia: HC 75.343, 12.11.97, Pertence, RTJ 177/1293 -, que a imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público quer à suspensão condicional do processo, quer à transação penal, está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I). 2. Daí que a transação penal – bem como a suspensão condicional do processo – pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público.” VOTO: “(...) Bem de ver, assim, que não se reserva, aí, espaço a transação sem participação do MP (...)* Assim, ao contrário do que manifestado na decisão recorrida, o art. 76

*(como também o art. 89) da lei nova não se constitui um direito público subjetivo do réu, porém apenas mitiga o princípio da obrigatoriedade da ação penal, ao adotar o princípio da conveniência ou, segundo alguns, o princípio da discricionariedade controlada. A proposta prevista na lei é de exclusivo e inteiro arbítrio do Ministério Público, que continua sendo, por força da norma constitucional, o **dominus litis** da ação penal pública, não podendo ser substituído pelo magistrado, em tal encaminhamento. Da mesma forma, dizer que o poder consagrado no artigo 129, inciso I, da norma constitucional, não é absoluto, a fim de justificar a possibilidade da transação ser proposta pelo juiz, ante a inércia do **Parquet**, com a devida vênia, é argumento que não retira ou enfraquece a atribuição privativa ministerial de propor a ação penal pública e conseqüentemente a transação penal do art. 76 da Lei nº 9.099/95. Isto porque a hipótese de o Ministério Público não propor a transação penal (pois o titular exclusivo para tal ato) não pode, nem de perto, ser equiparada à eventual omissão ou inércia temporal de propor a ação penal pública, que legitimaria admissão da ação privada subsidiária”. De fato, na linha da jurisprudência do Tribunal, que a fundamentação do **leading case** da súmula 696 evidencia - HC 75.343, 12.11.97, Pertence, RTJ 177/1293 – a imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I). Daí que a transação penal – bem como a suspensão condicional do processo – pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público.”*

Se houver pluralidade de agentes, é evidente que poderá haver a transação com apenas um deles, restando a denúncia para os outros (neste caso ocorre, também, uma certa mitigação ao princípio da indivisibilidade da ação penal pública incondicionada).

Como já foi dito, o cumprimento da pena acordada não gera reincidência, tampouco será indicada em registros criminais ou gerará efeitos civis (§§ 4º. e 6º. do art. 76), sendo registrada apenas para impedir nova transação nos cinco anos subsequentes.

Se houver dissenso entre o autor do fato e o seu defensor prevalecerá a vontade do agente, até por analogia ao disposto no art. 89, § 7º.

Em tese, é possível, à luz dos arts. 43, I e 45, §§ 1º. e 2º. do Código Penal a proposta de transação penal consistente na doação de cestas básicas (como prestação de outra natureza que não a pecuniária^[17]). Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal ratificou proposta de transação penal para que um Deputado Federal doasse pessoalmente cestas básicas para uma associação de deficientes visuais e deixasse de responder à denúncia por crime ambiental. A decisão foi unânime. Ele havia sido denunciado (Inq 2721) pelo Ministério Público Federal por, supostamente, ter construído uma barragem no loteamento São Silvestre, em Palmas (TO), sem a devida licença ambiental. Como o crime é de menor potencial ofensivo e ele não tem condenação criminal anterior, o MPF ofereceu proposta de transação penal, que foi aceita pelo Deputado. Pela decisão do Supremo, que homologou a proposta do MPF, ele terá de comparecer pessoalmente uma vez por mês, durante

seis meses, na Associação Brasileira dos Deficientes Visuais (ABDV), em Brasília (DF), para doar 20 cestas básicas e 10 resmas de papel braille. Terá ainda que justificar mensalmente, perante o STF, o cumprimento do acordo. O Deputado pediu para cumprir a pena restritiva de direitos em uma só visita à entidade, mas o MPF foi contra ao afirmar que essa solução não atenderia ao “objetivo da medida”. Ao analisar o pedido do deputado nesta tarde, o relator da matéria, ministro Joaquim Barbosa, avaliou que a alternativa não seria viável. *“Considero que a proposta do indiciado, no sentido da doação integral das 120 cestas básicas e 60 resmas de papel braille, em uma única oportunidade, poderia conduzir ao perecimento dos alimentos e até mesmo a problemas para o armazenamento dessa quantidade de alimentos e de papéis. Não é, efetivamente, o ideal”*, afirmou Barbosa.

Aqui, porém, faz-se uma ressalva: concordamos com parte da doutrina que proclama a inconstitucionalidade do § 2º. do art. 45 do Código Penal em razão da não observância do princípio da legalidade na expressão *“prestação de outra natureza”*.

Observa-se que nos crimes previstos no art. 41-B da Lei nº. 10.671/2003 (Estatuto de Defesa do Torcedor) a pena restritiva de direito objeto da transação penal será a *“pena impeditiva de comparecimento às proximidades do estádio, bem como a qualquer local em que se realize evento esportivo, pelo prazo de três meses a três anos, de acordo com a gravidade da conduta”*, nos termos dos §§ 2º. e 5º. do art. 41-B.

Admissível, outrossim, que a proposta seja feita por Carta Precatória; neste caso, porém, a homologação será no Juízo deprecante,

podendo a execução e a fiscalização do cumprimento da sanção realizar-se no Juízo deprecado, obedecendo-se aos princípios do Promotor e do Juiz Natural.

Da decisão homologatória caberá recurso de apelação no prazo de 10 dias; se não homologar, em decisão interlocutória, caberá Mandado de Segurança ou **Habeas Corpus**, não nos afigurando possível, nesta segunda hipótese, a utilização do recurso de apelação.

