

ANDRÉ LUIZ NICOLITT

INTERVENÇÕES CORPORAIS

*O Processo Penal e as Novas Tecnologias:
Uma Análise Luso-brasileira.*

Tese apresentada à Universidade
Católica Portuguesa, como requisito para
obtenção do Grau de Doutor em Direito.

Orientador:

Profº. Doutor Germano Marques da Silva

Lisboa - 2010

*À memória de Wilson Rangel Cordeiro, que viu nas sombras da minha infância,
às luzes do futuro, e tributou apoio e confiança a essa trajetória.*

SUMÁRIO

RESUMO	8
ABSTRACT	9
AGRADECIMENTOS:.....	10
INTRODUÇÃO	11
DETERMINAÇÃO DO TEMA	11
METODOLOGIA, MÉTODO E FERRAMENTAS EPISTEMOLÓGICAS.....	13
CONTEXTUALIZAÇÃO E ESTRUTURA DO TRABALHO	16
PRÓLOGO	19
A.1 O ESTADO.....	19
A.1.1 <i>A formação do Estado Moderno e o Estado Constitucional</i>	22
A.1.2 <i>Uma leitura crítica do Estado a partir de Marx e Engels e da concepção de história em Benjamin</i>	27
A.1.2.1 <i>Análise Marxista do Estado: Advertências necessárias</i>	27
A.1.2.2 <i>O Estado por Marx e Engels</i>	29
A.1.2.3 <i>A história em Benjamin</i>	32
A.1.2.4 <i>Estado: conclusão pontual relevante para o trabalho</i>	36
A.2 TEORIA DA JURISDIÇÃO E TEORIA DA JUSTIÇA	36
A.2.1 <i>Teoria da Jurisdição</i>	38
A.2.1.1 <i>Escopo da Jurisdição</i>	42
a) <i>Teoria do conflito e teoria da atuação do direito</i>	42
b) <i>Jurisdição com escopo de satisfazer pretensões (Jaime Guasp)</i>	43
c) <i>Jurisdição como função realizadora dos valores constitucionais (Owen Fiss)</i>	44
A.2.1.3 <i>Jurisdição: características</i>	48
A.2.1.4 <i>Jurisdição: conclusão</i>	50
A.2.2 <i>Teoria da Justiça</i>	50
A.2.2.1 <i>A fórmula suum cuique</i>	53
A.2.2.2 <i>Justiça em Platão</i>	54
A.2.2.3 <i>Justiça em Aristóteles</i>	55
A.2.2.4 <i>Justiça em Hobbes</i>	58
A.2.2.5 <i>Justiça em Kant</i>	59
A.2.2.6 <i>Justiça em Kelsen</i>	61
A.2.2.7 <i>Justiça e Rawls</i>	62

A.2.2.8 Justiça: nossas conclusões.....	64
A.3 VIDA E CORPO	69
A.3.1 <i>Vida e Corpo na Biopolítica de Foucault</i>	84
A.3.1.1 Autorização judicial para transfusão de sangue em Testemunha de Jeová: Uma ilustração da possibilidade de violência do poder soberano sobre o corpo e a vida ao argumento da necessária tutela da “vida”. Análise de caso concreto.....	89
A.3.2 <i>Vida Nua e Homo Sacer em Agamben</i>	97
A.4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	103
A.4.1 <i>Positivização da Dignidade da Pessoa Humana</i>	108
A.4.2 <i>Dignidade da Pessoa Humana: princípio, regra ou direito fundamental?</i>	109
A.4.3 <i>Eficácia e Aplicabilidade do Princípio da Dignidade Humana</i>	115
A.4.4 <i>Dignidade como conceito vago e indeterminado. A necessária densificação</i>	121
A.5 LIBERDADE.....	129
I. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO PENAL.....	137
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	137
1.1.1 <i>Questão conceitual: direitos fundamentais, direitos do homem e direitos humanos</i>	138
1.1.2 <i>História e dimensões dos Direitos Fundamentais</i>	140
1.1.2.1 Direitos de Primeira Geração.....	147
1.1.2.2 Direitos de Segunda Geração.....	147
1.1.2.3 Direitos de Terceira Geração	149
1.1.2.4 Direitos de Quarta Geração.....	150
1.1.3 <i>Catálogo de Direitos Fundamentais nas Constituições de Portugal e do Brasil</i>	150
1.1.3.1 Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa (1976).....	150
1.1.3.2 Direitos Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil (1988)	157
1.1.4 <i>Direitos Fundamentais e suas restrições (o problema dos limites)</i>	166
1.1.4.1 Requisitos das leis restritivas	172
1.1.4.2 Proteção do conteúdo essencial.....	174
1.1.4.3 Leis harmonizadoras e conformadoras.....	176
1.1.5 <i>Processo como Direito Fundamental: entre o “dever ser” e o “ser”</i>	177
1.1.5.1 Processo: conceito e natureza jurídica. O processo como direito fundamental.	178
1.1.5.2 O processo através do realismo de Kafka	185
1.1.5.2.1 O Processo	189
1.1.5.2.2 O Castelo	194
1.1.5.2.3 Na Colônia Penal.....	198
1.1.5.3 Situação Kafkiana: estudo de um caso do século XXI.....	202
1.1.5.3.1 Introdução ao caso	202
1.1.5.3.2 Do início da investigação: juiz inquisidor.....	203
1.1.5.3.3 Da interceptação telefônica – o fetichismo tecnológico.....	203
1.1.5.3.4 Do (inconstitucional) segredo no inquérito policial.....	205

1.1.5.3.5 O “sigilo” da acusação – inépcia da denúncia	207
1.1.5.3.6 A devassa aparentemente não realista: 26 mandados de busca – 0,02g de maconha apreendida.....	208
1.1.5.3.7 A hierarquia do arbítrio	209
1.1.5.3.8 A defesa sequer é tolerada (ou será temida?).....	211
1.1.5.3.9 “Conclusão” do Processo.....	213
II. O PROBLEMA DA VERDADE NA FILOSOFIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES À VERDADE PROCESSUAL.....	215
2.1 O SUPOSTO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL.....	218
2.2 A DIGNIDADE HUMANA COMO LIMITE A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL	221
2.3. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	223
2.3.1 <i>As três dimensões da presunção de inocência</i>	227
2.3.1.1 A presunção de inocência como regra de tratamento	227
2.3.1.2. A presunção de inocência como regra de julgamento	229
2.3.1.3. A presunção de inocência como regra de garantia	231
2.3.2 <i>Delimitação da presunção de inocência em face de outros institutos do processo penal</i>	232
a) A presunção de inocência e o favor rei	232
b) A presunção de inocência e o <i>in dubio pro reo</i>	232
2.3.3. <i>Aplicação da presunção de inocência em matéria de prova</i>	233
2.3.3.1 A presunção de inocência e o ônus da prova.....	236
2.3.4. <i>A presunção de inocência e as medidas de coação – o impacto sobre a prisão no curso do processo</i>	237
2.4 O PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE	241
2.4.1 <i>O princípio do nemo tenetur se detegere no direito brasileiro</i>	243
2.4.2 <i>O princípio do nemo tenetur se detegere no direito português</i>	245
2.4.3. <i>O princípio nemo tenetur se detegere e o interrogatório do acusado</i>	246
2.4.4. <i>O direito ao silêncio</i>	248
2.4.5 <i>O princípio “nemo tenetur se detegere”, o direito à prova e à busca da verdade real</i>	251
III – PROVAS E INTERVENÇÕES CORPORAIS.....	253
3.1 INTERVENÇÕES CORPORAIS: ASPECTOS GERAIS	253
3.1.1 <i>Intervenções corporais: conceito</i>	254
3.1.2 <i>Direitos afetados</i>	259
3.1.3 <i>Sujeitos passivo e ativo</i>	262
3.1.4 <i>Classificação</i>	264
3.1.4.1 Consentidas e não consentidas (voluntárias e coativas)	264

3.1.4.2 Invasivas e não invasivas – leves e graves	266
3.1.5 <i>Intervenções Corporais: Requisitos (leitura acrítica)</i>	269
3.1.5.1 Requisitos de Legitimação	269
a) Legalidade	269
b) Decisão Judicial	270
c) Proporcionalidade	270
d) Existência de processo, finalidade e audiência prévia.....	272
3.1.5.2 Requisitos para a execução	273
3.2 INTERVENÇÕES CORPORAIS EM ESPÉCIE	274
3.2.1 <i>Busca pessoal ou “revistas”</i>	274
3.2.2. <i>Exames radiológicos e ecográficos</i>	278
3.2.3. <i>Endoscopia</i>	279
3.2.4. <i>Extração de sangue</i>	280
3.2.5. <i>Ordens para desnudar, intervenções anais e vaginais</i>	281
3.2.6. <i>Etilômetro (bafômetro)</i>	282
3.2.7 <i>Retirada de pêlos e zaragatoa bucal</i>	287
3.3 A PROVA DE DNA NO PROCESSO PENAL.....	288
3.3.1 <i>Amostras biológicas</i>	293
3.3.2 <i>A fiabilidade dos resultados</i>	295
IV. INTERVENÇÕES CORPORAIS: UM OLHAR SOBRE A JURISPRUDÊNCIA	
CONSTITUCIONAL LUSO-BRASILEIRA	297
4. 1. ACÓRDÃO 275/2009 DO TC DE PORTUGAL	301
4.2 ACÓRDÃO 155/2007	303
4.2.1 <i>Possibilidade de restrição aos direitos fundamentais em causa: integridade física,</i> <i>liberdade geral de atuação, reserva da vida privada e à autodeterminação informacional.</i>	310
4.2.2 <i>Sobre a habilitação legal para a intervenção pretendida</i>	313
4.2.3 <i>Da possibilidade de o Ministério Público ordenar o exame</i>	316
4.2.4 <i>Do pronunciamento do Tribunal Constitucional sobre a questão de fundo e a análise</i> <i>do princípio nemo tenetur</i>	317
4.3 HABEAS CORPUS 83096-0 - STF	322
4.4 RECLAMAÇÃO 2040-1 – STF – O CASO GLORIA TREVI	325
V. INTEVERNÇÕES CORPORAIS EM MATÉRIA DE PROVA: TOMADA DE	
POSIÇÃO.....	333
5.1 AS RAZÕES IDEOLÓGICAS PARA INADMITIR AS INTERVENÇÕES CORPORAIS NÃO CONSENTIDAS	334
5.2 AS RAZÕES FILOSÓFICAS PARA INADMITIR AS INTERVENÇÕES CORPORAIS NÃO CONSENTIDAS	345

5.3 AS RAZÕES JURÍDICAS PARA INADMITIR AS INTERVENÇÕES CORPORAIS NÃO CONSENTIDAS E AS CONSEQUÊNCIAS DA RECUSA À SUBMISSÃO.	350
5.3.1 A Teoria do Direito na perspectiva do garantismo.....	350
5.3.2. Teoria do Processo Penal.....	355
5.3.3 Intervenções corporais não consentidas à luz dos direitos fundamentais	359
5.3.3.1 Da ponderação de interesses e intervenções corporais.....	362
5.3.3.2 As intervenções corporais não consentidas e a dignidade da pessoa humana	368
5.3.3.3 Intervenções corporais e o princípio do <i>nemo tenetur</i>	370
5.3.3.4. Intervenções corporais e tortura: tormenta <i>juris permissione</i>	373
5.3.3.5. Intervenções corporais não consentidas: força física, desobediência ou presunção de indícios?	379
5.3.3.6 O “Bafômetro” e a Bocca Della Verità: tomada de posição.....	382
5.3.3.7 As intervenções corporais sobre a vítima, terceiros e familiares do arguido.....	384
VI. MEDIDAS DE COAÇÃO E INTERVENÇÕES CORPORAIS	387
6.1 MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS	388
6.2 MONITORAMENTO ELETRÔNICO: PANORAMA DO BRASIL	393
6.2.1. <i>Algumas propostas para o PL 156/2009, no que tange à monitorização eletrônica.</i>	400
6.3. MONITORAMENTO ELETRÔNICO: UM OLHAR ATRAVÉS DO REALISMO DE MACHADO DE ASSIS	401
6.3.1 <i>Monitoramento eletrônico: compatibilidade sistêmica e risco cultural</i>	406
CONCLUSÃO	413
ANEXOS	429
I - REGISTRO DE OCORRÊNCIA DA NOTÍCIA CRIME (RO 139-00702/2006)	429
II - DENÚNCIA	430
III - DECISÃO HC 124822 DO STJ	441
IV - PARECER DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA (PARECER 6411/WG).....	442
V - DECISÃO NO HC 97281 DO STF	449
VI - DECISÃO NO HC 97581 DO STF	451
BIBLIOGRAFIA	453

RESUMO

A presente tese tem como tema central as intervenções corporais, com destaque, no âmbito probatório, para as intervenções não consentidas e as intervenções corporais como medidas cautelares, nomeadamente o monitoramento eletrônico. A análise crítica formulada, no campo probatório, situou as intervenções como pretensas limitações aos direitos fundamentais, não expressamente autorizadas pelas constituições do Brasil e de Portugal, concluindo pela censura constitucional em razão das barreiras impostas, destacadamente pela dignidade da pessoa humana, pela presunção de inocência, pelo *nemo tenetur se detegere*, pela inviolabilidade corporal e pela vedação à tortura, além de outros direitos fundamentais afetados. No domínio das medidas de coação, destacamos que, não obstante a compatibilidade constitucional do monitoramento eletrônico, a cultura jurídica autoritária sinaliza para seu uso abusivo, não como instrumento da liberdade, mas sim como meio de expansão do poder punitivo e opressivo do Estado. No percurso até a conclusão, foram fundamentais a abordagem filosófica sobre biopolítica de Michel Foucault e Giorgio Agamben; no plano jurídico, o garantismo penal de Ferrajoli como marco teórico; e, como ferramenta epistemológica, a literatura realista de Franz Kafka e Machado de Assis.

Abstract

The present work has, as its central theme, the body intervention, focusing on: (i) the intervention without consent, during the probation phase and; (ii) the caution measures using electronic monitoring. The critic analysis made in the probation field, has showed the interventions as pretense limitations to fundamental rights which are not expressly authorized by the Constitutions of Brazil and Portugal. We have concluded, therefore, on the unconstitutionality of those interventions, due to all imposed barriers, prominently on those related to the dignity of the human being such as, presumption of innocence, protection against self-incrimination, body inviolability and torture, among many others fundamental rights which are affected. Considering the measures of coercion, we emphasize that, notwithstanding the constitutional compatibility of the electronic monitoring, our authoritarian legal culture leads to its abuse, i.e. not as an instrument of freedom, but as a means to expand the punitive and oppressive power of the state. During our path to conclusion, the philosophical approach on biopolitics - of Michel Foucault and Giorgio Agamben - were of fundamental importance, as well as, in legal terms of criminal guarantees were the Ferrajoli theoretical framework. Finally, as a tool for overall knowledge, another great important source was the realistic literature of Franz Kafka and Machado de Assis.

Agradecimentos:

Agradeço ao Professor Dr. Germano Marques da Silva, não só pela orientação, mas pelas demonstrações de afeto pelo povo brasileiro.

Agradeço à Adriana. Sem o seu amor este trabalho não chegaria ao fim.

Agradeço ao Professor Alfredo Dolcino Motta pela inestimável contribuição em momentos tão decisivos na minha vida.

Agradeço a minha filha Luiza pelas cópias tiradas e por compreender a minha ausência; e a Cipriana Nicolitt pelos diálogos e debates, que se estenderam da Borgonha à Côtes du Rhône e inspiraram o marco filosófico desta tese.

Agradeço a Monique Lomelino, ao Marcos Villar, a Livia Martins, ao Fábio Quintana, a Márcia Pacheco e a Danielle Vilar, pela valiosa ajuda no decorrer da investigação.

INTRODUÇÃO

Determinação do Tema

A ciência é hoje a grande ameaça e a grande esperança para a vida humana. Não se pode menosprezar a importância e o valor das novas descobertas das ciências, ganhando destaque à nova biologia, que se transforma em um *thauma* filosófico por seu “assombro e maravilha”. A maravilha consiste na indicação de que os avanços técnicos e científicos são capazes de conduzir o homem a libertar-se, em proporções inacreditáveis, de sua submissão à natureza. O assombro decorre das novas formas de escravidão e sujeição advindas da tecnocracia¹.

A história da humanidade e do direito revela que os avanços tecnológicos precedem à regulação jurídica e há sempre o risco de que o homem passe a estar a serviço da tecnologia e não o contrário². O processo penal, como ramo da ciência jurídica, não está imune a este fenômeno, muito ao contrário, não são poucas as influências que a tecnologia está imprimindo nesta seara.

Os atos processuais, de forma geral, são tomados por formas impensáveis no passado. Oitiva de pessoas por videoconferência, intimações por e-mail, atos processuais totalmente digitalizados, são algumas das inovações tecnológicas já incorporadas pelo ordenamento jurídico em diversas partes do mundo, onde se incluem Brasil e Portugal.

Não na mesma proporção e rapidez, mas com grande intensidade são as reflexões e os debates éticos provocados por este panorama. Como compatibilizar, por exemplo, o interrogatório do arguido, por videoconferência, com o direito de participação³, ou o direito ao “dia na corte” (*His Day in Court*)? Como fica a coisa

¹ VALENZUELA, Juliana González. *Genoma Humano y Dignidade Humana*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005, p. 41.

² SÁNCHEZ, Juan Miguel Mora. *Aspectos Sustantivos y Procesales de la Tecnología del ADN*. Granada: Comares, 2001, p. 59.

³ FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil*. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 221.

julgada diante da verdade produzida pelos avanços da genética? Quais os limites para o uso da genética nos diversos campos do direito? Estas são algumas das perguntas que afloram no mundo jurídico e que leva a alguns a sustentarem que nossa ética é mais uma ética de interrogações que de respostas⁴.

A violência é um dos campos para os quais a tecnologia é levada como instrumento de controle e combate. O desejo por segurança alimenta parte da indústria tecnológica. O processo penal, muitas vezes é subvertido em tática de segurança, e agora, por força dos avanços tecnológicos, passa também a ser revestido de novas formas que podem pôr em risco sua essência.

Por ocasião de nossa dissertação de mestrado, investigamos a influência da violência urbana no processo penal brasileiro e a consequente subversão da presunção de inocência. Pretendemos dar continuidade a esta linha investigatória com outras nuances e aprofundamentos.

A ideia é sem perder a pré-compreensão de que o **ser** do processo é o auspício da violência (onde se inclui o terrorismo) e de que seu **dever ser** são os princípios e garantias fundamentais, buscaremos, nesta altura, ampliar o estudo da presunção de inocência para destacar sua raiz na dignidade humana e sua extensão para outros princípios, como a não autoincriminação, o direito ao silêncio, etc.

No mestrado, a análise sobre a influência da violência no processo foi feita através do recorte: prova e prisão processual. Respectivamente, tratamos da questão da admissibilidade-valorização da prova ilícita e, no segundo, da censurável expansão da prisão processual como antecipação de pena e a subversão de sua natureza cautelar, tudo ao arrepio da presunção de inocência e no acalento do clamor no combate à violência urbana criminalizada.

Nesta altura, aproveitaremos de certa forma o mesmo recorte analítico, sem olvidar por completo, porém, deixaremos um pouco de lado o *animus* (combate a violência, ou ao terrorismo), para mirar os instrumentos (novas tecnologias). Assim, a

⁴ SANJUARNBENITO, Luis. *La Dignidad de las Personas en la Práctica Clínica*. In: Dignidad Humana y Bioética. (Javier de la Torre Coordinador). Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2008, p. 134.

perspectiva será a admissibilidade-produção de provas, porém, especificamente em relação às intervenções corporais como meios de obtenção de prova; como também as medidas de coação com utilização de intervenção corporal, nomeadamente o controle tecnológico sobre o ir e vir.

Em outros termos, nossa indagação é sobre até que ponto o processo penal democrático, vinculado aos direitos fundamentais, admite as intervenções corporais, diante das possibilidades de verdade e segurança, advindas com as novas tecnologias, como, por exemplo, a genética, a eletrônica e as tecnologias digitais. Trata-se de indagar em que medida o emprego de tais tecnologias no processo penal pode significar um passo ao futuro ou um retrocesso à inquisição e ao autoritarismo.

Metodologia, método e ferramentas epistemológicas

No que tange à metodologia e ao método, também não nos distanciamos muito de nossa atividade de pesquisa do mestrado, merecendo destaque na presente investigação as ferramentas epistemológicas adotadas.

Aqui, não olvidamos tanto a pesquisa dogmática jurídica como fizemos em nossa investigação anterior, vez que buscamos pormenorizar, aprofundar e verticalizar⁵ alguns temas, como os direitos fundamentais e as intervenções corporais, mas de igual maneira, não abandonamos uma linha zetética⁶, com a pretensão postural de um investigador urbano.

Buscamos assumir um papel de produzir um conhecimento crítico, subversivo, que talvez perturbe e desordene as coisas e as idéias, as interpretações consagradas, ações corretas e eficazes, a hierarquia de valores e a racionalidade dominante, como descreve Kowarick⁷.

⁵ BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 154.

⁶ BITTAR, *Metodologia...* op. cit., p. 155.

⁷ KOWARICH, Lúcio. *Investigação Urbana e Sociedade*. In: Pluralismo, Espaço Social e Pesquisa. Elisa Reis *et al.* (Organizadores). São Paulo: Editora Hucitec, 1995, p. 54.

O Direito, em qualquer sociedade, nasce como institucionalização dos interesses dominantes. Apresentando-se em nome da racionalidade, da ordem da justiça, camufla a dominação através de uma linguagem que a faz parecer natural e neutra⁸.

Com isso, reiteramos e explicitamos o nosso método, ou seja, o método crítico. A crítica conduz a uma atividade específica da razão, de fazer divisões, discernimentos e juízos, surgindo como censor, buscando separar o joio do trigo. Na Escola de Frankfurt, a crítica aparece como “crítica da razão” relacionada com as finalidades técnicas. A crítica passa a ter uma dimensão essencial de denunciar abuso de poder e uma função de contestação e desmistificação⁹.

A crítica para nós é concebida como um instrumento de conhecimento, não admitindo nada inconscientemente e indagando sempre sobre os fundamentos, numa perspectiva intermediária entre o ceticismo e a dogmática¹⁰. A teoria crítica pós-moderna procura reconstruir a ideia e a prática da transformação emancipatória¹¹. Toda ciência é uma ciência social, e a ciência social crítica deve buscar a máxima objetividade e a mínima neutralidade, visando sempre o conhecimento-emancipação¹².

A teoria crítica realça o caráter ideológico do Direito, aproximando-o da política, como discurso legitimador do poder. Preconiza o papel do ator do direito como militante, pois o conhecimento jurídico não pode ser apenas uma interpretação do mundo, mas, sobretudo, uma transformação do mundo¹³.

Desta forma, a presente investigação, como investigação crítica, busca dois sentidos: o primeiro seria ver o que existe da perspectiva do novo que ainda não nasceu e que subjaz no existente; o segundo, apresentar um ponto de vista capaz de apontar e analisar os obstáculos a serem transpostos, para que floresçam as melhores

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Luís Roberto Barroso (organizador). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

⁹ CLÉMENT, Elisabeth, et al. *Dicionário Prático de Filosofia*. Edição Original: Paris, Hatier, 1994. 2ª edição portuguesa: Terramar, Janeiro, 1999, p. 80.

¹⁰ HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 43-44.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente vol. 1*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 29-33.

¹² SANTOS, A Crítica... Op. cit., p. 89 e 79.

¹³ BARROSO, Fundamentos... Op. cit., p. 14.

potencialidades presentes no existente¹⁴. Em termos concretos, olhar os direitos fundamentais que existem na sombra das proclamações e apontar os obstáculos que evitam que eles se revelem na luz da realidade e da vida social.

A teoria crítica oferece resistência à concepção de um direito dotado de completude ou autossuficiência, que o afasta de outros conhecimentos teóricos. Portanto, a interdisciplinaridade, que colhe conhecimentos em outras áreas do saber, colabora sobremaneira a esta perspectiva crítica¹⁵.

Neste sentido ganha destaque o que chamamos de ferramentas epistemológicas, utilizadas nesta investigação. Gherzi indaga se é possível excluir do direito a ideologia como ferramenta de análise e reflexão, bem como, se é possível ensinar o direito sem se socorrer da sociologia ou da economia¹⁶. De nossa parte, não podemos olvidar a importante aproximação entre direito e psicanálise, coordenada no Brasil pelo professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹⁷.

Nossa investigação recorreu a outros saberes, como a sociologia e a filosofia, a fim de formar uma análise crítica do tema. Merece destaque, como ferramenta epistemológica, a literatura, utilizada por nós em duas oportunidades.

O termo literatura aqui adotado é bastante simplificado, circunscrevendo um campo das letras que ganhou autonomia e especialização em relação às belas artes, reunindo, assim, um conjunto de escritos, geralmente ficcionais, através das mais variadas formas, como crônicas, romances, poesia, teatro, etc.¹⁸

Como destaca Adriana Facina, a literatura é perfeitamente utilizável para as pesquisas no campo das ciências sociais, seja utilizando a obra literária como fonte, seja

¹⁴ NOBRE, Marcos. *A Teoria Crítica*. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro, 2004, p. 10.

¹⁵ BARROSO, *Fundamentos...* Op. cit., p. 14-15.

¹⁶ GHERZI, Carlos Alberto. *Metodología de la Investigación en Ciencia Jurídicas*. Buenos Aires: Gowa Ediciones Profesionales, 2001, p. 27-34.

¹⁷ Vale referir por tudo: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson (Coordenador). *Direito e Psicanálise – interseções a partir de “O Processo” de Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; e *Direito e Psicanálise – interseções a partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁸ FACINA, Adriana. *Literatura e Sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 7-9.

fazendo da própria criação literária objeto de investigação¹⁹. Para nós, a literatura ilumina, verdadeiramente, as ciências sociais.

Por tal razão, lançamos mão de dois autores representantes do realismo: Franz Kafka e Machado de Assis. Encontramos nestes dois autores um elemento de coerência em uma investigação bifronte, como a nossa, que tem por foco duas realidades, a da Europa (Portugal) e da América (Brasil). Não obstante as diferenças de todas as ordens que as separam, encontramos em Kafka e em Machado, respectivamente, representantes do realismo europeu e brasileiro, um ponto em comum para a análise do nosso tema, mostrando, sob certos aspectos, destacadamente sobre o exercício do poder, que Europa e América são iguais em desgraças e perigos.

Através de três obras de Kafka, lançamos o olhar sobre o processo penal e, a partir de um conto de Machado de Assis, iniciamos nossa análise crítica sobre o monitoramento eletrônico.

Ademais, para a efetiva demonstração do realismo, em dois momentos, lançamos mão também, de estudo de caso judicial, para demonstrar a incidência prática de nossas reflexões.

Além disso, como moldura teórica, reiteramos o garantismo de Ferrajoli, tal qual fizemos por ocasião da dissertação de mestrado, agregando, no entanto, reflexões filosóficas a partir de Michel Foucault e Giorgio Agamben, sem olvidar da leitura sociológica, tendo por referência Karl Marx e Walter Benjamin.

Contextualização e estrutura do trabalho

A presente investigação traduz-se em uma tese, através da qual se pretende obter o doutoramento perante a Universidade Católica Portuguesa em Lisboa. O presente investigador, de nacionalidade brasileira, adotou como contexto da análise, o ordenamento jurídico-constitucional e a incidência sobre as realidades do Brasil e de Portugal.

¹⁹ FACINA, *Literatura...* Op. cit., p. 43-44.

Por tal razão, as dificuldades na abordagem se multiplicam. Primeiro porque há que se considerar, sempre e precisamente, dois ordenamentos jurídicos, duas realidades, o que importa diversidade de problemas. Ademais, uma investigação deste porte deve ter a pretensão de atender aos anseios acadêmicos e práticos dos dois países, isto é, deve representar uma contribuição dúplice, sem o que perderia a razão e sentido este fascinante encontro entre um estudante brasileiro e uma Universidade Portuguesa, o que também agrega dificuldades de toda ordem, inclusive formais.

Por tais fatos, justificamos, por exemplo, o cuidado com a indicação e, muitas vezes, reprodução em notas, dos dispositivos legais, tendo em vista que tratamos incontáveis vezes, de dispositivos semelhantes dos dois países. Não olvidamos, ainda, as referências jurisprudenciais dos Tribunais do Brasil e de Portugal, bem como as pesquisas bibliográficas também nestas duas nações²⁰.

Em meio a tudo isso, atravessamos, ao longo da investigação, reformas pontuais na legislação portuguesa e brasileira, e, ainda, uma reforma ortográfica, que embora pretenda aproximar a língua portuguesa das duas nações, decerto, aproxima também maiores dificuldades para seus usuários.

Não obstante todas as dificuldades enfrentadas, a experiência, consubstanciada em uma investigação com perspectiva luso-brasileira, é, sem sombra de dúvida, enriquecedora e acaba revelando resultados muito positivos, como é possível verificar no desenvolvimento do trabalho.

A tese está estruturada da seguinte forma: **Prólogo** - uma espécie de prolegômenos, no qual apresentamos nossas pré-compreensões ou ideias introdutórias que conduzirão à investigação; **Capítulo I** - momento em que discorremos sobre os direitos fundamentais, bem como sobre o processo penal como fundamental (dever ser) e realidade social (ser); **Capítulo II** - onde abordamos os problemas da verdade na filosofia, relacionando-a aos direitos fundamentais; **Capítulo III** - oportunidade em que

²⁰ No que tange às referências bibliográficas, demos ênfase à funcionalidade e não à forma. Por tal razão, mitigamos a regra de efetuar a primeira referência a uma obra com todas as informações necessárias, abreviando as referências seguintes recorrendo à expressão “op. cit.”, na medida em que, por vezes, voltamos a fazer referência completa da obra - sem abreviatura - toda vez que as notas seguintes estiveram muito distantes das anteriores, ou ainda que por outras razões, mas sempre para facilitar a leitura, a compreensão e a informação completa das referências bibliográficas.

apresentamos as intervenções corporais, com ênfase no campo probatório; **Capítulo IV** - onde lançamos um olhar sobre a jurisprudência constitucional de Portugal e do Brasil acerca das intervenções corporais; **Capítulo V** - que trata da explicitação de nossa posição e conclusão sobre a possibilidade das intervenções corporais não consentidas, no âmbito probatório, no processo penal do Brasil e de Portugal; **Capítulo VI** - espaço no qual enfrentamos a questão das intervenções corporais no âmbito das medidas de coação, designadamente, a questão do monitoramento eletrônico e o panorama de Portugal e do Brasil, e por fim, **Conclusão, Anexos e Referências Bibliográficas**.

PRÓLOGO

Para caminhar com mínima segurança na trajetória investigativa pretendida, impende ter, à guisa de prólogo, algumas concepções e ideias introdutórias, elucidativas e prévias, que nortearão o desenvolvimento de nosso estudo.

Trata-se, de certa forma, de apresentar o modo de ver o mundo e as coisas, relativamente ao que interessa ao tema, bem como, de desnudar a posição que o homem ocupa neste contexto. Destarte, incumbe apresentar as breves notas que seguem.

A.1 O Estado

Nos estágios pré-históricos de cultura humana, foram destacados com precisão o estado selvagem, a barbárie e a civilização.

Na infância do gênero humano, isto é, na fase inferior do estado selvagem, o homem vivia nos bosques tropicais ou subtropicais, protegido pelas árvores para subsistir às grandes feras selvagens e se alimentava basicamente de frutos e raízes, até chegar a fase superior do estado selvagem, que culminou na aquisição de instrumentos como o arco, a corda e a flecha, quando passou a viver da caça, havendo alguns indícios de residência fixa.

Os traços característicos do período da barbárie são a domesticação e a criação de animais, o cultivo de planta e o uso da cerâmica. Em sua fase superior, já na transição para a civilização, destacamos a fundição do minério de ferro que permitiu a construção de instrumentos como os foles de forja, o moinho a mão, a roda de olaria e, os trabalhos de arte, chegando-se à civilização com a invenção da escrita alfabética e seu emprego para registros literários. Na chamada civilização, o homem continua aprendendo a elaborar produtos, desenvolvendo a indústria e arte. Como signos destes estágios, poderíamos sintetizar que o estado selvagem teve o arco e a flecha, a barbárie e a espada de ferro e a civilização, a arma de fogo.

Para além do fato de tais estágios não terem ocorridos simultaneamente em todas as partes do globo, até então, não poderíamos falar sequer em um rudimento do que hoje se chama Estado. Com a sedimentação dos povos em territórios e a aquisição de riquezas, surge a violência como forma de aquisição dessas riquezas, e assim, a

necessidade de uma instituição que assegurasse essas novas riquezas individuais, isto é, a propriedade privada, então, diz-se que esta instituição nasceu, *inventou-se o Estado*²¹.

A gênese do Estado não encontra melhor referência que a antiga Atenas, onde se vê a formação de poderes governamentais e uma força pública armada a serviço das autoridades que podia ser dirigida contra o povo. Assuntos que, até então, eram resolvidos pelas tribunas passaram a administração central em Atenas, surgindo o sistema de leis ateniense popular. Os atenienses instituíram um corpo de guarda a pé e a cavalo, com arqueiros, constituídos de escravos. O comércio se desenvolve, bem como a acumulação de riquezas, e há o surgimento de classes sociais antagônicas – escravos e homens livres, clientes e cidadãos.

Roma também fornece uma boa ilustração da antiga formação do Estado. O povo romano era formado por três tribos. A gestão dos negócios públicos era do Senado (conselho de anciãos), composto por chefes das trezentas gens²². Com o crescimento da população de Roma e do território romano em função da imigração e da integração de habitantes, o nascente Estado de Roma passou a ter novos súditos que estavam fora da gens, da cúria e da tribo. Os novos súditos não formavam o povo romano e não participavam do poder, constituíam a plebe, excluída de direito públicos, mas eram livres, podiam possuir terras e prestavam tributos e serviço militar.

Diante de tais fatores e com o decorrer do tempo, adveio uma nova constituição, com nova configuração do poder, não mais distribuído em função da consangüinidade (gens, cúrias, tribo), e sim, baseada na divisão territorial e nas diferentes riquezas. As classes eram divididas de forma que havia uma força pública formada pelos cidadãos sujeitos ao serviço militar, que se opunham aos escravos e a classe excluída do serviço militar e impedida de usar armas (proletários). Marcada pelo antagonismo entre patrícios e plebeus, esta configuração se manteve pela história da República Romana.

Entre os germanos, sucessores do Império Romano, o Estado surgiu em razão da conquista de grande território estrangeiro que o regime gentílico não era capaz de

²¹ ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. Tradução de Leandro Konder – 14ª edição, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

²² As gens eram grupos consangüíneos ligados por uma autoridade política comum. Dez gens formavam uma cúria (ou fratria) e dez cúrias uma tribo.

dominar. Não obstante, como a conquista não coincidia com uma luta entre a antiga população, tampouco com uma divisão de trabalho mais profunda, a antiga base econômica da sociedade e a gens tiveram uma vida mais longa, por vários séculos, ainda que modificadas.

Em resumo, em Atenas, o Estado nasceu do antagonismo de classes no seio da sociedade gentílica. Em Roma, os gentílicos se converteram em uma aristocracia fechada, rodeada por uma plebe numerosa, excluída de direitos e assoberbada de deveres, que ao final, vitoriosa, destruiu a estrutura gentílica e edificou o Estado romano. Por fim, entre os germanos, as diferenças de classe foram mais amenas, a estrutura gentílica foi mais perene.

Por tal razão, conclui Engels que:

O Estado não é, pois, de modo algum, um poder que se impõe à sociedade de fora para dentro; tampouco é “a realidade da idéia moral”, nem “a imagem e a realidade da razão”, como afirma Hegel. É antes um produto da sociedade, quando esta chega a um determinado grau de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irremediável contradição com ela própria e está dividida por antagonismos irreconciliáveis que não consegue conjurar. Mas para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos colidentes não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, faz-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dentro dos limites da “ordem”. Este poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela se distanciando cada vez mais, é o Estado²³.

Para o autor referido, é possível reconhecer a instituição do Estado na estrutura que superou a organização gentílica em função das seguintes características: a) o agrupamento dos seus súditos de acordo com uma divisão territorial; b) a instituição de uma força pública diversa do que quando se tinha o povo em armas; c) as contribuições por parte dos cidadãos do Estado (impostos)²⁴.

²³ ENGELS, *A Origem...* Op. cit., p. 191.

²⁴ ENGELS, *A Origem...* Op. cit., p. 192.

A.1.1 A formação do Estado Moderno e o Estado Constitucional

A partir da desintegração do império romano do Ocidente, a Europa Ocidental se organizou em reinos que resultaram da fusão entre sociedades germânica e romana. Tais reinos não eram perenes e ocorreram na transição do escravismo para o feudalismo, com a decomposição do Estado e das monarquias centralizadas como instituições políticas.

O panorama, entre os séculos V e X, era de fragmentação do território e descentralização do poder, o Rei era uma figura decorativa sem poder de fato. Contudo, com o renascimento do comércio e o desenvolvimento da burguesia - interessada em remover obstáculos da descentralização, como diversidade de moedas, impostos, pedágios, insegurança e diversidade de leis - houve a aliança da burguesia-realeza proporcionando as condições para a centralização do poder e a conseqüente formação dos Estados Nacionais.

O primeiro Estado a se formar foi o Reino de Portugal em 1139, com a vitória afonsina na batalha de Ourique, mais tarde consolidada no Tratado de Zamora (1143). O ambiente Ibérico era de crescimento econômico e expansão marítimo-comercial. O crescente fortalecimento de Portugal (século XV) alarmou as Monarquias de Castela e Aragão que acabaram se unindo com o casamento dos Reis Católicos Isabel de Castela e Fernando de Aragão, o que mais tarde (1515) permitiu o surgimento da Espanha como Estado-Nação.

A França, no século XVI, apresentou-se com poderes absolutos para Francisco I e Henrique II, respondendo apenas perante Deus. Todavia, é no século XVII que a França conhece o apogeu do Estado absolutista, mormente, com Luís XIV que representou o ponto culminante do absolutismo monárquico francês.

Na Inglaterra, a afirmação do absolutismo monárquico foi auxiliada pela Reforma. Henrique VIII, fundador e logo chefe da igreja Anglicana, confiscou e vendeu parte dos bens eclesiásticos, o que permitiu o cercamento dos campos e o chamado capitalismo agrário. O apogeu do absolutismo se deu com os *Tudor*, designadamente no reinado de Elizabete I, época de grande prosperidade econômica.

Vimos, assim, que o mundo conhece então um peculiar formato de Estado, o Estado Absolutista, cujo poder era ilimitado e concentrado, não dependia de outros

órgãos, fossem legislativos, judiciais, religiosos ou eleitorais. Primeiramente, tal poder se justificava em Deus e em seguida no Contrato.