Não possui a vítima legitimidade para recorrer. Como se sabe, excepcionalmente, o Código de Processo Penal legitima a vítima (ainda quando não habilitada como assistente) a recorrer supletivamente ao Ministério Público, em caso de absolvição (art. 598, parágrafo único); nesta hipótese, permite-se-lhe o recurso especial e mesmo o extraordinário para atacar a decisão proferida naquele recurso interposto, pois não teria sentido dar-lhe legitimidade para a apelação e negar-lhe o direito de recorrer da decisão proferida no julgamento deste recurso (**mutatis mutandis**, veja-se a Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal, **in verbis**: “*O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1.º, e 598 do CPP.*”).

Porém, contra a decisão que homologa a transação penal não tem o ofendido legitimidade para apelar, mesmo porque sequer habilitado como assistente poderá estar, visto que a assistência pressupõe ação penal iniciada (art. 268, CPP). Ademais, remetemos o leitor ao que dissemos sobre a impossibilidade de transação penal quando se trata de crime de ação penal de iniciativa privada.

Como ensina Mirabete, *“não pode a vítima apelar da decisão homologatória da transação, por falta de interesse de agir. É o que se decidiu no I Congresso Brasileiro de Direito Processual e Juizados Especiais (Tese 6).”* [18]

Neste sentido, a jurisprudência é remansosa:

“TACRSP: Recurso – Apelação – Decisão homologatória de transação penal – Irresignação apresentada pela ofendida – Inadmissibilidade – Ausência de interesse em recorrer – Vítima que não está autorizada a intervir neste procedimento ou a ele se opor – Recurso não conhecido. Mesmo que a tentativa de conciliação tenha ficado frustrada, o acordo sobre a aplicação imediata da pena não privativa de liberdade não poderá sofrer qualquer oposição por parte da vítima.” (RJTACRIM 36/270).

“TACRSP: Nos casos da Lei nº. 9.099/95, não tem recurso o ofendido contra a decisão homologatória da transação penal (art. 76), visto lhe falece a pertinência subjetiva da ação, isto é, o interesse de agir. O MP e o autor do fato são os que, unicamente, nesse ponto, têm voz no capítulo.” (RJDTACRIM 41/403).

“TRSC: Transação penal que não comporta a participação da vítima. Homologação da transação impede a possibilidade de deflagração da ação penal. Inexistente a ação penal, não se admite a figura da assistência à acusação, falecendo-lhe legitimidade para interpor recurso de apelação.” (RJTRTJSC 5/219).

Descumprido o acordo entendemos pela impossibilidade de oferecimento de denúncia, pois a sentença homologatória faz coisa

julgada material, restando ao Ministério Público a alternativa de executar a sentença homologatória, seja nos termos da Lei de Execução Penal (arts. 147 e 164), seja em conformidade com o Código de Processo Civil, já que se está diante de um título executivo judicial (art. 584, III, CPC).^[19] O Supremo Tribunal Federal, no entanto, já decidiu contrariamente, entendendo que o não cumprimento da transação penal autoriza o oferecimento de denúncia, senão vejamos:

*“HC 79572 / GO – GOIÁS. HABEAS CORPUS
Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Publicação: DJ DATA-22-02-02 PP-00034.
EMENT VOL-02058-01 PP-00204. Julgamento: 29/02/2000 - Segunda
Turma. Ementa: HABEAS CORPUS - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO
PÚBLICO. A legitimidade para a impetração do habeas corpus é
abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de
integrante do Ministério Público, presentes o múnus do qual investido, a
busca da prevalência da ordem jurídico-constitucional e, alfim, da
verdade. TRANSAÇÃO - JUIZADOS ESPECIAIS - PENA RESTRITIVA DE
DIREITOS - CONVERSÃO - PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE
- DESCABIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de
direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade
discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se,
uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de
insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se
oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de
inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia.”*

“SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - 13/06/2006 SEGUNDA TURMA - HABEAS CORPUS 88.785-6 SÃO PAULO - RELATOR: MIN. EROS GRAU - EMENTA: HABEAS CORPUS. LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. TRANSAÇÃO PENAL. DESCUMPRIMENTO: DENÚNCIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. REVOGAÇÃO. AUTORIZAÇÃO LEGAL. 1. Descumprida a transação penal, há de se retornar ao status quo ante a fim de possibilitar ao Ministério Público a persecução penal (Precedentes). 2. A revogação da suspensão condicional decorre de autorização legal, sendo ela passível até mesmo após o prazo final para o cumprimento das condições fixadas, desde que os motivos estejam compreendidos no intervalo temporal delimitado pelo juiz para a suspensão do processo (Precedentes). Ordem denegada.” VOTO: “A jurisprudência pacífica de ambas as Turmas desta Corte é no sentido de que, descumprida a transação penal, há de se retornar ao status quo ante, possibilitada ao Ministério Público a persecução penal (HHCC 79.572, Marco Aurélio, 1ª Turma, DJ de 22.2.2002; 80.802, Ellen Gracie, 1ª Turma, DJ de 18.5.2001; 84.976, Carlos Britto, 2ª Turma, Informativo n. 402 e o RE 268.320, Octavio Gallotti, 10.11.2000). 2. No que tange à revogação da suspensão condicional do processo, há autorização legal para tanto (cf. art. 89, § 1º, IV, da Lei n. 9.099/95), sendo ela passível até mesmo após o prazo final para o cumprimento das condições fixadas, desde que os motivos estejam compreendidos no intervalo temporal delimitado pelo juiz para a suspensão do processo (cf. os HHCC 80.747, Sepúlveda Pertence, DJ de 19.10.2001; 84.890, Sepúlveda Pertence, DJ de 3.12.2004; 84.660, Carlos Britto, DJ de 25.11.2005 e 84.746, Marco Aurélio, DJ de 31.3.2006). 3. É

perfeita a observação, do Subprocurador-Geral da República, de que “[n]ão é demais lembrar que o paciente, por várias vezes beneficiado com os favores legais, quedou-se inerte ao seu cumprimento, sendo esclarecedora a afirmação constante do acórdão impugnado no sentido de que ‘Aliás, o que pretende o combativo defensor é um passaporte para a impunidade. O paciente fez acordo de transação penal e não honrou. Novamente beneficiado com a suspensão condicional do processo não o cumpriu’.” Denego a ordem.”