Na França, as ideias do teórico Jean Bodin ilustraram o Estado Absolutista no *ancien regime*. Para o Jurista francês, a soberania é um poder perpétuo e ilimitado que tem como únicas limitações a lei divina e a lei natural e o poder soberano só existe quando concentrado na mão do governante. O poder do soberano é reflexo do poder divino e, portanto, os súditos devem obediência ao soberano.

Jacques-Bénigne Bossuet, bispo e teólogo francês, foi um dos primeiros a defender o absolutismo político e o argumento de que o governo era divino e de que o poder dos reis era conferidos por Deus. Autor da Política tirada da Sagrada Escritura, foi o supedâneo teórico de Luís XIV de França, chamado “Rei Sol”.

A doutrina política e religiosa europeia do *Direito Divino dos Reis* baseava-se na crença de que o monarca tinha o direito de reinar por vontade de Deus, e não em razão da vontade de seus súditos e que qualquer tentativa de depor o monarca ou restringir seus poderes seria contrária a vontade de Deus.

O Estado absolutista também encontrou sua justificação no contrato social na perspectiva de Hobbes. Para este, a sociedade necessita de uma autoridade que assegure a paz e a segurança comum, para tanto, os membros da sociedade devem abrir mão de sua liberdade natural e permitir uma autoridade inquestionável, o *Leviatã*. O homem só pode viver em paz se contratar (concordar) em submeter-se a um poder absoluto e centralizado.

Com o advento das revoluções científicas do século XVII e as ideias do iluminismo do início do século XVIII, vemos o antigo regime enterrado. A burguesia, cansada de ter apenas o capital que sustentava a Monarquia absoluta e insatisfeita com seu aniquilamento político-jurídico, deixou aflorar os antagonismos de classe existentes entre ela, o Rei, o Clero e a Nobreza.

Neste contexto, as ideias de teóricos como Locke, Montesquieu e Rousseau foram as críticas perfeitas que abriram os caminhos para um Estado Constitucional. Com a força da Revolução Industrial do século XVIII, que sedimentou o capitalismo como

modo de produção, houve a ruína do antigo regime através das revoluções liberais, notadamente a Revolução Francesa.

Agora o contrato social passa a ser um pacto de associação e não de submissão. Parte-se da ideia de que todo homem nasce livre e igual e o Estado é objeto de um contrato no qual os indivíduos não renunciam a seus direitos naturais, ao contrário, contratam uma forma para a proteção desses direitos, o Estado (Rousseau). O Poder neste Estado não é mais ilimitado, mas ao contrário, é constitucionalmente limitado (Locke) e a separação dos poderes (Montesquieu) passa a ser o cariz que persiste até os tempos atuais.

Não olvidamos as novas cores do contratualismo em razão do que se chama contratualismo liberal, que tem em John Rawls seu grande expoente. Ocorre que, para os objetivos deste prólogo, cumpre apenas anotar que a distinção entre o referido contratualismo liberal e o clássico consiste basicamente no fato de que, no último, basta o consenso voluntário para legitimar o soberano, isto é, o que é voluntário não é injusto. Já o contratualismo liberal não se contenta com o consenso, o plano da ética e da moral ganha relevo de forma que mesmo no consenso pode haver injustiça. Portanto, não só os atos dos governos eleitos, mas também, os atos dos cidadãos-eleitores ao consentir, passam a estar fortemente vinculados a seus conteúdos substantivos²⁵.

Dito isto, com o Estado Constitucional, chega-se a ideia de que o direito limita o poder. Nesta altura, a configuração do Estado, como poder, povo, território e soberania, está bem definida. Não obstante, como já se afirmou poeticamente, o mundo não para, e os Estados encontram com a globalização novas cores e novos tons; é a formação da aldeia global.

A ideia de soberania possui uma dimensão interna que representa a incomensurabilidade do Estado frente a qualquer outro sujeito. Diante do Estado soberano, não existe outra relação senão a sujeição. Na dimensão externa, o Estado se apresenta como fortalezas fechadas, protegidas pelo princípio da não ingerência²⁶.

²⁵ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 427.

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Ed. Trotta, 2002, p. 10.

Porém, desde o final do século passado, atuam forças corrosivas internas e externas, como o pluralismo político e social interno que se opõe a ideia de sujeição e a formação de centros alternativos e concorrentes com o Estado que operam no campo político, econômico, cultural e religioso. Ademais, a institucionalização de integração de poderes supra-estatais com subtração da disponibilidade dos Estados e a possibilidade de indivíduos defender direitos perante cortes internacionais frente aos Estados aos quais pertencem, tudo isso, demonstra que a soberania sofreu modificações no Estado Constitucional²⁷.

Aqui também, por força da dinâmica do modo de produção capitalista, a necessidade de novos mercados exige a eliminação de restrições. Com o avanço tecnológico, a facilidade de comunicação, tudo isso favorece o fenômeno, inicialmente econômico, chamado de globalização. Surge com ela uma nova ordem planetária. Esta nova conformação não se contenta com a dimensão econômica, e o Estado, até então conhecido, sofreu fortes impactos, originando verdadeiramente uma nova ordem política. A ideia de soberania sofre abalos, nomeadamente, quando o direito interno passa a se submeter ao direito produzido fora e acima das fronteiras do Estado e quando a jurisdição interna passa a se pautar não só por legislação não-nacional, como por decisões de cortes e comissões não nacionais.

Isto se dá como explica Habermas, porque os imperativos da globalização desnacionalizaram as economias e forçaram os Estados a aceitarem certas reduções em suas soberanias, para não perderem competitividade, garantindo assim, a sobrevivência²⁸.

Passamos a conhecer desta forma, o chamado direito comunitário e vemos então sua primazia sobre o direito interno. É na União Europeia que temos o melhor exemplo deste novo perfil de Estado, sem olvidar do Mercosul na América do Sul cujo nível de integração ainda é incipiente. Na União Européia, encontramos um mercado único, uma única moeda, e políticas comuns no campo da agricultura, pesca, comércio e

²⁷ ZAGREBELSKY, *El Derecho...* Op. cit., p. 11-12.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Una Costituzione per l'Europa?* Trad. para o Italiano de Leonardo Ceppa, Fabio Fiore e Gabriela Silvestrini. In ZAGREBELSKY, Gustavo, PORTINARO, Píer Paolo e LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996, p. 369-375.

transporte. Ademais, há importantes iniciativas de coordenação e cooperação em atividades judiciais e de defesa dos Estados Membros, inclusive o desiderato de uma Constituição Europeia.

No campo político, o governo é supranacional, com a transferência de parte da soberania dos Estados-Membros para a União, aplicando-se uma organização intergovernamental.

No âmbito da União Europeia, a integração é de tal ordem que conta com instituições bem definidas como o Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia, Comissão Europeia, Tribunal de Justiça da União Europeia e Tribunal de Contas da União Europeia.

Dieter Grimm destaca que *a União Europeia não é uma instituição internacional de tipo tradicional, mas de um novo tipo que dispõe de direitos de soberania transferidos a ela pelos Estados-membros e exercidos com eficácia direta sobre o plano estatal interno*. Os poderes de soberania não são disciplinados pelo direito constitucional que, quando muito, regula os pressupostos que autorizam a transferência dos direitos de soberania para a Comunidade, mas, uma vez transferido o exercício de tais direitos, é sobreposto aos órgãos da Comunidade, e não ao direito nacional²⁹.

A instituição da União Europeia foi uma forma necessária de proteção dos Estados nacionais contra uma globalização econômica que produz miséria pós-industrial, sendo assim, verdadeiramente, uma alternativa para a preservação, ao menos, da essência dos Estados nacionais³⁰. Com isso, não temos dúvida que atualmente, por força da globalização econômica, os Estados nacionais possuem um perfil muito diverso do que existia nos séculos anteriores, o que podemos chamar de Estados globalizados.

²⁹ GRIMM, Dieter. *Una Costituzione per l'Europa?* Trad. para o Italiano de Leonardo Ceppa, Fabio Fiore e Gabriela Silvestrini. In ZAGREBELSKY, Gustavo, PORTINARO, Píer Paolo e LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996, p. 339-367.

³⁰ HABERMAS, *Una Costituzione...* Op. cit., p. 370-372.

Cabe agora uma análise crítica em torno do Estado, o que nos será útil para entender a jurisdição, o processo e, por consequência, os meios de provas e as medidas de coação.

A.1.2 Uma leitura crítica do Estado a partir de Marx e Engels e da concepção de história em Benjamin

A.1.2.1 Análise Marxista do Estado: Advertências necessárias

A primeira delas é que não temos dúvida de que Marx nunca se ocupou sistematicamente do tema Estado, tampouco foi autor de uma Teoria do Estado em sentido estrito. Não obstante, é possível reconstruir seu pensamento sobre o Estado através de indicações esparsas em suas obras econômicas, históricas e políticas, até porque, não há obra sua que não traga passagens relevantes e esclarecedoras sobre o problema³¹.

A segunda advertência, que devemos fazer, refere-se ao risco de se adotar Marx como moldura teórica em razão do que se chama crise do marxismo.

Um dos critérios com que se julga, equivocadamente ou não, a validade de uma filosofia ou de qualquer ciência é a sua capacidade de fazer previsões exatas. Há assim um julgamento sobre a maior ou menor coincidência entre o que foi previsto e o que ocorreu³².

Afirma-se a crise do marxismo, primeiramente, porque onde se instaurou um Estado socialista não houve de fato um Estado mais democrático do que o Estado burguês, como se previa. Tampouco, deste Estado socialista adveio uma forma de Estado que indiciasse a extinção do Estado conforme a tradição do pensamento marxista³³, muito ao contrário. Em resumo: a) não houve a derrocada do capitalismo pelas suas próprias contradições internas; b) a primeira revolução capitalista em um país de capitalismo atrasado ao invés de conduzir a extinção do Estado criou um Estado

³¹ BOBBIO, Norberto. *Nem com Marx, nem contra Marx*. São Paulo: Ed. UNESP, 2006, p. 150-151 e 275.

³² BOBBIO, *Nem com Marx*. Op. cit., p. 272.

³³ BOBBIO, *Nem com Marx*. Op. cit., p. 273.

totalitário e c) o capitalismo, para além de não ter sido destruído, superou o primeiro Estado socialista da história.

Todavia, duas ideias nos instigam a esta aventura de olhar o Estado sobre a ótica do marxismo. A primeira refere-se a dúvida levantada por Bobbio sobre a existência de uma “crise no marxismo” ou da simples existência de “marxistas em crise”, vale transcrever:

Para concluir, comecei a falar de crise do marxismo para adotar a linguagem corrente. Mas na realidade, para alguém como eu, que não é nem marxista nem antimarxista, e considera Marx um clássico com quem é preciso fazer as contas, como se faz com Hobbes ou com Hegel, não existe tanto uma crise do marxismo quanto marxistas em crise. Somente um marxista, enquanto retém que o marxismo é uma doutrina universal, ou um antimarxista, enquanto retém que o marxismo deve ser refutado do princípio ao fim, podem corretamente dizer, com dor e com prazer, que o marxismo está em crise. O primeiro, porque não encontra aquilo que acreditava que iria encontrar, o segundo, porque a partir da constatação de um erro decreta sua falência e seu fim.

Em vez disso, do ponto de vista de quem nunca aceitou a obra de Marx como uma doutrina completa nem completável com sutis procedimentos hermenêuticos, reconhecer nela uma deficiência não constitui uma razão para que se declare sua crise, do mesmo modo que a crítica, digamos, da teoria weberiana do nascimento do capitalismo não constitui uma razão para que se deva decreta a falência da obra de Weber. Pessoalmente, creio que se deva falar mais apropriadamente de marxistas em crise, porque precisamente para os marxistas que a descoberta de um erro ou de uma lacuna na obra de Marx – coisa que pra um não-marxista nada tem de particularmente traumático – cria um mal estar que se pode chamar, subjetivamente, de crise³⁴.

A outra ideia, sistematizada por Costanzo Preve, é a constatação de que Marx não é um ponto de chegada e sim um ponto de partida. Em brilhante metáfora, compara o marxismo ao “fio de Ariadne”. Mitologicamente, este fio serve para sair do labirinto e não para matar o minotauro, ou seja, o marxismo é uma bússola e não uma arma. Para o autor, não se pode ocultar os erros do marxismo, como o de subestimar a força expansiva do capital e superestimar a capacidade política da classe operária. Não obstante, estes erros não ofuscam a validade e a atualidade da crítica marxiana do

³⁴ BOBBIO, *Nem com Marx*. Op. cit., p. 280.

capitalismo. A conclusão é que *o capitalismo de hoje é perfeitamente reconhecível à luz das categorias marxianas, ainda que seja mais forte do que era há cem anos*³⁵.

Importante então proceder ao que se chama dissociação dos muitos Marx existentes, o economista, o historiador, o sociólogo, o filósofo e o revolucionário e porque não o profeta. Paulo Sylos Labini, oportunamente escreveu:

...quanto mais diretamente as teses de Marx estão associadas a seu programa revolucionário, mais é preciso desconfiar delas, ao passo que as teses mais afastadas daquele programa, ou seja, as teses verdadeiramente analíticas, são consideradas e valorizadas, sempre com olhos críticos mas com menor suspeita³⁶.

Desta forma, não fugiremos de adotar a análise marxista no que diz respeito ao tema Estado. Antes, porém, um breve acordo semântico sobre o que entendemos por marxismos. Para tanto, uma vez mais nos socorremos de Bobbio.

Entende-se por marxismos o conjunto das ideias, dos conceitos, das teses, das teorias, das propostas de metodologia científica e de estratégia política e, em geral, a concepção do mundo, da vida associada e da política, consideradas como um corpo homogêneo de proposições até constituir uma verdadeira e autêntica “doutrina, derivadas das obras de Karl Marx e de Friedrich Engels³⁷.

A.1.2.2 O Estado por Marx e Engels

Em 1859, no prefácio de *Para a Crítica da Economia Política*, Marx deixou registrado que *tanto as relações jurídicas quanto as formas do Estado não podem ser compreendidas nem por si mesmas nem pela chamada evolução geral do espírito humano, mas antes têm suas raízes nas relações materiais de existência*³⁸.

Para Marx, o Estado é visto como uma superestrutura em relação à sociedade pré-estatal, lugar em que se formam e se desenvolvem as relações materiais de

³⁵ BOBBIO, *Nem com Marx*. Op. cit., p. 286-289.

³⁶ SYLOS LABINI, Paolo. *Carlo Marx: è tempo di un bilancio*. *Il Ponte*, v. 47, n. 8-9, ago./set. 1991, p. 24.

³⁷ BOBBIO, *Nem com Marx*. Op. cit., p. 149.

³⁸ MARX, Karl. *Per la Crítica dell'Economia Política*. Roma: Rinascita, 1957, p. 10.

existência. O Estado é o conjunto de instituições políticas no qual se concentra a máxima força imponente, ou então, *violência concentrada e organizada da sociedade*³⁹.

Nos manuscritos econômicos-filosóficos de 1844, Marx expressa que o Estado não é o momento subordinante, mas o momento subordinado do sistema social. A família, o Estado, o direito, a moral, a ciência, a arte etc. são apenas modos particulares da produção⁴⁰.

Marx vê no Estado burguês um instrumento de domínio de classes, manifestando que a sociedade civil é o lugar em que estão as classes sociais e seus antagonismos, e o Estado é o aparelho cuja função principal é, em geral, a de impedir que o antagonismo degenera em luta perpétua. O Estado não media neutramente interesses das classes opostas, mas reforça e contribui para manter o domínio da classe dominante sobre a dominada⁴¹. No Manifesto Comunista, afirma-se que o *poder político, propriamente chamado, é, meramente, o poder organizado de uma classe para oprimir outra*⁴².

Na clássica obra de Engels⁴³, a origem do Estado está umbilicalmente associada aos antagonismos de classes e, desmascarada está a função do Estado como instrumento de dominação de uma classe sobre a outra.

As ideias marxistas sobre o Estado são fundamentais para uma análise crítica. Não se pode ver o Estado, ou quaisquer de suas funções, perdendo de vista sua missão opressora e sem ter a percepção de sua não-neutralidade. Não se pode ter ilusão de que a simples existência do Estado, mesmo o Estado de Direito, seja capaz de banir desigualdades, opressões e suprimir por completo os espaços de barbárie.

Há que se ter em mente que a Revolução Francesa não foi uma revolução completa, porque foi somente política, e que a emancipação política não é ainda a emancipação humana⁴⁴.

³⁹ MARX, Karl. *Il Capitale*. V. I, Roma. Ed. Riuniti, 1965, p. 814.

⁴⁰ BOBBIO, *Nem com Marx*. Op. cit., p. 156.

⁴¹ BOBBIO, *Nem com Marx*. Op. cit., p. 157.

⁴² MARX, Karl. *O Manifesto Comunista*. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 2007, p. 45.

⁴³ ENGELS, *A Origem...* Op. cit.

⁴⁴ BOBBIO, *Nem com Marx*. Op. cit., p. 157.

É incontestável a dificuldade do direito controlar o poder, aliás, não raro o poder se serve do direito. O Estado de direito não evita o exercício do poder fora da lei. Fenômenos como o fascismo e o nazismo não desaparecem automaticamente em países “civilizados” e podem surgir no seio do Estado-nação⁴⁵.

Neste passo, andou bem Agamben ao colocar em questão o próprio contratualismo detalhando que para os sofistas há uma conexão entre justiça (*Bía*) e violência (*Díke*) e que o soberano (*nómos*) é o que “com a mão mais forte” tem a violência justificada e, não obstante, Platão diz que a Lei deve reinar sobre os homens e não os homens sobre a lei, colocando fora de jogo a distinção *phýsis* e *nómos* e excluindo a confusão soberana de violência e direito. É a concepção sofista que vai prevalecer em Hobbes, ou seja, a indistinção entre violência e direito, isto é, o estado de natureza sobrevive na pessoa do soberano. Para o referido autor italiano, o estado de natureza convive no seio do estado de direito em uma coincidência cada vez maior através da expansão do chamado “estado de exceção”, concluindo que, quando o estado de exceção tende a se tornar regra, ocorre uma coincidência entre estado de direito e estado da natureza⁴⁶.

A prisão de Guantánamo colocada no berço de um “Estado Democrático”, a *zone d’attente*, onde os estrangeiros podem ficar detidos quatro dias sem a intervenção de autoridade judiciária. Certas periferias das cidades e, para nós, algumas instituições correcionais no Brasil são verdadeiros campos metamorfoseados que ilustram a matriz oculta da política em que ainda vivemos, isto é, são espaços nos quais o ordenamento normal é de fato suspenso, e aí, cometer ou não atrocidades não depende do direito, mas somente da civilidade e do senso ético da polícia que age provisoriamente como soberana⁴⁷.

⁴⁵ LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma Leitura das Teses “Sobre o conceito de História*. São Paulo: Boitempo, 2005, 85.

⁴⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida Nua I*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002, p. 37-45.

⁴⁷ AGAMBEN, *Homo...* Op.cit., p. 181-182.

A.1.2.3 A história em Benjamin

Considerando a história das ideias do século XX como uma grande estrada do pensamento, as teses de 1940 de Walter Benjamin parecem um desvio que leva a um destino desconhecido. Benjamin rompe com uma história fechada, progressiva, linear e previsível, para adotar uma história aberta, tanto para o passado, como para o presente e principalmente para o futuro. Portanto, imprevisível, ao menos relativamente.

No curso da história, há um núcleo inarredável do “inesperado” que não é aferível ainda que por métodos rigorosos de “cálculos de probabilidades”. Trata-se da resultante não apenas das limitações dos métodos de conhecimento em ciências sociais, mas também, da própria “*práxis* humana”. Explica Löwy:

Nada de místico ou “irracional” nessa constatação. Ela decorre da própria natureza da política como atividade humana coletiva e plural, certamente condicionada pelas estruturas sociais e econômicas existentes, mas capaz de ultrapassá-las, de transformá-las, de perturbá-las, criando o novo. Independentemente de se designar essa dimensão irreduzível como “fator subjetivo”, “voluntarismo”, “liberdade do indivíduo”, “autonomia dos atores sociais” ou “projeto humano”, o que ocorre é que a ação política escapa a qualquer tentativa de analisá-la como simples função das estruturas ou, o que é pior, resultado das “leis científicas” da história, da economia ou da sociedade. Se ninguém, em junho de 1789, havia previsto a queda da Bastilha, e menos ainda a execução do rei e a proclamação da República, não foi porque os contemporâneos não tinham instrumentos de conhecimento científico suficientes – como poderia pretender um positivismo particularmente dogmático – mas porque esses acontecimentos eram, enquanto atos históricos inovadores, essencialmente imprevisíveis⁴⁸.

Na tese VIII, sobre o conceito de história, Walter Benjamin afirma que:

A tradição dos oprimidos nos ensina que o “estado de exceção” no qual vivemos é a regra. Precisamos chegar a um conceito de história que dê conta disso. Então surgirá diante de nós nossa tarefa, a de instaurar o real estado de exceção; e graças a isso, nossa posição na luta contra o fascismo tornar-se-á melhor. A chance deste consiste, não por último, em que seus adversários o afrontem em nome do progresso como se este fosse uma norma histórica. – O espanto em constatar que os acontecimentos que vivemos “ainda” sejam possíveis no século XX não é nenhum espanto filosófico. Ele não está no início

⁴⁸ LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio. Uma leitura das teses “Sobre o conceito de História*. São Paulo: Ed. Boitempo, 2005, p. 150-151.

de um conhecimento, a menos que seja de mostrar que a representação da história donde provém aquele espanto é insustentável (Benjamin⁴⁹ apud Löwy 2005).

O filósofo apresenta duas “concepções sobre a história”, uma fundada na doutrina “progressista” - e para o nosso estudo poderíamos identificar o Estado constitucional como um avanço na história da humanidade- e outra concepção, que poderíamos chamar “história dos vencidos”⁵⁰ ou “história na tradição dos oprimidos”, na qual a regra da história é a opressão, a barbárie, a violência dos vencedores e não a ilusão progressista de mais democracia, mais liberdade e paz.

Sua visão da história é inspirada na gravura de Paul Klee, intitulado *Ângelus Novus*, comprada por ele em Berlim em 1921 para o que escreve:

Há um quadro de Paul Klee intitulado *Ângelus Novus*. Ele representa um anjo que parece afastar-se daquilo que está olhando. Seus olhos estão arregalados, a boca e as asas abertas. Assim deve ser o anjo da história. Seu rosto está voltado para o passado. Onde vemos um encadeamento de acontecimentos, ele enxerga uma única catástrofe contínua, que amontoa ruínas sobre ruínas, jogando-as a seus pés. Ele gostaria de se deter um pouco, ressuscitar os mortos, reorganizar os vencidos. Do paraíso, entretanto, sopra um vento de tempestade, que lhe imobiliza as asas, impedindo-o de fechá-las. A tempestade empurra-o, irresistivelmente, na direção do futuro (para o qual ele está de costa), enquanto à sua frente se acumulam ruínas e ruínas, que se elevam até o céu. É esta tempestade que chamamos de progresso⁵¹.

Na tese VIII, o “espanto” afirmado por Benjamin se deve a uma visão progressista que considera que mais democracia, mais liberdade e maior controle do Poder constituem uma regra histórica e que o Estado de direito desenhado pelas Constituições nos dois últimos séculos constitui um avanço capaz, por si só, de evitar fenômenos como o fascismo.

A concepção histórica de Benjamin situa-se no campo do marxismo (materialismo histórico⁵²), porém, ela o liberta do conformismo burocrático,

⁴⁹ BENJAMIN, Walter. *Sobre o Conceito da História*, 1940, tese VIII.

⁵⁰ KONDER, Leandro. *Walter Benjamin: o marxismo da melancolia*. Rio de Janeiro: ed. Campus, 1988, p. 91.

⁵¹ BENJAMIN, *Sobre o conceito...* Op. cit. Tese IX.

⁵² KONDER, *Walter...* Op. cit., p. 90-91.

abandonando todos os textos da obra de Marx e Engels que serviram às leituras positivistas/evolucionistas do marxismo, de forma que são deixadas para trás concepções de que a burguesia produz seus demolidores e que seu declínio e a vitória do proletariado são inevitáveis. Há uma espécie de reinvenção do marxismo, como explica Löwy:

A “refundação” do materialismo histórico nas teses passa também, obviamente, por uma reapropriação seletiva – e heterodoxa – dos temas de Marx que lhe parecem essenciais para seus propósitos: o Estado como dominação de classe, a luta de classes, a revolução social, a utopia de uma sociedade sem classes. O próprio materialismo, revisto e corrigido pela teologia, é integrado a seu dispositivo teórico. (...)

O resultado desse trabalho é uma reelaboração, (...) a fabricação, a partir da fusão de todos esses materiais, de um marxismo novo, herético e radicalmente distinto de todas as variantes (...) um marxismo da imprevisibilidade: se a história é aberta, se o novo é possível, é porque o futuro não é conhecido antecipadamente; o futuro não é resultado inevitável de uma evolução histórica dada, o produto necessário e previsível de leis “naturais” da transformação social, fruto inevitável do progresso econômico, técnico e científico – ou o que é pior, o prolongamento, sob formas cada vez mais aperfeiçoadas, do mesmo, do que já existe, da modernidade realmente existente, das estruturas econômicas e sociais atuais⁵³.

A constatação desta possibilidade inovadora, produto da ação política, ao contrário de conduzir a uma visão histórica otimista, o que não raro, pode acarretar resultados aterrorizantes como se viu no século XX. A história aberta de Benjamin recomenda, do ponto de vista político, considerar a possibilidade – não inevitabilidade – de catástrofes e de grandes movimentos emancipadores⁵⁴.

Criticam esta perspectiva de Benjamin ao argumento de que existe a opção do aperfeiçoamento da modernidade por meio da racionalidade discursiva, evoca-se a racionalidade de procedimentos democráticos do agir comunicacional (habermas) como fórmulas de superação de conflitos e que, portanto, a conjuntura histórica trágica de Benjamin está agora ultrapassada.

⁵³ LÖWY, Walter... Op. cit., p. 149.

⁵⁴ LÖWY, Walter... Op. cit., p. 150-151.

Contrariamente ao discurso tranquilizador, *o aviso de incêndio de Benjamin é atual, a catástrofe é possível – senão provável*. Adverte Löwy que:

...parece difícil de acreditar, à luz da experiência do final do século XX, que as guerras, os conflitos étnicos, os massacres pertençam a um passado longínquo. Ou que o racismo, a xenofobia, o próprio fascismo não representem mais um perigo para a democracia. A essas ameaças de catástrofe, que lembram as do passado, poderíamos acrescentar outras mais novas: por exemplo, a possibilidade de um desastre ecológico maior, colocando em risco a própria sobrevivência da espécie humana – uma forma de destruição provocada pela “tempestade que se denomina progresso”...Ou ainda, a possibilidade de novas formas de barbárie, imprevisíveis, não como as do passado, que podem ser produzidas ao longo do século, enquanto as sociedades modernas continuarem submissas às relações de desigualdade e de exclusão⁵⁵.

Benjamin permite pensar um projeto revolucionário com vocação emancipadora geral, não atada aos interesses de uma classe operária industrial, não raro, branca, masculina, nacional, que desfruta de emprego, possibilidade esta formidável diante da realidade de milhões de excluídos no mundo. Trata-se de um objetivo universal inspirado nas promessas de liberdade, igualdade, fraternidade (ou solidariedade) não cumpridas em 1798, que constituem valores revolucionários que ultrapassam os limites da sociedade burguesa.

O discurso dominante de uma história progressiva e fechada pode conduzir, designadamente, com o fim do socialismo real, ao fim da utopia, isto é, *ao fim de toda possibilidade de mudança de paradigma civilizacional*. A história aberta de Benjamin é um convite ao imprevisível, com isso, a reabertura da possibilidade de mudança. Uma possibilidade de mudança que emerge não da evolução dos costumes e das instituições, e sim da capacidade humana de se desvencilhar da autoridade do costume para se abrir para um novo começo (Wollstonecraft⁵⁶ *apud* Löwy 2005).

Assinala-se por fim, que *a abertura da história segundo Walter Benjamin é inseparável de uma opção ética, social e política pelas vítimas da opressão e por aqueles que a combatem. O futuro desse combate incerto e as formas que assumirá*

⁵⁵ LÖWY, Walter... Op. cit., p. 152.

⁵⁶ WOLLSTONECRAFT. Mary. *A vindication of the Rights of Men. A letter to the Right Honourable Edmund Burke*. 1790, reeditado em 1989, p. 41.

*serão, sem dúvida, inspirados ou marcados pelas tentativas do passado: serão igualmente novos e totalmente imprevisíveis*⁵⁷.

A.1.2.4 Estado: conclusão pontual relevante para o trabalho

Do exposto, podemos pontuar duas conclusões:

1. A história do desenvolvimento do Estado não pode ser vista como um progresso linear e previsível.
2. A consagração do Estado de Direito não é, por si só, garantia de mais civilidade capaz de banir ações desumanas e vis que se desenvolvem no seio do próprio Estado.

A.2 Teoria da Jurisdição e Teoria da Justiça

Proudhon deixou assinalado em obra mestra a magnitude da justiça ao afirmar:

A justiça, sob diversos nomes, governa o mundo, natureza e humanidade, ciência e consciência, lógica e moral, economia política, política, história, literatura e arte. A justiça é o que há de mais primitivo na alma humana, de mais fundamental na sociedade, de mais sagrado entre as noções e o que as massas reclamam hoje com mais ardor. É a essência das religiões, ao mesmo tempo que a forma da razão, o objeto secreto da fé, e o começo, o meio e o fim do saber. Que imaginar de mais universal, de mais forte, de mais perfeito do que a justiça⁵⁸.

Não obstante, no campo do direito, mormente ao que tange o direito processual, muito se discute e muito se conhece sobre a jurisdição. Curiosamente, sobre a justiça, fim último do direito e do processo, o mesmo não ocorre, pois, notadamente, os atores e os operadores do direito pouco refletem sobre a justiça.

⁵⁷ LÖWY, Walter...Op. cit., p. 159.

⁵⁸ PROUDHON, Pierre-Joseph. *De la justice dans la révolution et dans l'église*. Nova edição, Bruxelas, 1868. 44.

Neste momento, com o intuito de favorecer futuras compreensões sobre o tema investigado, buscaremos traçar uma breve reflexão sobre “teoria da justiça”⁵⁹ e “teoria da jurisdição”. A ideia é reconhecer a teoria da jurisdição no campo da ciência política, designadamente da ciência política aplicada e a teoria da justiça no campo filosofia, nomeadamente da filosofia do direito.

Assim, será fácil notar que a jurisdição está afeta ao exercício do poder, ao exercício de uma função estatal, como teoria da justiça relaciona-se com “o que esse poder faz”, ou seja, qual o conteúdo, qual direção.

Enquanto a noção de jurisdição tem encontrado ao longo do tempo certas respostas satisfatórias e uma evolução sistemática (Carneluti, Chiovenda, Guasp, Fiss), ao contrário, a noção de justiça, não mereceu no mundo jurídico uma sedimentação, sistematização, faltando mesmo consciência no agir.

Alasdair Macintyre⁶⁰ em sua obra “Justiça de quem? Qual racionalidade?” constata que na sociedade contemporânea há várias concepções de justiça com soluções tidas por racionais para os mais diversos temas da vida comunitária, como: desigualdades de renda, concentração de riqueza, compensações por injustiças passadas (o debate sobre cotas para negros no Brasil), pena de morte, aborto, guerra, etc.

Para o autor, existe um conjunto conflitante de concepções de justiça, umas valorizando a questão do mérito, outras os direitos humanos fundamentais, ou ainda, o contrato social, sem olvidar das que apelam para os padrões de utilidade social. Este conflito atinge não só a sociedade, mas também os indivíduos *per se* e o que é mais grave, pode ser visto tranquilamente entre os juízes e promotores de justiça.

Isto ocorre porque os indivíduos são levados através da educação a adotarem um modo coerente de pensar e julgar, com uma ótica construída a partir de uma fusão de fragmentos sociais e culturais legados de diferentes tradições que deram origem a nossa

⁵⁹ Para destacar a relevância do estudo da “teoria da justiça” em uma investigação sobre intervenções corporais no processo penal lembramos que na Espanha, importante obra de referência no tema também inicia o estudo abordando a ideia de justiça como “*Pressupuesto Prévio*”. C.f. HERNANDEZ, Angel Gil. *Intervenciones Corporales y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Colex, 1995, p. 11

⁶⁰ MACINTYRE, Alasdair. *Quelle Justice? Quelle Rationnalité?* Tradução Michèle Vignaux D’Hollande. Paris: Press Universitaires de France, 1993, p. 1-12.

cultura (puritana, católica, judaica, etc.), bem como de diferentes estágios e aspectos do desenvolvimento da modernidade (Iluminismo francês, Iluminismo escocês, liberalismo econômico do século XIX, liberalismo político do século XX etc.)⁶¹.

No que tange aos juízes e promotores de justiça, embora se tenha um domínio sobre a teoria da jurisdição, “o como fazer”, acabam sem uma consciência do “o que fazer”, agindo sem uma concepção filosófica de justiça e apelando para seus padrões individuais oriundos da cultura, educação, tradição, ideologias, etc., atuando segundo o que muitos chamam de “senso comum teórico”⁶² e nós preferimos chamar de “senso comum técnico”.

Portanto, reputamos relevante a reflexão sobre o tema, começando pela teoria da jurisdição e seguindo pela teoria da justiça.

A.2.1 Teoria da Jurisdição

Como bem ensina Afrânio Silva Jardim, o Estado como o Direito é criação do homem, ser eminentemente social⁶³. Cansado do estado de natureza, no qual os obstáculos a conservação superam as forças que cada indivíduo tem para se manter, o homem resolve mudar de vida buscando uma forma de associação que o defenda e proteja. Assim, abre mão de sua plena liberdade, cercada de incerteza, e entrega parte dela a um corpo formado pela união de todas as pessoas, o qual a certa altura ganhou o nome de República ou de corpo político⁶⁴.

A partir do jusnaturalismo racionalista e do Iluminismo, o direito vai se sistematizando e advindo assim uma nova ordem. O Estado moderno caminha rumo à formação do Estado liberal, passando a jurisdição a ter um papel diferente do que

⁶¹ MACINTYRE, *Justiça...* Op. cit., p. 12.

⁶² WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade*, vol. II. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores. 1995.

⁶³ JARDIM, Afrânio Silva. *Processo Penal Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 01.

⁶⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Vol. I, Editora Nova Cultural, Série Os Pensadores, 1987, p. 31-34. Cumpre antecipar que a frente esta concepção receberá uma leitura crítica a partir de Agamben.

anteriormente tinha, ocorrendo uma verdadeira cisão entre as funções de legislar, administrar e julgar (administrar a justiça) ⁶⁵.

O fato é que o Estado, que tem como objetivo ser instrumento do bem comum trouxe para si três funções típicas⁶⁶: administrativa, legislativa e jurisdicional. Distinguindo entre a primeira e a terceira, explica Carnelutti⁶⁷ que: *Col metodo legislativo si ottiene una Lex generalis; col metodo giurisdizionale o processuale si ottiene una Lex specialis (dove Lex è usata col significato specifico di comando)*. Partindo da ideia sumária de que a primeira tem por escopo gerir receitas e despesas, serviços públicos e os projetos estatais e que a segunda se caracteriza pelo poder criador das leis que regem o Estado, nos deteremos no estudo da terceira que mais interessa ao presente.

Na precisa lição do Professor Germano Marques da Silva⁶⁸:

Jurisdição, em sentido etimológico, significa dizer o direito, mas hoje o sentido é mais limitado, por uma parte, e mais amplo, por outra: significa não apenas a declaração do direito realizada pelos tribunais nos casos que lhe são submetidos, mas também a execução das suas decisões.

Jurisdição tem origem na expressão latina *iurisdictio*, que deriva de *ius dicere* (dizer o direito). Por tal razão, muitos conceituam jurisdição como a função do Estado através da qual se diz o direito no caso concreto. Alguns processualistas espanhóis sustentam que a jurisdição é: *la función creadora del derecho para el caso concreto, mediante el juicio, por órganos imparciales revestidos de autoridad* (Cabiedes⁶⁹ apud Aroca, 1976).

Chiovenda define jurisdição como a *função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos*

⁶⁵ MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e Processo. Crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 64.

⁶⁶ Atualmente as referidas funções são exercidas por três poderes distintos, independentes e harmônicos, a saber: Executivo, Legislativo e Judiciário. Nem sempre foi assim, a teoria da separação dos poderes só ganhou sistematização científica no século XVIII com a obra de Montesquieu *Do Espírito das Leis*.

⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Nápoles: Morano Editore, 1958, p. 19.

⁶⁸ SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal vol. I*. Lisboa: Verbo, 2000, p. 155.

⁶⁹ CABIEDES, Gutiérrez de. *Una Nueva Reflexión Acerca del Concepto del Derecho Procesal*. In *Estudios de Derecho procesal*, Pamplona, 1974, p. 49 e 55.

*públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva*⁷⁰.

Para Carnelutti a jurisdição é um poder do juiz e não do Estado; o juiz é desde logo um órgão do Estado, porém a jurisdição é um Poder do órgão e não do Estado e, ademais, a relação orgânica do juiz com o Estado é tema ligado à sua legitimação⁷¹.

Interessante tratamento de jurisdição é dado por Frederico Marques que deixa escapar em seu texto uma concepção de “justiça” que se encontra na República de Platão⁷² e se reproduz na tradição romana, ou seja, a ideia de que justiça é *dar a cada um o que é próprio*. Ocorre que Frederico Marques não faz qualquer referência a filosofia de Platão, ou à famosa fórmula de *suum cuique*⁷³, tampouco desenvolve uma discussão sobre teoria da justiça, sendo sua manifestação, a nosso ver, a ratificação do que afirmamos em tópico anterior sobre a falta de atenção com a teoria da justiça pelos juristas de modo geral. Assim, vale transcrever:

As normas que a ordem jurídica impõe para disciplinar a convivência social costumam ser obedecidas e aplicadas, por mero contato virtual e espontaneamente. Contudo, na esfera das relações intersubjetivas, surgem, às vezes, conflitos de interesses em que se torna incerto ou descumprido o direito objetivo. Intervém, então, o Estado, para compor o conflito, dar a cada um o que é seu (grifo nosso) e aplicar coativamente a norma jurídica adequada à situação litigiosa que se criou.

Essa aplicação em concreto do direito objetivo, para solucionar conflito litigioso de interesses, o Estado a realiza através do processo e mediante o exercício de uma de suas funções básicas, que é a jurisdição⁷⁴.

⁷⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva 1965, p. 3.

⁷¹ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal* vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p., 63.

⁷² PLATÃO, *A República*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

⁷³ *A cada um se deve dar o que é seu*. (Upiano, Digesto, I, 1.10, vide também: Kelsen Hans. O Problema da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 18.)

⁷⁴ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I. São Paulo: Saraiva 1974, p. 1.