A homologação de transação penal não elimina a retomada ou a instauração de inquérito ou de ação penal pelo Ministério Público, em caso de descumprimento da transação. Ao reafirmar jurisprudência já estabelecida nesse sentido, o Plenário do Supremo Tribunal negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 602072 e determinou o prosseguimento de ação penal pelo MP do Estado do Rio Grande do Sul. O processo foi relatado pelo ministro Cezar Peluso, que se louvou em precedentes do próprio STF para negar provimento ao recurso. O Ministro Marco Aurélio, acompanhando voto do relator, lembrou como precedentes para a decisão o julgamento dos Habeas Corpus (HCs) 80802 e 84876 e do RE 268320.

Tais decisões parece-nos equivocadas, pois se desconstitui uma decisão homologatória de uma forma absolutamente estranha ao nosso ordenamento. A respeito da transação no processo, veja o que ensina Maria Helena Diniz:

“A natureza declaratória da transação, dando certeza a um direito precedentemente litigioso ou duvidoso, decorre de sua

equiparação aos efeitos da coisa julgada (art. 1.030, CC). Se a decisão de homologação é válida e se a transação judicial é vinculante e irrevogável, só pode haver distrato da transação antes da homologação. (Vide: Pontes de Miranda, Tratado, cit. t. 25, p. 139). A sentença homologatória de transação válida é ato jurídico processual transparente; logo, não pode ficar à mercê de quaisquer ataques infundados por ter força de decisão irrevogável. Não há como desconstituir transação que não esteja eivada de vício de nulidade ou anulabilidade.” [20]

Cezar Roberto Bittencourt, criticando duramente esta decisão, afirma que *“títulos judiciais somente podem ser desconstituídos observadas as ações e os procedimentos próprios. A coisa julgada tem uma função político-institucional: assegurar a imutabilidade das decisões judiciais definitivas e garantir a não-eternização das contendas levadas ao Judiciário. (...) Afinal, desde quando um título judicial pode desconstituir-se pelo descumprimento da obrigação que incumbe a uma das partes? Não há nenhuma previsão legal excepcional autorizando esse efeito especial. (...) na verdade, títulos judiciais têm exatamente a função de permitir sua execução forçada, quando não forem cumpridos voluntariamente. E, conclui: “quando houver descumprimento de transação penal dever-se-á proceder à execução forçada, exatamente como se executam as obrigações de fazer.” (ob. cit., pp. 17, 19 e 25).*

Na esteira do entendimento do Supremo, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Nº 11.398 – SP (2001/0056971-3) (DJU 12.11.01, SEÇÃO 1, P. 159, J. 02.10.01). RELATOR:

MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA. EMENTA: RHC. LEI 9.099/95. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO EM TRANSAÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO CONDICIONADA AO EFETIVO PAGAMENTO DA MULTA AVENÇADA. INEXISTÊNCIA DE SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA ANTE A INEXISTÊNCIA DE TÍTULO JUDICIAL PARA EVENTUAL EXECUÇÃO. É possível o oferecimento da denúncia por parte do órgão Ministerial, quando descumprido acordo de transação penal, cuja homologação estava condicionada ao efetivo pagamento do avençado. O simples acordo entre o Ministério Público e o réu não constitui sentença homologatória, sendo cabível ao Magistrado efetivar a homologação da transação somente quando cumpridas as determinações do acordo. Recurso desprovido.”

Também o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“A sentença homologatória da transação penal gera a eficácia de coisa julgada formal e material, obstando, no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a retomada da ação penal pelo Ministério Público ou a conversão de prestação pecuniária em pena privativa de liberdade, restando ao órgão acusatório apenas promover a execução do título judicial perante o Juizado Especial Criminal, nos termos do art. 51 do CP” (TJMG – 2ª C. – HC 1.0000.08.487886-7/000(1) – REL. Vieira de Brito - j. 29.01.2009 – DOE 10.02.2009).

Resolvendo definitivamente a questão, o Plenário do Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante nº. 35, com a seguinte redação: *“A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas*

cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”.

Nada impede, muito pelo contrário, que a transação penal seja realizada ainda que se trate de feito envolvendo suposto autor do fato com prerrogativa de foro. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, determinou a notificação de um Deputado Federal para que se manifeste sobre seu interesse em aceitar transação penal proposta pelo procurador-geral da República nos autos do Inquérito (INQ) 2793. O parlamentar foi indiciado perante o STF pelo delito de desacato, crime previsto no artigo 331 do Código Penal e cuja pena varia de seis meses a dois anos de detenção – infração de menor potencial ofensivo, conforme prevê o artigo 61 da Lei 9.099/1995. Ao estabelecer que o deputado se manifeste sobre a proposta, em até dez dias, o Ministro Celso de Mello lembrou que a aceitação do benefício deve ser pessoalmente assumida pelo próprio interessado, além de subscrita por seu advogado. Lembrou, ainda, que o Plenário da Corte já se pronunciou no sentido de ser cabível a transação penal nos processos penais originários instaurados no Supremo. O decano explicou que a transação penal é um processo técnico de despenalização, previsto na Lei 9.099/1995, resultante da expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, e tem como razão de ser a *“deliberada intenção do Estado de evitar, não só a instauração de processo penal, mas, também, a própria imposição de pena privativa de liberdade, quando se tratar, como sucede na espécie, de infração penal revestida de menor potencial ofensivo”*.