Para José Alberto dos Reis, o *juiz tem de exercer a sua actividade segundo os ditames da justiça*⁷⁵, sem, contudo, adentrar no tema justiça.

Carnelutti ao tratar da jurisdição a associa com o poder de fazer justiça⁷⁶ e ao abordar afirma:

Al juicio está estrechamente ligada la justicia; El juicio sirve para establecer lo que es justo; iustum es lo que responde al ius.

A su vez la justicia está estrechamente ligada al suum; en la fórmula triádica de la justicia (honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere) el primero y el segundo de los términos se resuelven en el tercero; no vive honestamente sin perjudicar a otro quien no atribuye a cada uno lo suyo⁷⁷.

Em obra sobre a Teoria Geral do Processo, muito difundida no Brasil nos cursos de graduação, mais uma vez encontramos um conceito de jurisdição que o associa a atividade do Estado de realização da justiça, sem, contudo, explicar o que é justiça, *verbis*: *Da jurisdição, já delineada em sua finalidade fundamental no cap. 2, podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, **com justiça** (grifo nosso)*⁷⁸. No referido cap. 2, os autores delineiam a função jurisdicional como pacificadora e o processo como meio efetivo para a realização da justiça, da mesma forma, sem dizer o que é justiça⁷⁹.

Miguel Fenech também associa a jurisdição com o poder Estatal de realizar a justiça sem adentrar na questão o que é justiça, vale trazer a lume:

Si por jurisdicción se entiende La potestad Del Estado para La realización de los fines de justicia que le competen, un ulterior análisis del concepto nos lleva a precisarlo en el sentido de definir la jurisdicción penal como la potestad soberana de garantizar la observancia de una norma mediante la decisión en un caso concreto de la actuación o denegación de una pretensión punitiva y de

⁷⁵ REIS, José Alberto dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 1944, p. 388.

⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal vol. I*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p.41.

⁷⁷ CARNELUTTI, *Derecho...* Op. cit. p. 6.

⁷⁸ GRINOVER, Ada Peliegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 131.

⁷⁹ Idem, p. 37.

resarcimiento, en su caso, de acuerdo con la expresión genérica y abstracta de las normas jurídicas, y en caso afirmativo ejecutar La pena concreta que se inflija al condenado en la sentencia(...)⁸⁰

Daí nossa percepção que a jurisdição é muito atinente ao campo da ciência política e do direito como ciência social aplicada, enquanto a justiça está afeta ao âmbito da filosofia. Em reforço a nossa tese sobre a dimensão política da jurisdição, lançamos mão da lição do Prof. Germano Marques:

A função jurisdicional está intimamente ligada com o direito político e com o direito processual. Superando o sistema da justiça privada, o Estado assumiu em exclusivo o poder-dever da jurisdição; ela é agora considerada como uma emanção directa da soberania e do princípio da divisão dos poderes-funções do Estado resulta a diferenciação funcional e a independência dos diferentes poderes do Estado⁸¹.

Após destacarmos alguns conceitos de jurisdição, cumpre uma nota sobre seu escopo.

A.2.1.1 Escopo da Jurisdição

a) Teoria do conflito e teoria da atuação do direito

Muito se debateu sobre a função do processo, e por consequência, sobre a própria função jurisdicional. Alguns autores viam na jurisdição um cunho privatístico e desenvolveram assim as teorias do conflito (Carnelutti), segundo a qual a jurisdição tem como finalidade a tutela de direitos subjetivos violados. Com efeito, a função do processo e consequentemente da jurisdição *é o de dirimir o conflito de interesse submetido aos órgãos da jurisdição*⁸². Outros, como Calamandrei e Chiovenda, conceberam as teorias da atuação do direito, ou seja, a função jurisdicional tem por objetivo garantir a observância prática do direito objetivo (direito legislado), defendendo assim a autoridade do legislador.

⁸⁰ FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*, vol. I. Barcelona-Madrid-Buenos Aires- Rio de Janeiro – México – Montevideo, Editorial Labor S.A., 1952, p. 221.

⁸¹ SILVA, Curso... Op. cit., p. 156.

⁸² COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Delpalma, 1951, p. 93.

A crítica às referidas teorias se dá porque a primeira fia-se na existência de um conflito. Todavia, a existência de um conflito não conduz necessariamente a um processo (por consequência, à atuação jurisdicional). Em resumo, pode haver processo sem conflito, pois o que é essencial ao processo é a pretensão. Por outro lado, a segunda (teoria da atuação do direito) também é criticável, já que pode haver processo sem lesão ou ameaça ao direito objetivo como também pode haver lesões ao direito objetivo que se resolvam sem o processo.

b) Jurisdição com escopo de satisfazer pretensões (Jaime Guasp)

Para Jaime Guasp e, no Brasil, Afrânio Silva Jardim, a jurisdição tem como objetivo a satisfação (resposta) à pretensão. Desta forma, a jurisdição no aspecto penal não tem como objetivo recompor o direito subjetivo da vítima violado pelo crime. Na realidade, o Estado reage através de uma pretensão punitiva que visa a recompor a ordem jurídica perturbada pela infração⁸³.

Ao falarmos de satisfação de pretensão, cabe então relembrar dois conceitos importantes para o processo penal que são: pretensão e lide.

b.1 Pretensão e Lide

Em função de algumas referências a conflito e a pretensão, não custa analisar tais conceitos, realçando suas posições no estudo do processo, antes de prosseguir no estudo da jurisdição.

Para Carnelutti⁸⁴, a *lide* é o conflito de interesse qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita, enquanto a *pretensão* é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio.

⁸³ JARDIM, Op. cit., p. 10-29.

⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema Del Diritto Processuale Civile*, Padova, 1936, v. 01, p. 40.

Para alguns autores, a distinção entre processo civil e processo penal reside na lide. Como é sabido, a lide não é essencial ao processo, vez que pode existir processo sem lide, desde que não haja resistência. O instituto que é essencial é a pretensão, de modo que, é nela que reside o divisor de águas entre processo civil e processo penal.

Enquanto a pretensão penal sempre é fundada no direito penal, ou seja, uma pretensão punitiva ou de liberdade, qualquer outra pretensão (trabalhista, tributária etc.) será civil.

Por sua vez, a lide penal caracteriza-se pelo conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do indivíduo. Toda vez que houver resistência à pretensão punitiva estatal ou quando houver resistência à pretensão de liberdade do indivíduo, estaremos diante de uma lide penal.

Desta forma, a natureza penal ou civil da jurisdição depende do tipo de pretensão deduzida. Diante de uma pretensão punitiva ou uma pretensão de liberdade teremos um processo penal e a jurisdição, conseqüentemente, terá natureza penal. Qualquer outra pretensão desencadeará um processo civil e, por consequência, a natureza da jurisdição também assim o será civil.

c) Jurisdição como função realizadora dos valores constitucionais (Owen Fiss)

Em uma perspectiva mais ampla e moderna, para Owen Fiss: *the function of a judge is to give concrete meaning and application to our constitutional values*⁸⁵ (a função do juiz, [portanto, a jurisdição], é atribuir significado e aplicação aos valores constitucionais)⁸⁶.

Para o processualista norte-americano, a Constituição consagra valores como a igualdade, liberdade, devido processo, proibição de forma cruéis e iníquas de prisão,

⁸⁵ FISS, Owen. *The forms of justice*. Harvard Law Review, Cambridge, Harvard University Press, v. 93, p. 04.

⁸⁶ No Brasil temos a lição de: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 105.

o que via de regra - em razão de suas ambiguidades - dá margem a inúmeras interpretações diferentes, não raro conflitantes. Na sociedade moderna, marcada pela onipresença do Estado, esses valores determinam a qualidade de nossa existência social. A *adjudication*⁸⁷ é o processo social pelo qual os juízes dão significado aos valores públicos. Assim, a função do juiz é conferir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais⁸⁸.

O referido autor trabalha com uma concepção de **processo judicial estrutural** em contraposição com o paradigma da **solução de controvérsia**. A partir do caso *Brown vs Board of Education*, o Judiciário norte-americano passou a impor a reforma estrutural de várias instituições sociais (escolas, hospitais, hospícios, prisões, etc.) conferindo efetividade aos valores constitucionais dando azo a um novo paradigma processual. No processo judicial estrutural, o juiz enfrenta a burocracia estatal no que concerne aos valores constitucionais e se incumbe de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes.

Afirma ser necessário ter consciência de que a primeira ameaça aos valores constitucionais norte-americanos não é proveniente de indivíduos, mas das operações das organizações de grande porte, as burocracias do Estado moderno. As ameaças não desaparecerão senão quando houver uma reestruturação das organizações. O universo tradicional de medidas judiciais (ações indenizatórias ou ações penais) é inadequado para tal missão, portanto, um novo paradigma de processo deve funcionar como meio formal pelo qual o juiz dirige a reconstrução de organizações burocráticas. Este novo paradigma é o que o autor chama de reforma estrutural⁸⁹. Sobre a contraposição processo estrutural e solução de controvérsia, vale transcrever:

No hipotético estado de natureza em que tem início a história da solução de controvérsias não existem objetivos ou valores públicos, mas somente desejos privados individuais, no caso o desejo concernente à propriedade (...).

⁸⁷ A expressão *adjudication*, que em português seria adjudicação - mais ligada ao domínio do direito privado - designadamente à posse e propriedade, deve ser aqui entendida na acepção inglesa como atividade realizada pelo Judiciário na solução de conflito, ou seja, jurisdição.

⁸⁸ FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 25-26 e p. 36.

⁸⁹ FISS, *Um novo...* Op. cit., p. 106.

O processo judicial estrutural não se inicia com indiferença ou ignorância em relação aos valores públicos. Esse processo opera-se dentro da estrutura de uma constituição; e a Constituição, que conhecemos atualmente e permanece sustentada por *Brown vs Board of Education*, faz mais do que simplesmente estabelecer um modelo de Estado. Ela identifica um conjunto de valores tais como igualdade, liberdade, ausência de punições cruéis ou incomuns, devido processo legal, segurança do indivíduo e liberdade de expressão. Esses valores transcendem os fins privados inerentes ao modelo de solução de controvérsias, informando e limitando a função do Estado. Eles funcionam como núcleo da moralidade pública e constituem a base fundamental do processo judicial estrutural. A função social do processo judicial contemporâneo não é solucionar controvérsias, mas dar um significado concreto para essa moralidade dentro do contexto do Estado burocrático⁹⁰.

Prossegue o autor criticando o que entende por terceira suposição histórica da solução de controvérsia que seria a ideia do estado de harmonia natural. Isto consiste na ideia de que, sem a intervenção das cortes ou outros órgãos estatais, a sociedade encontra-se em estado de harmonia natural. Esta concepção reflete o individualismo e a indiferença com os valores públicos e, ademais, sugere que a função do juiz é simplesmente restaurar o *status quo*. Por sua vez, o processo judicial estrutural questiona a justiça do *status quo*, fundando-se em um ceticismo com relação à distribuição de poderes e privilégios existente na sociedade norte-americana. O objetivo desse novo modelo de processo judicial é *criar um novo status quo, que esteja em maior conformidade com nossos ideais constitucionais*⁹¹.

Nessa concepção da função judicial, espera-se muito do juiz⁹² e, como se verá à frente, para o autor, o judiciário possui idoneidade para tanto. Através deste novo paradigma, é possível, e mesmo imperioso, reconstruir a realidade social, o que impõe tarefas difíceis como no caso *Brown vs Board of Education* no qual se exigia verdadeira transformação do **sistema dual de escolas** (escolas separadas para negro e brancos) para o **sistema unitário de escolas não-raciais**.

⁹⁰ FISS, *Um novo...* Op. cit., p. 111-112.

⁹¹ FISS, *Um novo...* Op. cit., p. 112-113.

⁹² FISS, *Um novo...* Op. cit., p. 41.

O significado daquele câmbio almejado na educação é uma reforma organizacional profunda envolvendo novos procedimentos de escolha de alunos, novos critérios para a construção de escolas, a substituição dos corpos docentes, a revisão do sistema de transporte para acomodar novas e novas distâncias, modificação do currículo, aumento de verbas, etc⁹³. O impacto de uma decisão sobre o tema exige coragem e desapego ao que se chama de cálculo econômico da decisão e chega-se a beira de se consagrar a máxima *pereat mundus, fiat justitia* (faça-se a justiça, ainda que se destrua o mundo), pois nenhuma consequência deve nos desviar da realização da justiça⁹⁴.

Fiss coloca, no centro da reforma estrutural, o Poder Judiciário como fonte coordenada do poder estatal o qual, em sua relação com outros órgãos do Estado, tem a função de emitir diretrizes para estes⁹⁵. Não foge o autor de responder a questão da legitimidade e idoneidade dos juízes para figurarem neste novo paradigma, *verbis*:

Nos Estados Unidos, a legitimidade das cortes e o poder que elas exercem na reforma estrutural ou em qualquer tipo de litigância constitucional, são baseados na idoneidade do Judiciário para desempenhar sua característica função social, que é, como já sugeri, dar aplicação e significado concreto aos valores públicos incorporados à Constituição.

Não é necessário, em se tratando dessa idoneidade, atribuir aos juízes a sabedoria de reis filósofos. A idoneidade dos juízes para dar significado aos valores públicos não está associada a aptidões morais especiais, as quais ele não possui, mas ao processo que limita o poder que exercem. Uma característica desse processo é o diálogo que os juízes devem conduzir: eles devem conhecer de todos os pedidos, considerar uma grande esfera de interesses, pronunciar-se e também assumir responsabilidade individual por suas decisões. Ademais, o juiz deve permanecer independente no que tange aos desejos ou preferências tanto do corpo político quanto dos litigantes particulares que se encontram perante o juízo.

A especial idoneidade do Judiciário e, conseqüentemente, sua legitimidade, dependem da adesão a essas duas qualidades do processo judicial – diálogo e independência – e não da concordância do povo com decisões particulares ou de sua capacidade para indicar ou remover indivíduos que ocupam cargos públicos. O consentimento

⁹³ FISS, *Um novo...* Op. cit., p. 28.

⁹⁴ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 248.

⁹⁵ FISS, *Um novo...* Op. cit., p. 44.

do povo é necessário para legitimar o sistema político, do qual o Judiciário é parte integrante; e a possibilidade do povo contestar decisões judiciais, por meio, digamos, de emendas constitucionais, preserva o caráter consensual do sistema como um todo. Uma concisa e mais particularizada dependência do consentimento popular, privaria o Judiciário de sua independência e, conseqüentemente, de sua idoneidade para aplicar a lei⁹⁶.

Com efeito, para o autor o diálogo e a independência, leia-se, o contraditório e a independência, são ferramentas fundamentais de legitimação, corroborando a concepção de que o judiciário não é um poder legitimado pela maioria e que a esta basta legitimar o sistema político do qual o judiciário faz parte. Aliás, o fato de não ter compromisso com a maioria, reforma sua independência, traço este já observado por Ferrajoli em sua obra *Direito e Razão*⁹⁷.

Do exposto, podemos construir o conceito de que **jurisdição é a função através da qual o Estado-Juiz dá resposta às pretensões que lhes são apresentadas, dando aplicação e significado concreto aos valores constitucionais.**

A.2.1.3 Jurisdição: características

A jurisdição, no magistério de Chiovenda⁹⁸, tem por característica a **substitutividade**. Através desta função o Estado substitui a atividade daqueles envolvidos no conflito submetido à apreciação estatal, pela sua atividade dirigida à realização da justiça. A substituição ocorre tanto na resolução da causa, quanto em relação a sua satisfação, sendo vedada a justiça pelas próprias mãos, uma vez que a jurisdição é monopólio estatal (art. 1º do CPC Português e art. 345 do CP Brasileiro). Referido monopólio consiste tanto em dizer o direito, quanto em realizá-lo concretamente através da execução.

Outra característica importante da jurisdição é a inércia (*ne procedat judex ex officio*). A jurisdição não é exercida espontaneamente, dependendo de provocação

⁹⁶ FISS, *Um novo...* Op. cit., p. 114-115.

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer...et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 438.

⁹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...* Op. cit., p. 3.

através da ação⁹⁹. A iniciativa do juiz macula a necessidade de imparcialidade do julgador, pois o agir espontâneo indicia o interesse inconciliável com a atividade jurisdicional.

Portanto, dispõe o CPC do Brasil em seu art. 2º que *nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais*. Da mesma forma, o art. 3º do CPC Português prescreve que o *Tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição*. Excepcionalmente, o ordenamento do Brasil permite a atuação jurisdicional *ex officio*, como na hipótese de *habeas corpus*. Neste exemplo, a razão é simples, o direito de liberdade é um bem de interesse de toda a comunidade cuja tutela estatal deve ser pronta e efetiva.

Em razão da necessária inércia da jurisdição, é vedado ao juiz não só o seu exercício espontâneo, como a prestação da tutela jurisdicional para além do que foi objeto do pedido. Não pode o Juiz proferir sentença *ultra* ou *extra petita* (além ou fora do pedido), devendo haver correlação entre sentença e pedido (princípio da congruência).

Caracteriza-se ainda a jurisdição pela definitividade. As decisões judiciais são suscetíveis de se tornarem definitivas. A *autoridade de “coisa julgada material” é atributo específico da jurisdição*¹⁰⁰. Quando coberta pelo manto da coisa julgada, a sentença torna-se indiscutível, logo, imutável (art. 467 do CPP Português). A CRF/88 (art. 5º, XXXVI) assevera que *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*. Coisa julgada é a qualidade que reveste a sentença tornando-a indiscutível e imutável. Ocorre o trânsito em julgado em razão da impossibilidade de recurso, seja por terem se esgotado as vias recursais, seja por ter transcorrido o prazo de interposição.

Por derradeiro, afirma-se como característica da jurisdição ser uma “atividade pública”. A jurisdição é um “monopólio do Poder Judiciário”, ressalvadas as raras

⁹⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. São Paulo: Saraiva 2005, p. 9.

¹⁰⁰ CARNEIRO, *Jurisdição...* Op. cit., p. 16.

exceções de “jurisdições anômalas” ¹⁰¹ no ordenamento brasileiro, que na verdade são “jurisdições administrativas”, vez que a última palavra, na verdade, sempre caberá ao Poder Judiciário, ainda que para análise apenas da legalidade do ato.

A.2.1.4 Jurisdição: conclusão

Atento ao que acima se expôs, é possível perceber que a jurisdição, como função do Estado, é um tema passível de compreensão, definição, concretude e operosidade. É amplamente estudado no mundo jurídico, com farta bibliografia e está satisfatoriamente no domínio dos atores e operadores do direito.

Contrariamente, ao que se chama teoria da justiça, os grandes pensadores e filósofos do direito não são capazes de oferecer uma resposta conclusiva, satisfatória e facilmente operativa, como passaremos a ver.

A.2.2. Teoria da Justiça

Vale começar nosso estudo sobre o tema afirmando a nossa falta de pretensão em relação às respostas que se buscam, e para tanto, nada melhor do que iniciar a abordagem pela conclusão a que chega Kelsen:

Iniciei este ensaio com a questão: o que é justiça? Agora, ao final, estou absolutamente ciente de não tê-la respondido. A meu favor, como desculpa, está o fato de que me encontro nesse sentido em ótima companhia. Seria mais do que presunção fazer meus leitores acreditarem que eu conseguiria aquilo em que fracassaram os maiores pensadores. De fato, não sei e não posso dizer o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância¹⁰².

¹⁰¹ CARNEIRO, *Jurisdição...* Op. cit., p. 10.

¹⁰² KELSEN, Hans. *O que é justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25.