Por fim, ressaltamos que o art. 27 da Lei nº. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) prescreve que a transação penal somente poderá ser formulada desde que tenha havido prévia composição do dano ambiental, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

NOTAS:

[1] O art. 17 da Lei nº. 11.340/2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, veda “a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.” E, como já foi referido, o art. 41 desta mesma lei proíbe a aplicação de todos os dispositivos da Lei nº. 9.099/95 quando se tratar de violência doméstica ou familiar, o que nos parece, à luz da isonomia constitucional e do princípio da proporcionalidade, uma clara inconstitucionalidade. Neste sentido conferir a nossa obra sobre a Lei Maria da Penha, em co-autoria com Isaac Sabbá Guimarães, Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

[2] Lei dos Juizados Especiais Criminais (com Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 110.

[3] Observa-se que a expressão “culpabilidade” não está inserida como requisito subjetivo para a proposta de transação (art. 76, § 2º., III).

[5] Aliás, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de homologar a transação penal em caso de competência por prerrogativa de função. O Ministro Cezar Peluso homologou proposta de transação penal realizada entre o Ministério Público e uma Deputada Federal. A

Petição (PET) 3871 foi ajuizada pelo Ministério Público para solicitar apuração da participação da acusada em boca-de-urna, propaganda partidária, realizada nas eleições de outubro de 2006, delito previsto no artigo 39, parágrafo 5º, inciso II, da Lei nº. 9.504/97. O relator enviou os autos ao procurador-geral da República, que elaborou proposta de transação penal: *“doação de três cestas básicas, no valor individual de R\$ 80,00, uma vez por mês, pelo período de quatro meses, devendo a autora do fato, mensalmente, juntar aos autos comprovante do cumprimento da medida imposta.”* Um senador, investigado no Supremo Tribunal Federal pela prática de crime eleitoral, concordou com a proposta de transação penal feita pela Procuradoria Regional Eleitoral e ratificada pela Procuradoria Geral da República, e vai doar, mensalmente, uma série de medicamentos para a Fundação Santa Casa de Misericórdia do Pará, pelo período de um ano. O ministro Marco Aurélio, relator do Inquérito (INQ 2539) que tramita na Corte contra o senador, homologou a transação, pela qual o parlamentar se comprometeu a doar para o hospital, por mês, 5 frascos de albumina humana, 500 cápsulas de Cefalexina, 3 ampolas de Clexane, 5 ampolas de Mathergan, 5 frascos de Maxcef e 100 comprimidos de Espironolactona. Todo mês, ressaltou o ministro, o senador deve encaminhar os documentos comprovando o cumprimento de sua obrigação. Fonte: STF.

[6] A Terceira Velocidade do Direito Penal seria o chamado “Direito Penal do Inimigo”.

[7] A Expansão do Direito Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 145, 147 e 148 (tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha).

[8] Justiça Restaurativa e Transação Penal – Artigo de Alexandre Ribas de Paulo, publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, nº. 252, novembro;2013, ISSN 1676-3661.

[9] A respeito do papel da vítima no Processo Penal, veja-se este trecho de parecer subscrito por Lênio Luiz Streck, exarado nos autos da Apelação Crime nº. 70.006.451.827, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: *“De pronto, não se deve, em hipótese alguma, esquecer que a vítima não faz parte do processo penal (contemporâneo), eis que o Estado, na qualidade de acusador, reivindica, para si, o ius puniendi. Trata-se, sem dúvida, de uma conquista da própria civilização. Ao abdicar do seu direito de resolver o conflito individualmente (por não ter capacidade de sublimação), conferindo este poder a um terceiro imparcial que o substitui processualmente, o homem optou pela civilidade à barbárie! Como é sabido, o Estado expropria o direito da vítima, uma vez que esta não tem qualquer interesse de índole penal. A sanção penal não está voltada para a satisfação retributiva da vítima; não tem caráter reparatório!”* Do contrário, afirma o autor, *“é retroceder e apontar para a (neo) privatização de um direito eminentemente público. Simples, pois!”* (Porto Alegre, 20 de junho de 2003).

[10] Ação Penal – Denúncia, Queixa e Aditamento, Rio de Janeiro: AIDE, 3^a. ed., 2002, p. 37.

[11] Lei dos Juizados Especiais Criminais (escrita com Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 139.

[12] Elementos para uma análise crítica da transação penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 169.

[13] Nova Lei de Drogas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 139.

[14] **Habeas Corpus** nº. 79.572 – 2ª. Turma, j. 29/02/2000, Rel. Min. Marco Aurélio. Assim também pensa Cezar Roberto Bitencourt, ob. cit., p. 12.

[15] O que não significa que seja um negócio jurídico, evidentemente.

[16] Como afirma José Frederico Marques, “*só se pode falar em ação quando, com o pedido, se instaura uma relação processual. Outras atividades postulatórias e são muitas – que qualquer dos sujeitos processuais exerça, refogem do conceito de ação (...) Se, com o pedido, instaurar-se uma nova instância, esse pedido será manifestação do exercício do direito de agir.*” (Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 298).