No início de seu ensaio “o que é justiça?” Kelsen destaca a dificuldade que o tema apresenta e a incapacidade humana de encontrar solução além de ilustrar a dramática importância do tema no convívio social:

Nenhuma outra questão foi tão passionalmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres de Platão a Kant – meditaram tão profundamente. E, no entanto, ela continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor¹⁰³.

Acreditamos que quando Kelsen afirma que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva e deve se contentar apenas em perguntar melhor, acaba por responder a indagação de Perelman¹⁰⁴: *Os valores e as normas pressupostos pela execução da justiça poderão ser objeto de um exame racional ou serão apenas a expressão de nossas paixões e de nossos interesses?*

A justiça não é uma ideia simples e com contornos claros e inequívocos. Na medida em que se encontra no horizonte dos ideais e valores humanos ela se mostra através de sentidos e aspectos variados. Partindo dessa constatação, Jose Castan Tobeñas¹⁰⁵ elabora verdadeira classificação da justiça, ao que chama **estrutura da justiça**.

Para o autor, existe uma justiça em **sentido generalíssimo**, de harmonia, proporção ou congruência entre qualquer classe de objetos, por outro lado, se pode falar de uma justiça em **sentido limitado**, como ordinariamente se emprega, que reside na harmonia ou congruência aplicada, não às coisas, mas sim as ações ou condutas pessoais¹⁰⁶.

Analisando a justiça neste último sentido, destaca a **justiça divina** e a **justiça humana**. A primeira tem enorme importância nas fases antigas da história da humanidade. Esta concepção teológica da justiça impõe ao homem a observância da

¹⁰³ KELSEN, *O que é justiça*. Op. cit., p. 1.

¹⁰⁴ PERELMAN, *Ética...* Op.cit, p. 145.

¹⁰⁵ TOBEÑAS, Jose Castan. *La Idea de Justicia*. Madrid: Reus S.A., 1968, p. 10-17.

¹⁰⁶ TOBEÑAS, *La Idea...* Op. cit., p. 10-11.

vontade divina. Quanto à justiça humana, pode-se distinguir um “justo lato senso” que abarca o campo moral e jurídico, ou um “justo estrito senso” que se refere unicamente à esfera jurídica que indica o que corresponde ou o que se deve a cada um.

A concepção ampla da justiça, como virtude universal, princípio regulador de toda a vida individual e social, aparece nas sagradas escrituras tendo expressão máxima em Platão, presente em Cícero e, na filosofia cristã medieval, designadamente em Santo Agostinho e São Tomas, penetrando no início da idade moderna inclusive através de Leibnitz¹⁰⁷.

Já a noção mais estrita da justiça, no sentido jurídico, como princípio de harmonia social, tem seus primeiros sinais na filosofia pitagórica¹⁰⁸ e aparece definitivamente clara em Aristóteles, que sem prescindir do conceito de **justiça universal** ou **geral** como virtude completa, traz ao seu lado o conceito de **justiça particular** como elemento de regência de relações intersubjetivas¹⁰⁹. Desde então, convivem na filosofia escolástica a distinção entre **justiça como virtude geral** e **justiça como virtude especial**.

Sob outra ótica, pode se falar também em justiça em **sentido subjetivo** e em **sentido objetivo**. No primeiro, tem-se a justiça como sentimento, forma de intuição sobre o certo e o errado, a justiça como hábito moral que predominou na antiguidade clássica e na filosofia e teologia da idade média (Platão, Santo Agostinho e parcialmente em Aristóteles). No sentido objetivo, corresponde à justiça como ideia, como valor ideal (filosofia dos valores), como princípio, norma ou critério de coordenação intersubjetiva¹¹⁰.

Tobeñas ainda fala de um significado vulgar e impróprio da justiça como sinônimo do direito ou aplicação do direito (justiça legal) e outro no qual a justiça tem significado próprio e independente do direito (justiça ultralegal), ou seja, a justiça não é o direito e sim uma qualidade do direito, sendo assim, a justiça um princípio superior que serve para julgar qualquer norma.

¹⁰⁷ TOBEÑAS, *La Idea...* Op. cit., p. 12.

¹⁰⁸ DEL VECCHIO, Jorge. *La Justicia*. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1925, p. 29-41.

¹⁰⁹ DEL VECCHIO. *La Justicia...* Op. cit., p. 41-65.

¹¹⁰ DEL VECCHIO. *La Justicia...* Op. cit., p. 3.

Finalmente, o autor trata da **justiça judicial** que seria a justiça aplicada aos casos concretos por meio do juiz e de um processo, ligada, assim, às fórmulas e aos órgãos que administram a justiça, o que para nós reside no estudo da jurisdição anteriormente feito.

A par deste panorama sobre a justiça, cumpre analisar algumas das diversas concepções de justiça.

A.2.2.1 A fórmula *suum cuique*

Uma das formulas mais antigas e frequentemente usada para definir a justiça é a *suum cuique*, isto é, *dar a cada um o que é seu*, ou, *dar a cada um o que lhe é devido*. Ela é atribuída a uma das sete sabedorias gregas¹¹¹ e também ao poeta grego Simônides, além de estar implícita em Homero¹¹². Inequivocamente aparece no livro I da República de Platão¹¹³ no diálogo na casa de Céfalo onde se encontram Polemarco, Glauco, Lísias, Trasímaco e Sócrates, dentre outros¹¹⁴. A *suum cuique* está impregnada na sabedoria popular, como também é consagrada em vários sistemas filosóficos. Com sua definição no Digesto, Upiano¹¹⁵ a fez ganhar o mundo que é influenciado pelo direito romano, ao consagrar *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*.

Para Kelsen, trata-se de uma norma vazia, afirma:

É fácil demonstrar que é totalmente vazia, pois a questão decisiva – o que é realmente que cada um pode considerar como “seu” – permanece sem resposta. Por isso, o princípio “a cada um aquilo que é seu” – permanece sem resposta. Por isso, o princípio “a cada um aquilo que é seu” só é aplicável sob a premissa de que aquela questão já tenha sido decidida previamente. E ela só pode ser decidida por um ordenamento social, instituído como ordem moral ou jurídica positiva, por meio da tradição ou da legislação. Assim, a fórmula “a cada um aquilo que é seu” serve para justificar toda e qualquer ordem social, seja ela capitalista ou socialista, democrática ou autocrática. De acordo com essas ordens, é concedido a cada um aquilo que é seu, só que “o seu” é distinto em cada uma delas. Essa possibilidade de defesa de qualquer ordem social dada como justa – por corresponder à

¹¹¹ KELSEN, *O que é Justiça*, Op. cit., p. 14.

¹¹² DEL VECCHIO, *La Justicia...* Op. cit., p. 12.

¹¹³ PLATÃO, *A República*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

¹¹⁴ PAVIANI, Jayme. *Platão & A República*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 22-23.

¹¹⁵ UPIANO, *Digesto*, I, 1. 10.

fórmula “a cada um aquilo que é seu” – explica sua aceitação geral; mostra, porém, ao mesmo tempo não ter qualquer valor como definição de justiça se por seu intermédio for necessário determinar um valor absoluto, que não pode ser idêntico aos valores apenas relativos que são garantidos por uma ordem moral ou jurídica relativa¹¹⁶.

Deixando de lado, ao menos por ora, a subjacência ou influência da teoria pura do direito, o fato é que Kelsen tem razão. A fórmula não define o que é de cada um, devendo “o que é seu” ser definido em outra esfera que não a própria fórmula, e, portanto, fora da justiça, ou seja, lei, direito, costume, tradição, etc. Em sua obra “O Problema da Justiça”¹¹⁷, Kelsen ainda destaca o papel conservador da fórmula que a justifica historicamente, vez que legitima como justa qualquer ordem existente que estabeleça o que é de cada um, em outras palavras, ao pobre a pobreza, ao rico a riqueza, etc.

A.2.2.2 *Justiça em Platão*

A República é a obra que sistematiza o pensamento de Platão, no qual estabelece as primeiras relações entre ética e política¹¹⁸. A República investiga a verdadeira definição de justiça, a partir da cidade (*polis*) ou do Estado ideal¹¹⁹.

O pensamento platônico trabalha com o princípio da unidade e da multiplicidade. No primeiro, temos o mundo perfeito e inteligível das ideias ou formas imutáveis e objetivas da verdade como modelo. No segundo, o mundo da realidade decadente e imperfeita dos Estados, dos governos, dos indivíduos conduzidos por ambições pessoais¹²⁰. Constrói seu pensamento através de diálogos, pondo em relevo o método dialético¹²¹, e através das contradições e divergência de opiniões surgem as sínteses nas conversações.

Trata-se de um filósofo utópico e idealista, considerado conservador. A partir da justiça – problema central de sua filosofia – desenvolve a Teoria das Ideias, segundo a

¹¹⁶ KELSEN, *O que é Justiça...* Op. cit., p. 14.

¹¹⁷ KELSEN, *O que é Justiça...* Op. cit., p. 14.

¹¹⁸ DEL VECCHIO, *La Justicia...* Op. cit., p. 14.

¹¹⁹ PAVIANI, *Platão...* Op. cit., p. 7.

¹²⁰ PAVIANI, *Platão...* Op. cit., p. 8.

¹²¹ PERELMAN, *Ética...* Op.cit., p. 248.

qual as ideias são essências transcendentais que existem num outro mundo, num mundo diferente do perceptível pelos nossos sentidos, e por isso, são inacessíveis ao homem, prisioneiro dos mesmos sentidos. No epicentro do mundo das ideias de Platão, reside a ideia de Bem absoluto ao redor da qual gravitam subordinadas todas as outras ideias. A questão “o que é Justiça?” identifica-se em sua filosofia com a questão “o que o Bem?”¹²².

A ideia de Bem absoluto está situada para além do conhecimento racional, isto é, do pensamento, sendo mesmo inalcançável, não havendo resposta a questão da essência da justiça que seria um segredo que Deus confia apenas a alguns poucos eleitos¹²³.

Para Platão, a justiça é a única virtude referente às nossas relações com os outros, é a virtude por excelência¹²⁴. Admitindo a existência de um *cosmos*, de uma ordem universal, harmoniosa e justa, o sábio se inspira para apresentar o ideal de uma sociedade justa, para formular leis justas e como juiz aplicará de forma unívoca, livre de crítica e de controvérsia. Apresenta assim uma ideia de justiça absoluta, sendo possível o conhecimento objetivo do justo e do injusto¹²⁵.

A.2.2.3 Justiça em Aristóteles

Aristóteles nasceu em Estagira, na Macedônia, porém estudou em Atenas onde foi aluno de Platão e em seguida foi preceptor daquele que veio a ser conhecido como Alexandre o Grande. Mais tarde, em Atenas, funda sua escola, o Liceu. Autor de uma obra imensa influenciou toda a filosofia da Idade Média¹²⁶ e até os nossos dias.

Sua teoria da justiça encontra-se no livro V da *Ética a Nicômaco*, na qual Aristóteles não prescinde do conceito de justiça universal ou geral como a virtude perfeita e acabada¹²⁷ *que nem a estrela vespertina nem a estrela d'alva é tão admirável quanto ela*. Não obstante, distingue a justiça como hábito simples e puro como sendo

¹²² Kelsen, *O Problema...* Op. cit., p. 62.

¹²³ Kelsen, *O Problema...* Op. cit., p. 63.

¹²⁴ Del Vecchio, *La Justicia...* Op. cit., p. 10.

¹²⁵ Perelman, *Ética...* Op. cit., p. 248.

¹²⁶ Clément, Elisabeth, et al. *Dicionário Prático de Filosofia*. Edição Original: Paris, Hatier, 1994. 2ª edição portuguesa: Terramar, Janeiro, 1999, p. 30-31.

¹²⁷ Tobéñas, *La Idea...* Op. cit., p. 12.

virtude, mas ao perceber a justiça em relações intersubjetivas, afirma ser ela propriamente “justiça”¹²⁸, introduzindo assim uma noção estrita de justiça em sentido jurídico, em fim, criando um conceito de **justiça particular**.

A justiça particular, segundo Aristóteles, subdivide-se em **justiça distributiva** e **justiça corretiva**, nesta última reside à ideia de **justiça comutativa**.

Para este filósofo, a justiça é a igualdade¹²⁹ e esta se encontra através da justiça distributiva e da justiça corretiva ou comutativa. A justiça distributiva é a virtude que regula a justiça entre a comunidade e seus membros, busca repartir os bens, recursos e encargos sociais segundo o mérito de cada pessoa. É uma justiça de proporcionalidade que leva em conta o mérito diante de pessoas desiguais. Já a justiça comutativa busca uma igualdade numérica entre pessoas iguais, aplicada em relações particulares. Na justiça distributiva, temos a igualdade geométrica, enquanto na justiça comutativa, temos a igualdade aritmética¹³⁰. Foi Aristóteles o primeiro a desenvolver os termos justiça aritmética e justiça geométrica¹³¹.

Alguns autores afirmam¹³² que da lição aristotélica a justiça distributiva é própria do legislador e a justiça corretiva (comutativa) é própria do juiz, o juiz é verdadeiramente um igualizador:

O juiz restaura a igualdade como se, de uma linha dividida em dois segmentos desiguais, retirasse do segmento mais longo a parte que excede a metade da linha inteira e a juntasse ao segmento mais curto. Quando o todo tenha sido dividido em duas metades, os litigantes declaram que têm o que lhes é próprio, isto é, que receberam o igual. E o igual é o meio entre o que é maior e o que é menor, segundo a proporção aritmética. É também por esta razão que o meio recebe o nome de justo, eis que é uma divisão em duas partes iguais... E o juiz é um homem que divide em dois¹³³.

Radbruch lecionando a respeito afirma:

¹²⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e Aplicação do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 15.

¹²⁹ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Livro I Capítulo III.

¹³⁰ DEL VECCHIO, *La Justicia...* Op. cit., p. 42.

¹³¹ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Livro I Capítulo III.

¹³² AZEVEDO, *Justiça...* Op. cit., p. 56-57. Ver também: DEL VECCHIO, *La Justicia...* Op. cit., p. 45.

¹³³ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Livro V, capítulo VII.

(...) A Justiça comutativa pressupõe, pelo menos, duas pessoas; a distributiva, pelo menos três. As duas primeiras, na justiça comutativa, acham-se equiparadas uma à outra; entre as três últimas, na distributiva, porém, há-de haver uma que, porque distribui entre os outros dois encargos ou vantagens, lhes dá-de ser superior, achando-se estas subordinadas. A Justiça comutativa é a justiça própria das relações de coordenação. A distributiva é a própria das relações de subordinação ou de supraordenação. A primeira é a justiça do direito privado; a segunda a do direito público.

(...) A justiça comutativa, sendo a justiça que tem lugar entre pessoas com iguais direitos, pressupõe necessariamente um acto anterior de justiça distributiva pelo qual se reconheceu aos interessados o seu igual direito, a mesma capacidade de comércio, o mesmo status. Isto mostra-nos que a justiça distributiva representa a forma primitiva da justiça¹³⁴.

Concebendo a justiça distributiva como primitiva, bem como aquela realizada por um “superior” ou “supraordenador”, ou mesmo sendo esta justiça própria do legislador, o que fazer quando houver injustiça na distribuição dos bens e encargos? ou como fazer com que a abstração da lei seja justa ao caso concreto?

Aristóteles não fugiu desta preocupação apresentando a equidade como solução para o problema:

Aristóteles se preocupa de las dificultades que ofrece la aplicación de las leyes abstractas a los casos concretos; e indicó un medio correctivo de la rigidez de la justicia, a saber, la equidad, criterio de aplicación de las leyes, que permite adaptarlas al caso singular, templando su rigor. Para hacer comprensible tal concepto parangona la equidad a un cierto instrumento de medida (regla lesbia) elaborado con una substancia plegable que le permitía adaptarse a las sinuosidades de los objetos que tenía que medir. Así, pues, las leyes son formales, abstractas, esquemáticas: su justa aplicación exige una cierta adaptación: en esta adaptación consiste cabalmente la equidad, la cual – según Aristóteles – puede llegar hasta modificar las mismas leyes¹³⁵.

Radbruch também destaca este aspecto da filosofia aristotélica:

Ao lado da justiça, concorrendo com ela na luta pelo direito, acha-se a equidade. Já também Aristóteles num capítulo celebre da sua Ética a Nicómaco se preocupou com este dilema: ou teremos de considerar a

¹³⁴ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, Editor, 1961, p. 104.

¹³⁵ DEL VECCHIO. Giorgio. *Filosofia del Derecho, Tomo II*. México: Union Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1946, p.14.

equidade como alguma coisa de melhor que a justiça, ou teremos de considerá-la como alguma coisa não diferente da justiça, isto é, como uma simples forma dela. E o mesmo Aristóteles sugeriu-nos a solução deste dilema ao afirmar que a justiça e a equidade não são afinal valores diferentes, mas caminhos diferentes para chegar ao mesmo único valor jurídico. A justiça considera o caso individual no ponto de vista da norma geral; a equidade procura achar a própria lei do caso individual, para depois transformar também numa lei geral, visto ambas tenderem por natureza, em última análise, para a generalização. (...) a equidade é a justiça de cada caso particular (...)¹³⁶

Em resumo, temos em Aristóteles a mais clara formulação da justiça como igualdade, concepção essa mais antiga e tradicional da justiça¹³⁷.

A.2.2.4 *Justiça em Hobbes*

Hobbes nasceu em Westport, estudou na Oxford e, em sucessivas viagens, encontrou sábios e filósofos de seu tempo, como Galileu e Mersenne. Foi no exílio, na França, que escreveu sua mais célebre obra *Léviathan*. É considerado um dos primeiros pensadores do Estado moderno, teve o mérito de elaborar uma teoria racional do poder em oposição aos teóricos do direito divino. A questão que lhe inquieta é, se os homens são naturalmente iguais, por que razão aceitariam um poder de um homem colocado acima deles? É isso que tenta responder no *Léviathan*¹³⁸.

Sobre a questão da justiça podemos extrair de Hobbes o seguinte:

De esta ley de Naturaleza, según la cual estamos obligados a transferir a otros aquellos derechos que, retenidos, perturban la paz de la Humanidad, se deduce una tercera ley, a saber: que los hombres cumplan los pactos que han celebrado. Sin ello, los pactos son vanos, y no contienen sino palabras vacías, y subsistiendo el derecho de todos los hombres a todas las cosas, seguimos hallándonos en situación de guerra.

En esta ley de naturaleza consiste la fuente y origen de la justicia. En efecto, donde no ha existido un pacto, no se ha transferido ningún derecho, y todos los hombres tienen derecho a todas las cosas: por tanto, ninguna acción puede ser injusta. La definición de injusticia no

¹³⁶ RADBRUCH, *Filosofia...* Op. cit., p. 106.

¹³⁷ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 117.

¹³⁸ CLÉMENT *Et al.* *Dicionário...* Op. cit., p. 180.

es otra sino ésta: el incumplimiento de un pacto. En consecuencia, lo que no es injusto es justo.

(...)

La causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre si mismos (en la que los vemos vivir formando Estados) es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que, tal como hemos manifestado, es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete, por temor al castigo, a la realización de sus pactos y a la observancia de las leyes de naturaleza establecidas en los capítulos XIV y XV.

Las leyes de naturaleza (tales como las de justicia, equidad, modestia, piedad y, en suma, la de haz a otros lo que quieras que otros hagan para ti) son, por si mismas, cuando no existe el temor a un determinado poder que motive su observancia, contrarias a nuestras pasiones naturales, las cuales nos inducen a la parcialidad, al orgullo, a la venganza y a cosas semejantes. Los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre, en modo alguno¹³⁹.