[17] A propósito, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 154 de 13 de julho de 2012, que define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária. Neste sentido, determinou: “*Art. 1º Adotar como política institucional do Poder Judiciário, na execução da pena de prestação pecuniária, o recolhimento dos valores pagos em conta judicial vinculada à unidade gestora, com movimentação apenas por meio de alvará judicial, vedado o recolhimento em cartório ou secretaria. Parágrafo único. A unidade gestora, assim entendida, o juízo da execução da pena ou medida alternativa de prestação pecuniária, ficará responsável pela abertura da conta corrente junto à instituição financeira estadual ou federal, exclusiva para o fim a que se destina. Art. 2º Os valores depositados, referidos no art. 1o, quando não destinados à vítima ou aos seus dependentes, serão, preferencialmente, destinados à*

entidade pública ou privada com finalidade social, previamente conveniada, ou para atividades de caráter essencial à segurança pública, educação e saúde, desde que estas atendam às áreas vitais de relevante cunho social, a critério da unidade gestora. § 1º A receita da conta vinculada irá financiar projetos apresentados pelos beneficiários citados no caput deste artigo, priorizando-se o repasse desses valores aos beneficiários que: I - mantenham, por maior tempo, número expressivo de cumpridores de prestação de serviços à comunidade ou entidade pública; II - atuem diretamente na execução penal, assistência à ressocialização de apenados, assistência às vítimas de crimes e prevenção da criminalidade, incluídos os conselhos da comunidade; III - prestem serviços de maior relevância social; IV - apresentem projetos com viabilidade de implementação, segundo a utilidade e a necessidade, obedecendo-se aos critérios estabelecidos nas políticas públicas específicas. § 3º É vedada a escolha arbitrária e aleatória dos beneficiários. Art. 3º É vedada a destinação de recursos: I - ao custeio do Poder Judiciário; II - para a promoção pessoal de magistrados ou integrantes das entidades beneficiadas e, no caso destas, para pagamento de quaisquer espécies de remuneração aos seus membros; III - para fins político-partidários; IV - a entidades que não estejam regularmente constituídas, obstando a responsabilização caso haja desvio de finalidade. Art. 4º O manejo e a destinação desses recursos, que são públicos, devem ser norteados pelos princípios constitucionais da Administração Pública, previstos, dentre outros, dispositivos no art. 37, caput, da Constituição Federal, sem se olvidar da indispensável e formal prestação de contas perante a unidade gestora, sob pena de

responsabilidade, ficando assegurada a publicidade e a transparência na destinação dos recursos. Parágrafo único. A homologação da prestação de contas será precedida de manifestação da seção de serviço social do Juízo competente para a execução da pena ou medida alternativa, onde houver, e do Ministério Público. Art. 5º Caberá às Corregedorias, no prazo de seis meses, contados da publicação da presente Resolução, regulamentar: I - os procedimentos atinentes à forma de apresentação e aprovação de projetos; II - a forma de prestação de contas das entidades conveniadas perante a unidade gestora; III - outras vedações ou condições, se necessárias, além daquelas disciplinadas nesta Resolução, observadas as peculiaridades locais. Art. 6º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. Ministro AYRES BRITTO.”

[18] Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Atlas, 4ª. ed., 2000, 149.

[19] Tampouco admitimos a homologação do acordo após o cumprimento da pena pelo autor do fato, como já entendeu o Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido, veja-se esta decisão do Supremo Tribunal Federal: “SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HABEAS CORPUS 88.616-7 RIO DE JANEIRO - RELATOR: MIN. EROS GRAU – EMENTA: HABEAS CORPUS. JUIZADO ESPECIAL. TRANSAÇÃO PENAL. EXIGÊNCIA DO ATO IMPUGNADO DE QUE A HOMOLOGAÇÃO OCORRA SOMENTE APÓS O CUMPRIMENTO DA CONDIÇÃO PACTUADA: CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DIREITO À HOMOLOGAÇÃO ANTES DO ADIMPLENTO DAS CONDIÇÕES ACERTADAS. POSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO OU DE PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. I. Consubstancia constrangimento ilegal a exigência de que a homologação da transação

penal ocorra somente depois do adimplemento das condições pactuadas pelas partes. II. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a transação penal deve ser homologada antes do cumprimento das condições objeto do acordo, ficando ressalvado, no entanto, o retorno ao status quo ante em caso de inadimplemento, dando-se oportunidade ao Ministério Público de requerer a instauração de inquérito ou a propositura de ação penal. Ordem concedida.” VOTO: “(...) Essa pretensão contraria a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que “[i]mpõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando a denúncia” (HC n. 79.572, relator o Ministro Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ de 29/2/2000). Confira-se, no mesmo sentido, decisão recente desta Turma (13/6/2006), proferida no HC n. 88.785, por mim relatado (acórdão pendente de publicação). 3. Como o acórdão impugnado determinou que a homologação fosse implementada somente após o cumprimento da condição, a ordem aqui há de ser concedida, em parte, apenas para determinar que o Juiz de primeiro grau homologue, por sentença, desde já, a transação penal; ato que, todavia, tornar-se-á insubsistente, viabilizando a persecução penal, se o paciente não cumprir o que foi acordado com o Ministério Público.”

[20] “Eficácia Jurídica da Transação Judicial Homologada e a ‘**Exceptio Litis Per Transactionem Finitae**’”, Revista da Associação Paulista do Ministério Público, Dez/Jan – 2000.

O RECURSO CRIMINAL DE APELAÇÃO E SUAS CARACTERÍSTICAS NA PERSECUÇÃO DA SENTENÇA

DEIVID RODRIGUES DOS SANTOS:
Bacharelado em Direito, pela Faculdade AGES.

RESUMO: O presente artigo tem como objeto o estudo da apelação no processo penal, no sentido de evidenciar a busca pela não satisfação da parte vencida em determinada ação penal em decisão proferida pelo órgão jurisdicional que o julgou, trazendo a discussão o duplo grau de jurisdição, evidenciando o papel do recurso criminal, analisando ainda os prazos dispostos para esta modalidade de recurso, interesses e pressupostos na persecução da ação penal.

Palavras-Chave: Ação penal, recurso, apelação, decisão.

1 INTRODUÇÃO

A temática trabalhada no presente trabalho, é de grande importância para o campo do direito aplicado à sociedade, com mais ênfase aos litigantes nas ações penais, destarte, o destaque deste instituto é de relevância impar para a sociedade e para o direito.

O instituto do recurso traz ao limiar da ação penal o reexame da decisão judicial proferida pelo órgão jurisdicional, visando a anulação ou reforma pela parte vencida na lide, analise esta, tendo que ser analisada por instância superior à aquela que expediu a decisão que por hora não satisfaz e não traz o conceito de justiça do vencido.

Neste sentido, a apelação, como objeto a ser tratado nesta trabalho, tem por fim a modificação parcial ou total de decisão definitiva ou com sua força, pretendendo o reexame em órgão de segunda instância do que foi decidido em órgão jurisdicional inferior. Sendo este instituto um dos dispositivos disponíveis no processo penal, visando a reanálise de decisão.

Abordaremos inicialmente um estudo sobre a teoria geral dos recursos no âmbito do processo penal e suas ambiguidades, indicando os requisitos de admissibilidade, seus efeitos e fundamentos, bem como uma análise principiológica e com outros ramos do direito.

Após essa parte inicial de fundamental importância para elucidarmos o tema aqui tratado, será analisado o instituto da apelação e seus pontos mais relevantes, trazendo os requisitos de admissibilidade e cabimento, a legitimidade, efeitos e suas sistemáticas, e outros pontos relevantes para elucidação do tema.

2 OS RECURSOS CRIMINAIS

2.1 Generalidades

O instituto do recurso é o pedido pela parte vencida do reexame de da sentença penal condenatória, de forma que nesta reanálise seja a decisão invalidada, modificada ou reformada. Os recursos tem previsão legal, sendo direcionados ao órgão superior em grau de hierarquia daquele que prolatou a decisão judicial dentro do mesmo processo.

A natureza jurídica do recurso traz consigo em sede de corrente majoritária a opinião de Grinover, onde dispõe que: "aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de ação e de defesa" (Grinover, 1996, p. 32). Cumpre observar que o recurso enseja para a parte vencida uma ônus

processual, devendo este no sentimento da prejudicialidade a que foi submetido no processo, o dever de se utilizar do instrumento do recurso de forma a não ter que bancar os prejuízos com o não exercício deste, por não ter se valido de instrumento hábil para desfazer um eventual erro do órgão julgador.

Nesta seara de direitos, onde existe a possibilidade da parte vencida, não conformando-se com a decisão, recorrer a um meio que possa externar sua insatisfação no pedido o reexame da decisão ora proferida, sendo garantido por um conjunto de normas que regem o processo penal que aquela primeira decisão não seja definitiva e que fique ao arbítrio de uma só decisão trazendo o indivíduo para uma sociedade de direitos, neste sentido pondera Passos:

“Cuida-se, a meu ver, de alo de interesse era prioritário, visto como civilizar-se é colocar-se imune ao arbítrio e isto só é possível quando deixamos de nos submeter ao governo dos homens e passamos a obedecer a um conjunto de regras. Alcançar esse objetivo requer um tipo especial de organização do poder político dotada de instituições que assegurem num primeiro momento, a judicialização das opções políticas e, subsequentemente sua efetividade” (Passos, 2012, p. 105)

2.2 Base principiológica inerente aos recursos criminais

É de se olvidar que o sistema jurídico detém determinadas maneiras de expressar e tendenciar como será a aplicação desta ou

daquela ramificação do direito na seara de seu bojo, neste sentido é preciso observar que a norma e os princípios estão fortemente ligados aos recursos criminais, neste sentido nos explica Altoé:

“No centro da teoria jurídica está a distinção entre as regras e os princípios. Segundo noticia Robert Alexy, a adequada distinção entre princípios e regras é fator determinante para se tendenciar por um modelo de constitucionalismo moderado ou legalista” (p. 51)

Importante se faz observar que em regra, o recurso e reexaminado por órgão de hierarquia superior, está de um modo geral intimamente ligado ao princípio do duplo grau de jurisdição. Como "o recurso é uma fase do mesmo processo, um desdobramento da mesma ação" (Greco, 1995, p. 308), seu desenvolvimento prossegue como uma nova etapa do processo em andamento.

Outro princípio inerente aos recursos é o da Unirecorribilidade, onde, a cada tipo de decisão judicial, caberá uma única e determinada espécie de recurso, competindo à parte a escolha do instrumento de espécie cabível para o tipo em que está tratando, não admitindo mais de um recurso para a mesma decisão, outrossim, há divergências onde entende-se que em uma mesma decisão comporte o habeas corpus e a apelação, porém, é preciso lembrar que o primeiro não tem natureza jurídica de recurso, mantendo-se, portanto, a fidedignidade do princípio aqui tratado.

O princípio da taxatividade são os recursos que só podem ser utilizados que tenham previsão legal, ou seja, uma taxatividade no rol

destes, não obstante, nada impede que estes sejam utilizados na forma de analogia para os recursos não previstos em lei, nesta seara encontra-se o exemplo do Art. 581, Inciso I, onde a lei prevê o recurso de sentido estrito contra sentença que rejeita a denúncia, prevendo na omissão da lei a utilização do RESE para atacar aquela decisão. O princípio da disponibilidade onde é possível que a parte legítima a proposição do recurso abra mão desta pelo instituto da desistência ou da renúncia. Dentre outros princípios.

2.3 Efeito dos recursos

São quatro os possíveis efeitos dos recursos no âmbito do processo penal, sendo o devolutivo, sendo extensivo a todos os recursos, onde existe a possibilidade da expedição de uma nova decisão, ou seja, um novo julgamento na análise do caso, e ainda “trata-se de efeito que todo recurso possui e consiste na devolução (transferência) de determinada matéria, ao órgão que irá julgar o recurso” (Cunha, 2009, p. 213). O efeito suspensivo, dá-se quando o recurso suspende os efeitos da decisão inicialmente proferida, ou seja, essa não terá aplicabilidade, pondera ainda Cunha que “segundo esse efeito, a decisão impugnada não pode ser executada enquanto não julgado o recurso” (Cunha, 2009, p. 214), portanto, qualquer que seja a aplicabilidade da decisão, essa terá que aguardar o julgamento do recurso.