De tudo, nota-se que na filosofia política de Hobbes a justiça é a “ordem”. O fim último do direito é a paz social, a fuga da guerra na qual se vivia no estado de natureza. A ordem é o que dá fim ao *bellum ommium contra omnes*. Por meio de um poder central, estabelece-se uma ordem social, qualquer que seja essa. Preserva-se, desta forma, o direito à vida. O direito e a justiça são formas de garantir a segurança da vida¹⁴⁰.

A.2.2.5 Justiça em Kant

Kant foi um filósofo racionalista, nasceu na Prússia e nunca saiu de sua cidade (Königsberg) onde foi professor. A revolução filosófica de Kant consistiu na mudança de perspectiva, ou seja, não é o sujeito (o espírito) que se deve reger pelos objetos, mas o inverso: o conhecimento dos objetos depende das estruturas *a priori* da sensibilidade e

¹³⁹ HOBBS Tomas. *Leviatan*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1965, p. 151-159.

¹⁴⁰ BOBBIO, *Direito...* Op. cit., p. 116.

do entendimento. Em seu racionalismo há uma interdependência entre a razão e a sensibilidade¹⁴¹.

O conceito de imperativo categórico é central para a ética kantiana, e consiste na formulação de um mandamento que se define como “a representação de um princípio objetivo, enquanto obrigante para uma vontade”¹⁴². O imperativo categórico representa uma ação objetivamente necessária que independe de uma finalidade.

Para os partidários de um direito racional, de Kant a Del Vecchio, a justiça fundamenta-se essencialmente no respeito à autonomia de cada pessoa¹⁴³. Assim, *Uma ação é justa quando, por meio dela, ou segundo a sua máxima, a liberdade do arbítrio de um pode continuar com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal*¹⁴⁴.

Com efeito, para Kant o direito tem o papel de tornar possível a coexistência entre pessoas responsáveis e exteriormente livres, e a compatibilidade de ação das liberdades deve ser universal. Esta se dá no plano racional. Mas, Kant não elege uma concepção de justiça que simplesmente tem por fim maximizar as liberdades individuais, já que em sua perspectiva sugere uma universalização decorrente do conceito universal do direito¹⁴⁵.

Kant classifica os direitos em inatos e adquiridos, os primeiros são transmitidos pela natureza independente de qualquer ato jurídico, enquanto os segundos necessitam de um ato jurídico para sua transmissão. Para o filósofo, o único direito inato é a liberdade e outros direitos também considerados inatos, como a liberdade, na verdade decorrem da liberdade¹⁴⁶.

Classifica ainda a liberdade em interna e externa. A primeira é em relação as pressões de forças inferiores de nossas próprias paixões que dificultam nossa ação livre.

¹⁴¹ CLÉMENT *Et al. Dicionário...* Op. cit., p. 215-216 e 325.

¹⁴² KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. de Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 1995, BA37.

¹⁴³ PERELMAN, *Ética...* Op. cit., p. 75-76.

¹⁴⁴ KANT, Immanuel. *A Metafísica dos costumes. A doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude*. São Paulo: Edições Profissionais Ltda, 2003, p. 76-77.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. *Direitos Humanos como Imperativos Categóricos-Jurídicos? Kant, Höffe e a Filosofia do Direito*. In *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 54-55.

¹⁴⁶ BOBBIO, *Direito...* Op. cit., p. 120.

A segunda diz respeito à força externa que provém do arbítrio dos outros¹⁴⁷. Esta liberdade externa é que importa para a teoria da justiça de Kant.

Nesta perspectiva, a justiça consiste em afastar obstáculos à liberdade, ou seja, fazer com que cada um possa usufruir da liberdade que lhe pode ser consentida pela liberdade igual dos outros, em resumo, criar uma esfera de não impedimento. Em fim, para Kant, justiça é liberdade¹⁴⁸.

A.2.2.6 *Justiça em Kelsen*

Kelsen, principal nome da Escola Positivista do Direito, se notabilizou por sua teoria pura do direito. O positivismo desapegado às questões metafísicas do “porquê” renuncia a busca da explicação absoluta das coisas e posta-se mais interessado nas questões do “como”¹⁴⁹. Neste contexto, surge a teoria pura do direito com a tarefa de libertar a ciência do Direito das relíquias do animismo, definindo Direito como ordem coercitiva, como uma técnica social específica¹⁵⁰.

Assim, preocupou-se o autor com uma análise estrutural do Direito positivo, a Teoria Pura do Direito trata o Direito como um sistema de normas válidas criadas por atos de seres humanos¹⁵¹.

A Teoria Pura do Direito não se preocupa com a origem do direito, tampouco com o fato da ordem jurídica ser justa ou injusta. A função da justiça para Kelsen é ser um modelo para a feitura de bom Direito e um critério para distinguir o bom e o mau Direito. A Teoria Pura do Direito insiste em uma separação nítida entre o conceito de Direito e o conceito de justiça. Da mesma forma, a teoria pura do direito não identifica a validade do direito com a o fato de ser justo, *verbis*:

Para a questão da validade do direito, isto é, para a questão de saber se as suas normas devem ser aplicadas e acatadas, é decisiva a relação que se pressuponha entre justiça e direito. Sobre este ponto apresentam-se duas concepções diametralmente opostas. Segundo uma delas, um direito positivo apenas pode ser considerado como

¹⁴⁷ BOBBIO, *Direito...* Op. cit., p. 95-100.

¹⁴⁸ BOBBIO, *Direito...* Op. cit., p. 118-119.

¹⁴⁹ CLÉMENT *et al.* *Dicionário...* Op. cit., p. 308-309.

¹⁵⁰ KELSEN, *O que é Justiça*, Op. cit., p. 285-287.

¹⁵¹ KELSEN, *O que é Justiça*, Op. cit., p. 291.

válido na medida em que a sua prescrição corresponda às exigências da justiça. Direito válido é direito justo: uma regulamentação injusta da conduta humana não tem nenhuma validade e não é, portanto, direito, na medida em que se deva entender por direito apenas uma ordem válida. Isto quer dizer que a validade da norma de justiça é o fundamento da validade do direito positivo. Segundo a outra concepção, a validade do direito positivo é independente da validade da norma de justiça. Um direito positivo não vale pelo fato de ser justo, isto é, pelo fato de a sua prescrição corresponder à norma de justiça – e vale mesmo que seja injusto. A sua validade é independente da validade de uma norma de justiça. É esta a concepção do positivismo jurídico, e tal é a consequência de uma teoria jurídica positivista ou realista, enquanto contraposta à doutrina idealista¹⁵².

Na perspectiva de Kelsen, não existe um critério objetivo de justiça, já que a afirmação de que algo é justo ou injusto é um juízo de valor absoluto, fruto do subjetivismo, baseado em elementos da emoção e do desejo, não sendo assim enunciados da realidade. Com isso, Kelsen afirma o relativismo axiológico como ponto de partida da teoria pura do direito. Admite, assim, a possibilidade de normas de justiça diferentes e possivelmente contraditórias, colocando, desta forma, o valor justiça como relativo¹⁵³ e, por isso, não pode ser fonte de validade do direito positivo.

A.2.2.7 *Justiça e Rawls*

Este filósofo americano, contemporâneo ao declínio da doutrina marxista, renova a tradição idealista da filosofia política. Parte da imaginação de uma situação hipotética (posição original), tal qual o Estado de Natureza dos antigos teóricos do contrato social, na qual as pessoas escolherão os princípios de repartição dos bens fundamentais que irão reger a sociedade futura. A escolha é feita a partir da ignorância que se tem da posição que cada um guardará nesta sociedade (véu da ignorância)¹⁵⁴.

Para Rawls, a justiça é a primeira virtude e não olvidando as diferentes espécies de coisas que possam ser consideradas justas ou injustas (leis, instituições, sistemas, sociais, decisões e atos), o objeto de sua teoria é a justiça social, vista como a maneira

¹⁵² KELSEN, *O problema...* Op. cit., p. 67-68.

¹⁵³ KELSEN, *O problema...* Op. cit., p. 69-71.

¹⁵⁴ CLÉMENT *et al.* *Dicionário...* Op. cit., p. 326.

pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social.

Os objetivos de sua teoria da justiça são assim definidos pelo autor:

Meu objetivo é apresentar uma concepção da justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant. Para fazer isso, não devemos pensar no contrato original como um contrato que introduz uma sociedade particular ou que estabelece uma forma particular de governo. Pelo contrário, a idéia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original. São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer. A essa maneira de considerar os princípios da justiça eu chamarei de justiça como [sic] equidade.¹⁵⁵

Com efeito, para Rawls, a posição original e o véu da ignorância possibilitam a eleição de um conjunto de princípios que uma vez adotados pelas instituições sociais produzirão uma sociedade justa, pois estes princípios seriam aceitos por qualquer pessoa livre e igual em circunstância equitativa¹⁵⁶. Enquanto para Kant, o objeto do contrato é a formação do Estado, para Rawls, o objeto é a estipulação de princípios de justiça¹⁵⁷.

Oposta ao utilitarismo, a teoria de Rawls é deontológica, ou seja, prioriza o justo sobre o bem, em outros termos, não está preocupado em maximizar o bem, e sim tem atenção aos princípios de justiça¹⁵⁸.

Segundo Rawls, os princípios de justiça escolhidos na posição original seriam:

¹⁵⁵ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Estaves. São Paulo: Martins Fonte, 2002, p. 12.

¹⁵⁶ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Estaves. São Paulo: Martins Fonte, 2002, p. 12.

¹⁵⁷ CIOTOLA, Marcelo. *A crítica de Rawls ao Utilitarismo*. In *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. (Organizadores: MAIA, Antonio Cavalcanti *et al*), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 182.

¹⁵⁸ CIOTOLO, A *crítica...* Op. cit., p. 181-182.

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais amplo sistema total de liberdades básicas iguais, que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos (princípio da liberdade).

As desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas de forma que simultaneamente: a) redundem nos maiores benefícios possíveis para os menos beneficiados, que sejam compatíveis com o princípio da poupança justa (princípio da diferença); b) sejam a consequência do exercício de cargos e funções abertos a todos em circunstâncias de igualdade equitativa de oportunidades (princípio da igualdade de oportunidades).

O objetivo da teoria de justiça de Rawls é apresentar uma alternativa ao utilitarismo em geral, não olvidando que este utilitarismo admite o sacrifício de alguns indivíduos para maximizar o bem da sociedade.

A.2.2.8 Justiça: nossas conclusões

Perelman está com a razão quando afirma que a noção de justiça propõe a todos, inevitavelmente, a ideia de igualdade. *Desde Platão e Aristóteles, passando por Santo Tomás, até os juristas, moralistas e filósofos contemporâneos, todos estão de acordo sobre este ponto. A ideia de justiça consiste numa certa aplicação da ideia de igualdade*¹⁵⁹.

Outra questão que encontra certo consenso é a ideia de que a igualdade (logo a justiça) é um conceito relacional¹⁶⁰. Quando se pensa em igualdade ou desigualdade estas não ocorrem em si, e são pensadas em relação a duas ou mais coisas ou a duas ou mais pessoas (situações, etc). A igualdade e a desigualdade exigem um juízo de comparação e, por óbvio, os que forem objeto de comparação devem ser comparáveis entre si¹⁶¹. A par disso, nos parece adequado associar a justiça ao ideal de alteridade, ou seja, à consideração com o outro na qualidade de sujeito¹⁶².

¹⁵⁹ PERELMAN, *Ética...* Op.cit., p. 14.

¹⁶⁰ Neste sentido: DEL VECCHIO, *La Justicia...* Op. cit., p. 57-58.

¹⁶¹ AZEVEDO, *Justiça...* Op. cit., p. 40-41.

¹⁶² DEL VECCHIO, *La Justicia...* Op. cit., p. 66-71.

A igualdade é um elemento comum em diversas concepções de justiça. Não obstante, como se demonstrou acima, tal fato não evita o surgimento de concepções diferentes, e mesmo contraditórias, de justiça.

Isto se dá, segundo Perelman, porque há certa confusão entre o que chama **justiça formal (ou abstrata)** e **justiça concreta**. A primeira pode ser definida como *um princípio de ação, segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma*. O desacordo nasce na hora de definir as características essenciais para aplicação da justiça (concreta), vale dizer:

O princípio segundo o qual os iguais devem receber coisas iguais, e as desiguais coisas desiguais, proporcionalmente à sua desigualdade, não diz quando duas pessoas (ou duas coisas) são iguais ou desiguais. Trata-se de uma norma de tratamento que não pode ser aplicada “sem que se determine previamente o critério de que tem que se servir o aplicador para falar da igualdade ou desigualdade das coisas ou das pessoas”¹⁶³.

Na justiça concreta, é inevitável a necessidade de uma escala de valores, *uma determinação do que é importante e do que não é, do que é essencial e do que é secundário* e é aí que entra nossa visão do mundo, o modo como distinguimos¹⁶⁴, e, principalmente, nossas ideologias. Isto fica claro quando Aristóteles lembra que o mérito será diferente para os democratas que darão valor a condição de homens livres, para oligarcas que prestigiarão a riqueza ou nobreza do nascimento e ainda, para os aristocratas que darão relevo à virtude ou excelência¹⁶⁵. Höffe, por exemplo, destaca a diversidade dos princípios de justiça, quando o liberalismo econômico segue o princípio “a cada um segundo sua produção”; o Estado de Direito à lógica “a cada um segundo seus direitos legais” e o socialismo “a cada um segundo suas necessidades”¹⁶⁶.

Ainda em Perelman, vale transcrever:

Ao querer definir a justiça concreta, engloba-se na mesma fórmula a definição da justiça formal e uma visão particular do universo. Onde

¹⁶³ AZEVEDO, *Justiça...* Op. cit., p. 41.

¹⁶⁴ PERELMAN, *Ética...* Op.cit., p. 30-31.

¹⁶⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. V, 1131 a. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 109.

¹⁶⁶ HÖFFE, Otfried. *Justiça Política. Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 27.

divergências, mal-entendidos e confusões tais que, prendendo-se às diferenças que opõem as diversas fórmulas, nem sequer se repara que elas têm um elemento em comum, a mesma concepção da justiça formal. Entretanto, mostramos que não há razão nenhuma para que o desacordo sobre a aplicação da justiça, resultante de diversas concepções da justiça concreta, impeça um acordo sobre a definição da parte formal da justiça¹⁶⁷.

Com efeito, sendo a noção de justiça formal (abstrata) clara e precisa e seu caráter racional nitidamente evidente, o problema da justiça fica parcialmente resolvido, pois a dificuldade e o desacordo resumir-se-ão à justiça concreta.

Lançando mão da lição de Perelman, a justiça possui três elementos, a saber: a) o valor que a fundamenta; b) a regra que a enuncia e c) o ato que a realiza. Para o autor, os dois últimos (b e c) são os únicos que podemos submeter a exigências racionais, ou seja, podemos exigir que o ato trate da mesma forma os seres que fazem parte da mesma categoria essencial, bem como, podemos exigir que a regra esteja justificada e decorra de um sistema normativo adotado. Não obstante, quanto ao valor que é o fundamento do sistema normativo não podemos exigir um critério racional, este será sempre arbitrário e indeterminado. Não podemos qualificar este valor de justo ou injusto¹⁶⁸.

Daí decorre que um sistema de justiça nunca será perfeito, já que não há um único valor que englobe e domine todos os outros, pois como todo valor é arbitrário, não existe justiça absoluta, inteiramente fundamentada na razão, só existe justiça absoluta quando falamos de justiça formal (abstrata), ou seja, quando estivermos diante de seres previamente estabelecidos na mesma categoria essencial¹⁶⁹.

Por tal razão, é sempre importante ao aplicar a regra, pensar no fundamento arbitrário dos sistemas normativo que a sustenta. A arbitrariedade dos valores que fundam o sistema normativo é a única que não podemos evitar, como também, é a única que devemos tolerar¹⁷⁰, não sendo possível tolerar arbitrariedade na regra ou no ato. Por outro lado, vale transcrever a lição de Perelman:

¹⁶⁷ PERELMAN, *Ética...* Op.cit., p. 32.

¹⁶⁸ PERELMAN, *Ética...* Op.cit., p. 63.

¹⁶⁹ PERELMAN, *Ética...* Op.cit., p. 64.

¹⁷⁰ PERELMAN, *Ética...* Op.cit., p. 67.

Essa imperfeição de todo sistema de justiça, a parte inevitável de arbitrariedade que contém, deve sempre estar presente na mente de quem quiser aplicar suas mais extremas consequências. É somente em nome de uma justiça perfeita que seria moral afirmar *pereat mundus, fiat justitia*. Mas todo sistema normativo imperfeito, para ser moralmente irrepreensível, deveria aquecer-se no contacto de valores mais imediatos e mais espontâneos. Todo sistema de justiça deveria não perder de vista sua própria imperfeição e disso concluir que uma justiça imperfeita, sem caridade, não é justiça¹⁷¹.

É no próprio Perelman que encontramos uma forma de atenuar o impacto do que se chama arbitrariedade dos valores. O autor dá relevo a justificação e a argumentação o que poderá trazer um certo acordo entre os valores. Para ele, quando se trata de valores e quando se trata de “deliberar antes de agir”, o raciocínio ganha forma de argumentação, instrumento já bem conhecido pelos antigos, designadamente Aristóteles. Assim, os valores são menos arbitrários quando a argumentação possa valer para uma universalidade de mentes¹⁷².

Não se pode olvidar também que qualquer teoria da justiça, como toda teoria filosófica, na medida em que é associada a juízos de valor, é sempre historicamente situada e é um posicionamento que não vale para a eternidade e para toda a sociedade, mas sim, para uma dada sociedade¹⁷³.

Partindo desta visão da justiça, para nós é indissociável a sua filiação com a ideia de igualdade e, por consequência, esta concepção se reflete sobre o conceito de direito e, nestes termos, a definição trazida por Bobbio é precisa:

A justiça é igualdade. Segundo esta concepção, que é a mais antiga e tradicional (deriva de Aristóteles na sua formulação mais clara), o fim do direito, ou seja, das regras coercitivas que disciplinam a conduta dos homens na sociedade, é de garantir a igualdade, seja nas relações entre os indivíduos (o que geralmente é chamado de justiça comutativa), seja nas relações entre o Estado e os indivíduos (o que geralmente é chamado de justiça distributiva). O direito é aqui o remédio primeiro e fundamental para as disparidades entre os homens, que podem derivar tanto das desigualdades naturais como das desigualdades sociais. Um ordenamento jurídico não pode ser considerado justo se não protege os fracos dos fortes, os pobres dos

¹⁷¹ PERELMAN, *Ética...* Op.cit., p. 67.

¹⁷² PERELMAN, *Ética...* Op.cit., p. 60 e p.107-108.

¹⁷³ PERELMAN, *Ética...* Op.cit., p. 247.

ricos, se não estabelece com as próprias regras uma medida ou uma série de medidas com as quais seja impedida a prevaricação e todos os membros de uma sociedade recebam igual tratamento com base em certos critérios fundamentais (que podem ser ora o trabalho, ora o mérito, ora a necessidade etc). Segundo esta teoria, não é suficiente que o direito imponha uma ordem qualquer: é preciso que a ordem seja justa e por “justa” entende-se “de fato fundada no respeito à igualdade”. (...) O direito natural fundamental que está na base desta concepção é o direito à liberdade (grifos nossos)¹⁷⁴.

Em nossa perspectiva, os valores fundamentais, primeiro elemento da justiça conforme lição de Perelman, nas sociedades brasileira e portuguesa, estão estampados nas respectivas Constituições, como a dignidade humana, a vida, a liberdade, etc. De forma que, tais valores servirão de norte e limite ao juiz e ao legislador responsáveis pela realização da justiça.