Como efeito dos recursos, tem-se ainda o extensivo, que é quando na proposição o efeito se estenda a todos os envolvidos na lide, ainda que não tenha proposto esse instrumento, como bem elucidada Reis:

“[...] Havendo dois ou mais réus, com idêntica situação processual e fática, se apenas um deles

recorrer e obtiver benefício, será este aplicado também aos demais que não impugnaram a sentença.” (Reis, 2012, p. 614)

Temos, por fim, o efeito regressivo, que acontece com a reforma da decisão pelo mesmo órgão jurisdicional que o prolatou, ou seja, permite que o mesmo juiz que deu a decisão a reforme, tendo como exemplo a incidência desse efeito no RESE, disposto no Art. 589 do Código de Processo Penal, sobre esse efeito, nos ensina Reis: “A interposição faz com o que o próprio juiz prolator da decisão tenha de reapreciar a matéria, matendo-a ou reformando-a, total ou parcialmente” (Reis, 2012, p. 613).

2.4 Juízo de admissibilidade

Quando da interposição do instrumento recursal, qualquer que seja ele, o órgão jurisdicional que prolatou a decisão deverá verificar as condições de admissibilidade do recurso, no que se refere ao seu processamento e julgamento, verificando a presença de pressupostos objetivos e subjetivos, com a análise da tempestividade, legitimidade para interposição, a adequação do instrumento recursal proposto frente ao caso e sua previsão legal, acerca do juízo de admissibilidade pondera Reis:

“Um recurso somente é viável quando presentes todos os pressupostos objetivos e subjetivos. Para se verificar a existência de tais pressupostos deve ser realizado o chamdo juízo de admissibilidade. Como os recursos em rera são interpostos perante o juízo de primeira instancia, logo que ocorrer a interposição deverá ser submetido a tal juízo de admissibilidade,

feito pelo próprio órgão jurisdicional que prolatou a decisão.” (Reis, 2012, p. 612)

Assevera ainda Cunha:

“Cumpra ao juiz que recebe o recurso realizar um juízo de admissibilidade, também o chamado juízo de prelibação. Significa dizer que o juízo a quo analisa se o recurso interposto reúne os pressupostos objetivos e subjetivos que permitam seu conhecimento” (Cunha, 2009, p. 219)

Neste sentido, o juízo de admissibilidade é nada mais que a verificação do preenchimento de todas as condições legais para a interposição do recurso, condição sine qua non para que este seja analisado pelo órgão jurisdicional, sendo portanto, apenas aceitos os recursos que contenham todos os requisitos, se não presentes, esse não será recebido.

2 RECURSO DE APELAÇÃO

2.1 Generalidades

A apelação é o recurso cabível em face de decisões definitivas de condenação ou absolvição; decisões definitivas, sendo esta analisada por órgão jurisdicional superior, atendendo ainda o princípio do duplo grau de jurisdição, que tem por finalidade o reexame da decisão, tendo sua modificação total ou parcialmente, podendo ser ordinária ou sumária como assevera Cunha:

“A apelação pode ser ordinária ou sumária. Ordinária se o crime objeto do processo for punido

com pena de reclusão, quando a apelação, no tribunal, será processada na forma do art. 613. Sumária é a apelação para os delitos apenados com detenção ou prisão simples, quando o procedimento do recurso segue regra do Art. 610 do código.” (Cunha, 2009, p. 230)

A apelação tem natureza residual, admitida quando não se está diante das hipóteses do recurso em sentido estrito. Das decisões em que é cabível, encontram-se as proferidas pelo júri quando da: nulidade posterior à pronúncia; sentença do juiz presidente contrária à letra expressa da lei ou à decisão dos jurados; quando houver erro ou injustiça na aplicação da pena ou medida de segurança; quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos.

A apelação tem o prazo de cinco dias para ser interposta perante o órgão jurisdicional, de forma que prevê o Art. 593 do Código de Processo Penal, atente-se para que este prazo não conta a partir do primeiro dia e terá seu limite até o último dia, ou seja, o prazo só começará a contar no primeiro dia da intimação como nos ensina Cunha:

“O prazo para interposição de apelação é de cinco dias, conforme previsto no art. 593 do Código. A forma de contagem desse prazo segue na regra geral adotada para os demais recursos, devendo obedecer, assim, o disposto no art. 798, que impõe a exclusão do dia do começo do prazo e a inclusão do dia final.” (Cunha, 2009, p. 233)

2.2 Efeitos e prazo da apelação

Dentre os efeitos da apelação no processo, tem-se o efeito devolutivo; suspensivo, pois a interposição da apelação retarda a execução da sentença condenatória, mas não tem esse efeito na sentença absolutória; extensivo, tal efeito constitui regra para todos os recursos no processo penal, “A decisão proferida no recurso interposto por um correu beneficia aos demais que não impugnaram a decisão, exceto quando o recurso é fundado em motivos de ordem pessoal, não extensivos aos demais.” (Moreira, Reinaldo)

O prazo para interposição da apelação é de 05 (cinco) dias, é interposta por termo ou petição, no juízo que prolatou a decisão, que fará o exame dos pressupostos para tal recurso. Na negação ou deserção do recurso da apelação, caberá o recurso em sentido estrito, conforme aponta o artigo 581, inciso XV, CPP) Admitindo-se a apelação, intima-se o apelante, e depois, o apelado, para no prazo de 8 (oito) dias, ofereçam as razões e contra-razões.

2.3 Hipóteses de Cabimento

As hipóteses de cabimento do recurso de apelação estão dispostas no Art. 593 do Código de Processo Penal, quando a sentença definitiva da condenação ou absolvição for proferida por juiz singular, neste sentido, é necessário atentar que a decisão será condenatória quando o órgão jurisdicional proferir esta condenando julga procedente a ação total ou parcialmente, e absolutória quando julga improcedente a imputação. Tais sentenças, julgam o mérito. Explica ainda Cunha:

“Havia no entanto, exceções à regra geral, ou seja, hipóteses nas quais embora proferida uma sentença definitiva, não era cabível apelação. Assim

por exemplo, da sentença que absolvía sumariamente o réu, nos crimes dolosos contra a vida, não cabia apelação, mas recurso em sentido estrito.” (Cunha, 2009, p. 219)

Cabe ainda apelação quando das decisões definitivas, ou com força de definitiva, proferida por juiz singular nos casos não previsto no dispositivo legal, sendo tais decisões interlocutórias que põe fim a relação processual com o julgamento do mérito. Outra hipótese são as decisões do Tribunal do Juri, nas hipóteses de ocorrer nulidade posterior á pronuncia, for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou a decisão dos jurados, houver erro ou injustiça no tocante à aplicação de pena ou medida de segurança, e se a decisão for manifestadamente contrária à prova nos autos.

2.4 Interesse e legitimidade para interposição da Apelação

É massificado que na apelação só terá interesse de interpor o recurso de apelação aquela parte que de algum modo foi prejudicado com a sentença do órgão jurisdicional, para tanto, haverá uma análise do órgão prolator da sentença que observará os requisitos para sua admissão, entre esses o que é tratado neste ponto – o interesse - os remeterá o recurso ao órgão jurisdicional de instância superior.

Neste ponto, se faz interessante trazer à baila o papel do Ministério Público nas decisões que são prolatadas nas ações penais, ora, de certo que ele é muitas das vezes parte no processo penal, porém, qual dano pode ser causado ao Ministério Público com a decisão de órgão jurisdicional contrariando o que foi defendido por ele? De sorte, que a súmula 146 do STF coloca que “a prescrição da ação penal regula-se pela

pena concretizada na sentença quando não há recurso do acusação”, neste sentido propõe que só haverá legitimidade para interpor apelação aquele que tiver seu interesse lesado, neste ponto nos ensina Mirabete:

“Como só tem interesse aquele que teve seu direito lesado pela decisão, não se admitia a apelação do Ministério Público de sentença condenatória, quando objetivava simplesmente, evitar a aplicação da Súmula 146, referente à prescrição da pretensão punitiva intercorrente ou retroativa, por não ser, na hipótese, sucumbente.” (Mirabete, 2004, p. 688)

2.5 O efeito da apelação na reforma das decisões

O Código de Processo Penal, em seu art. 617, dispõe que “o tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos artigos 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença” (CPC, Art. 617), neste sentido, o dispositivo legal vem trazer a proibição da *reformatio in pejus*, que consiste em piorar a situação do réu, quando da apelação, para pior quando o mesmo tiver apelado, ficando o órgão jurisdicional vinculado ao que foi arguido na contestação. Não podendo também ter a *reformatio in pejus* indireta, que é quando a defesa apela da decisão, requerendo novo julgamento que venha agravar a situação do réu.

Doutro modo, é possível a *reformatio in melius*, que é quando o órgão jurisdicional que recebeu o recurso de apelação, melhore a situação do réu, ainda que haja divergência neste sentido, admite-se que só é proibido a reforma da decisão que venha agravar a situação do réu, tendo por escopo o princípio do *favor rei ou favor libertatis*.

3 CONCLUSÃO

O instituto do recurso em sede de direito processual penal, age de forma a pedir uma nova análise acerca da decisão proferida por determinado órgão jurisdicional, através da parte vencida na ação penal que por sua vez não sentiu-se satisfeita com a decisão proferida, recorrendo à órgão jurisdicional de maior instância para satisfazer sua pretensão.

Os recursos em suas diversas áreas e espécies são de fundamental importância, tendo respaldo constitucional quando diz a Carta Maior de 1988 “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, *com meios e recursos a ela inerentes*” (CRFB, 1988), sendo nesta seara um preceito constitucional a ser observado, respeitado e garantido.

O não contentamento de uma das partes com uma decisão proferida por órgão jurisdicional não poderá ficar ao livre arbítrio do juiz, não, ainda que pese que este também é passível de erros, e que, por meio do recurso poderá suprir a insatisfação, preenchendo os requisitos formais e legais do recurso, da parte apelante, como também corrigir um erro cometido pelo juiz *a quo*.

A espécie de recurso de apelação não fica atrás do mencionado, dando este, a possibilidade de reexame de matéria penal que foi decidida

no juízo *a quo*, de primeiro grau, em órgão jurisdicional de segunda instância, para que aquela sentença, que por sua vez será definitiva ou com força de definitiva, modificando-a total ou parcialmente.

Neste sentido, é louvável a tendência da legislação, que não submete um indivíduo a arbítrio, se assim podemos dizer, de uma só decisão que por estes ou aqueles motivos podem não contemplar a satisfação e o sentido de justiça, dando oportunidade a este de ingressar com o reexame, a revisão do que foi decidido.

REFERÊNCIAS:

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

REIS, Alexandre Cebrían Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. Coordenador: Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva. 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 16 ed. rev. São Paulo: Atlas, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal, doutrina e prática**. 1ª Ed. Ver. Salvador: Juspodivm, 2009.

ATLOÉ, Marcelo Martins. **Direito versus dever tributário: colisão de direitos fundamentais**. São Paulo: Editora RT. 2009.