Como se destacou em outra passagem, muitos dizem que o legislador é responsável pela justiça distributiva e o juiz pela justiça corretiva (ou comutativa). Para nós, esta distribuição não pode ser vista de forma rígida, pois, o que fazer se o segundo elemento da justiça (a regra – a lei) estiver em descompasso com o valor que a fundamenta (primeiro elemento da justiça)? Em outras palavras, quando a lei for injusta. O próprio Aristóteles já apresentou solução para o tema apontando a equidade como a *régua lésbica* capaz de dar a medida justa ao caso concreto, capaz de criar a lei ao caso concreto. Assim, Aristóteles reconhece ao Juiz um papel de até modificar as leis quando estas não se ajustam à justiça¹⁷⁵ (ao valor fundamental).

Com efeito, vemos aqui um encontro entre a teoria da justiça e a teoria da jurisdição na perspectiva de Owen Fiss, ou seja, na medida em que a jurisdição é a função responsável pela concretização dos valores constitucionais, temos que a justiça formal é a igualdade dentro de categorias essenciais e que os juízos de valor deverão previamente definir estas categorias essenciais, bem como, as distinções a serem consideradas na Constituição.

¹⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. São Paulo: Editora Mandarim, 2000, p. 117.

¹⁷⁵ DEL VECCHIO, *Filosofia...* Op. cit., p. 14. e RADBRUCH, *Filosofia...* Op. cit., p. 106.

Desta forma, os elementos subjetivos que acabam sempre por orientar a **justiça concreta**, embora não estejam totalmente suprimidos, encontram na Constituição uma objetivação a mais, limitando ainda mais a subjetividade. Na Constituição, teremos um certo acordo sobre valores fundados na argumentação do processo legislativo, válido para uma determinada sociedade em um determinado tempo.

Desta forma, entendemos que é possível falar em uma **justiça constitucional**, que seria o somatório da justiça formal e a justiça concreta, mas, esta última, partindo não só dos elementos subjetivos como descreve Perelman, mas, principalmente, dos valores fundamentais consagrados na Constituição.

A.3 VIDA E CORPO

Nesta altura, pretendemos fazer algumas reflexões sobre os elementos “vida” e “corpo”. Entendemos conveniente tratarmos deste tema em sede de prólogo e nesta ordem, uma vez que a vida se desenvolve no seio do Estado e é sobre a vida e o corpo que incide a justiça. Desta forma, qualquer conclusão sobre intervenção corporal pressupõe uma pré-compreensão sobre os temas vida e corpo.

Em sentido comum, a vida é o intervalo de tempo entre o aparecimento e a morte de um indivíduo ou de um organismo¹⁷⁶, ou seja, a existência¹⁷⁷. Para a biologia, é o *conjunto de caracteres próprio de todos os organismos, vegetais e animais – principalmente, o crescimento, a reprodução e a assimilação – por oposição à matéria inerte*¹⁷⁸.

O conceito não é muito distinto na medicina. Para Dorland¹⁷⁹, a vida apresenta, em maior ou menor grau, as seguintes características: organização, irritabilidade, movimento, crescimentos, reprodução e adaptação. Vale transcrever:

¹⁷⁶ CLÉMENT *Et al.* *Dicionário...* Op. cit., p. 392.

¹⁷⁷ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário de Língua Portuguesa*. 3ª edição, Curitiba: Editora Positivo, 2004, p. 2059.

¹⁷⁸ CLÉMENT *Et al.* *Dicionário...* Op. cit., p. 392.

¹⁷⁹ DORLAND, W. A. Newman. *Dorland's Illustrated Medical Dictionary*. Philadelphia: WB Saunders Company, 1994, p. 925 (the aggregate of vital phenomena; a certain peculiar stimulated condition of

Vida. Condición Del ser viviente. 2. Fenómeno complejo que consiste en la interrelación de numerosas reacciones químicas, coordinadas mediante una energía que es esencial para su existencia. La vida se manifiesta únicamente en el protoplasma y éste posee propiedades cuyo conjunto caracteriza La vida. Estas propiedades fundamentales son: reproducción, irritabilidad, movilidad, metabolismo, crecimiento y adaptación. 3. Período que media entre el nacimiento y la muerte¹⁸⁰.

Interessa-nos aqui a vida humana. Embora, tanto para o direito como para a medicina e para a biologia a vida esteja associada ao período que reside entre o nascimento e a morte, a questão mostra-se mais complexa, já que há proteção ao nascituro e ainda questões afetas ao embrião.

Sobre o termo inicial da vida humana, a doutrina se divide em três grandes grupos: o primeiro, segundo o qual, a origem de toda a pessoa humana é a concepção, momento em que passa a ter amparo. O segundo grupo diferencia a proteção de acordo com as fases de desenvolvimento. Desta forma, alguns sustentam a proteção após o 6º dia da concepção, outros após a nidação do zigoto ao útero, há ainda, os que associam à formação do sistema nervoso central, ou seja, após o 14 ° dia da concepção, ou 18 ° dia com a formação da placa neural, etc. Por fim, o terceiro grupo afirma ser o embrião uma pessoa humana em potencial, com estatuto próprio¹⁸¹.

Para ilustrar, vale transcrever duas concepções opostas:

Nilson do Amaral SANT'ANNA afirma que, sob o ponto de vista médico-legal, a vida tem início com a fecundação:

A vida humana irrompe e inicia a sua estruturação somática no exato momento da fecundação, antes, portanto, de o ovo implantar-se no útero. A nidação garante, apenas, o prosseguimento de um processo vital já em andamento, decorrente de seu próprio poder energético, e a continuidade evolutiva de uma complexa arquitetura citológica, cujas linhas prévias já lhe chegaram esboçadas no desenho das primeiras divisões mitóticas [sic] (BARBOZA, 1993, P. 77)¹⁸².

organized matter; that obscure principle whereby organized beings are peculiarly endowed with certain powers and functions not associated with inorganic matter. Generally, living things share, in varying degrees, the following characteristics: organization, irritability, movement, growth, reproduction, and adaptation).

¹⁸⁰ DORLAN, W. A. Newman. *Diccionario de Ciências Médicas Dorland. Version y Adaptación de La XXIV Ed. Inglesa*. Trad. Carlos Martín Burgos et al. Buenos Aires: Librería El Ateneo, s/d, p. 1545.

¹⁸¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A Vida Humana Embrionária e a sua Proteção Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 217-218.

¹⁸² MEIRELLES, A Vida... Op. cit., p. 171-172.

Em sentido oposto:

Se a vida humana se extingue, para a legislação vigente, quando o sistema nervoso pára de funcionar, o início da vida teria lugar apenas quando este se formasse, ou, pelo menos começasse a se formar. E isso ocorre por volta do 14º dia após a fecundação, com a formação da chamada “placa neural”¹⁸³.

O Tribunal Constitucional Alemão já se posicionou sobre o tema no seguinte sentido:

Vida, no sentido de existência em desenvolvimento de um indivíduo humano, começa, de acordo com reconhecidas descobertas biológico-fisiológicas, no décimo - quarto dia depois da concepção (implantação, individualização). O processo de desenvolvimento que então tem início é contínuo, não se manifestando uma clara definição, nem se permitindo qualquer delimitação precisa entre as várias fases de desenvolvimento da vida humana¹⁸⁴.

Diante da inexistência de consenso científico e filosófico sobre o início da vida, estamos diante do que se chama na filosofia moderna *desacordo moral razoável*¹⁸⁵. De qualquer forma, para os limites da presente investigação sobre intervenção corporal no âmbito do processo penal, as referidas controvérsias não possuem grande relevo, bastando-nos a concepção legal e incontroversa de que o argüido, ou seja, o indiciado ou o réu, indubitavelmente, possui vida e, por consequência, direitos e deveres a ela inerentes conforme preceituam a legislação civil de Portugal e Brasil, *verbis*:

Código Civil Português

Art. 66º - Começo da Personalidade

1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.

¹⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *Em Defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legitimidade das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias*. In *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos* (Organizadores: Daniel Sarmento e Flávia Piovesan). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 254.

¹⁸⁴ KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 1997, p. 337.

¹⁸⁵ BARROSO, *Em Defesa...* Op. cit., p. 248.

Código Civil Brasileiro

Art. 1º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Portanto, é a partir do nascimento com vida que surge a pessoa humana, com aptidão para tornar-se sujeito de direito e deveres, em que pese a proteção ao nascituro, ou seja, ser humano já concebido, cujo nascimento é tido como um fato certo¹⁸⁶.

Não menos polêmica, quanto ao momento do surgimento da vida, é a questão de seu desaparecimento, ou seja, a morte. Preteridamente identificava-se a morte com constatação da cessação do batimento cardíaco e a parada da respiração. Com as novas técnicas de reanimação (respiração artificial, circulação cardíaca mantida por perfusão endovenosa de adrenalina etc.), temos uma redefinição da morte. A morte cerebral passa a substituir a morte sistêmica ou somática¹⁸⁷. Como bem destaca Barroso¹⁸⁸, na ordem legal brasileira a morte encefálica é o referencial para a cessação da vida como dispõe o art. 3º da Lei 9434/97:

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina (grifo nosso).

Diante de tais polêmicas, vale destacar, desde já, a constatação de que o conceito de vida e morte são conceitos políticos, neste sentido é precisa a lição de Agamben:

...vida e morte não são propriamente conceitos científicos, mas conceitos políticos, que, enquanto tais, adquirem um significado preciso somente através de uma decisão. As “fronteiras angustiosas e incessantemente diferidas”, de que falavam Moullaret e Goulon, são fronteiras móveis porque são fronteiras biopolíticas, e o fato de que hoje esteja em curso um vasto processo, no qual a aposta em jogo é a sua própria redefinição, indica que o exercício do poder soberano passa, mais do que nunca, através delas e encontra-se novamente a entrecruzar-se com as ciências médicas e biológicas¹⁸⁹.

¹⁸⁶ BARROSO, *Em Defesa...* Op. cit., p. 252.

¹⁸⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2007, p. 167-169.

¹⁸⁸ BARROSO, *Em Defesa* Op. cit., p. 254.

¹⁸⁹ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p. 171.

Após esta breve análise da vida sob a ótica biomédica e jurídica, antes de adentrarmos no aspecto filosófico do tema, cumpre destacar uma breve nota sobre o “corpo” nas mesmas perspectivas.

O corpo é tido como a parte mais importante de um órgão ou de outra estrutura anatômica¹⁹⁰. No caso do corpo humano, para a medicina, ele é tido como o somatório de cabeça (*caput*), pescoço (*collum*), tronco (*truncus*) e membros (*membra*)¹⁹¹. O corpo tanto é um organismo animal com seus órgãos, não só quando vivo, como também, é considerado corpo quando cadáver¹⁹². Em outros termos, podemos falar de corpo humano vivo que se confunde com a noção de pessoa¹⁹³ e em corpo humano morto (cadáver). No que tange a associação de corpo, a pessoa impõe-se transcrever:

De facto, o bem integridade física consiste na incolumidade física que vai além da existência, a qual atinge mais propriamente o bem vida. Ora, assim se torna imprescindível a determinação do que seja verdadeiramente o nosso corpo, já que o direito deve considerar a pessoa física de uma forma concreta, como de carne e de sangue: a protecção primordial da pessoa humana, [sic] abrange “(...) somente o corpo mas também outros valores de ordem moral que estabelecem o preço da vida e da dignidade do homem”¹⁹⁴.

Para o direito, o corpo é protegido tanto como “pessoa viva” como na condição de cadáver. Nota-se assim, que a vida e o corpo, embora intimamente ligados, podem ser dissociados. Como dito, o corpo humano quando abriga a vida é pessoa, sem ela poderia ser considerado coisa¹⁹⁵ ou direito da personalidade.

Preteridamente, o corpo humano, na generalidade dos povos, tinha um valor eminentemente patrimonial, como se podia ver em relação aos devedores, como meio de

¹⁹⁰ MANUILA, L. *et al.* *Dicionário Médico Andrei*. Tradução Dr. Cláudio Roitman. São Paulo: Andrei Editora, 1997, 181.

¹⁹¹ STEDMAN, Thomas Lathrop. *Stedman Dicionário Médico*. Tradução: Cláudia Lúcia Caetano de Araújo *et al.* Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 1996, p. 292.

¹⁹² BLAKISTON'S Pocket Medical Dictionary'. Terceira Edição. Dicionário Médico. Organização Andrei Editora Ltda. São Paulo, 2000.

¹⁹³ NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo*. Coimbra. Editora Coimbra, 2004, p. 426.

¹⁹⁴ NETO, Luísa. *O Direito...* Op.cit., p. 422.

¹⁹⁵ NETO, Luísa. *O Direito...* Op.cit., p. 422.

reparação e de provas como as ordálias. O corpo humano projetava-se como forma de pagamento nas obrigações e *instrumento de vingança e de verdade em direito penal*¹⁹⁶.

Atualmente, a proteção jurídica do corpo começa pelas Constituições que protegem a dignidade humana¹⁹⁷, pois é certo que um dos componentes da dignidade é a integridade física¹⁹⁸. Na legislação infraconstitucional, o corpo encontra proteção na legislação penal¹⁹⁹ de Portugal e do Brasil, que punem a lesão corporal e a tortura, sem olvidar o homicídio que embora tutele a vida, tal tutela não é possível sem o desejo de proteção ao corpo, pois, como se sabe, *o corpo humano na sua globalidade é bem protegido, porque se confunde com a pessoa, objecto de todos os favores do direito*²⁰⁰.

Mas não é apenas o corpo com vida que tem proteção jurídica. O cadáver também é tutelado pelo ordenamento. Basta referir-se aos crimes atinentes a profanação

¹⁹⁶ NETO, Luísa. *O Direito...* Op.cit., p. 428-429.

¹⁹⁷ CRF/88, Art. 1º - *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: III – a dignidade da pessoa humana.* CRP – Art. 1º *Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade, livre, justa e solidária.*

¹⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição, Almedina, 2003, p. 249.

¹⁹⁹ Código Penal do Brasil: Art. 129 – Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. Art. 121 – Matar alguém: Pena- reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos. Lei de Tortura (Lei 9455/97): Art. 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos. § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. § 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos. § 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos. Código Penal Português – Art. 143º, 1. Quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa. Art. 131º - Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de oito a dezasseis anos. Art. 243º, 1. Quem, tendo por função a presvenção, perseguição, investigação ou conhecimento de infracções criminais, contra-ordenacionais ou disciplinares, a execução de sanções da mesma natureza ou a protecção, guarda ou vigilância de pessoa detida ou presa, a torturar ou tratar de forma cruel, degradante ou desumana para: a) obter dela ou de outra pessoa confissão, depoimento, declaração ou informação; (...) 3. Considera-se tortura, tratamento cruel, degradante ou desumano, o acto que consista em infligir sofrimento físico ou psicológico agudo, cansaço físico ou psicológico grave ou no emprego de produtos químicos, drogas ou outros meios, naturais ou artificiais, com intenção de perturbar a capacidade de determinação ou a livre manifestação de vontade da vítima (...) Art. 244º, 1. Quem nos termos e condições referidos no artigo anterior: a) Produzir ofensa à integridade física grave (...) é punido com pena de prisão de três a doze anos.

²⁰⁰ NETO, Luísa. *O Direito...* Op.cit., p. 426.

de cadáver²⁰¹. A legislação do Brasil, vale destacar a Lei 9434/97, que regula o transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, dispõe sobre as condições de intervenção corporal com tais finalidades. A referida lei traz inúmeros dispositivos que tutelam o corpo em vida e o cadáver, impõe-se a transcrição:

CAPÍTULO II

DA DISPOSIÇÃO POST MORTEM DE TECIDOS, ÓRGÃOS E PARTES DO CORPO HUMANO PARA FINS DE TRANSPLANTE.

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

§ 1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º, e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos.

§ 2º Às instituições referidas no art. 2º enviarão anualmente um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema único de Saúde.

§ 3º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica.

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Art. 5º A remoção post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz poderá ser feita desde que permitida expressamente por ambos os pais, ou por seus responsáveis legais.

²⁰¹ Art. 254º do CP Português: 1. Quem: a) Sem autorização de quem de direito, subtrair, destruir ou ocultar cadáver ou parte dele, ou cinzas de pessoa falecida; b) Profanar cadáver ou parte dele, ou cinzas de pessoas falecidas, praticando actos ofensivos do respeito devido aos mortos; (...) é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

Art. 6º É vedada a remoção post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas.

Art. 7º

Parágrafo único. No caso de morte sem assistência médica, de óbito em decorrência de causa mal definida ou de outras situações nas quais houver indicação de verificação da causa médica da morte, a remoção de tecidos, órgãos ou partes de cadáver para fins de transplante ou terapêutica somente poderá ser realizada após a autorização do patologista do serviço de verificação de óbito responsável pela investigação e citada em relatório de necropsia.

Art. 8º Após a retirada de tecidos, órgãos e partes, o cadáver será imediatamente necropsiado, se verificada a hipótese do parágrafo único do art. 7º, e, em qualquer caso, condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento.

Sobre o transplante em vida, temos:

CAPÍTULO III

DA DISPOSIÇÃO DE TECIDOS, ÓRGÃOS E PARTES DO CORPO HUMANO VIVO PARA FINS DE TRANSPLANTE OU TRATAMENTO

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

§ 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

§ 4º O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

§ 5º A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização.

§ 6º O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos

os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.

§ 7º É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto.

§ 8º O auto-transplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, registrado em seu prontuário médico ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais.

Art. 9o-A É garantido a toda mulher o acesso a informações sobre as possibilidades e os benefícios da doação voluntária de sangue do cordão umbilical e placentário durante o período de consultas pré-natais e no momento da realização do parto.

Por fim, a proteção penal:

CAPÍTULO V

DAS SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS

SEÇÃO I

Dos Crimes

Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

§ 1.º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa.

§ 2.º Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:

I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto:

Pena - reclusão, de três a dez anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa

§ 3.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta para o ofendido:

I - Incapacidade para o trabalho;

II - Enfermidade incurável ;

III - perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

IV - deformidade permanente;

V - aborto:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

§ 4.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:

Pena - reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

Art. 16. Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência ter sido obtido em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de um a seis anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

Art. 17 Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência ter sido obtido em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de seis meses a dois anos, e multa, de 100 a 250 dias-multa.

Art. 18. Realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10 desta Lei e seu parágrafo único:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Art. 19. Deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Art. 20. Publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o disposto no art. 11:

Pena - multa, de 100 a 200 dias-multa.

A partir desta noção de vida e corpo para o direito e as ciências biomédicas, cumpre-nos analisar a vida e corpo para a filosofia. Começemos pela vida.

Filosoficamente, pode se extrair um certo acordo em torno da vida, como a característica de se produzir e se regular por si. Desde a antiguidade, a vida tem sido associada a autoprodução, espontaneidade pela qual seres vivos se movem de forma aparentemente independente do externo. Aristóteles entende por vida a nutrição, o crescimento e a destruição que se originam por si mesmos²⁰². Embora o conceito de vida parece reduzir-se ao orgânico-vivente, o viver, já em Aristóteles, não está separado do pensar. Para o filósofo, o estudo da vida não pertence à física nem à história natural, mas sim à psicologia²⁰³.

Duas grandes filosofias nortearam os debates sobre a vida, a saber: o mecanicismo (Descartes e Hobbes) e o vitalismo. O mecanicismo dissociava a vida da alma, acreditando que determinadas formas de organização da matéria corpórea possibilitariam o mover-se ou desenvolver-se por si só. Já o vitalismo considera que esta organização por si só não é suficiente e que a vida depende de um princípio de natureza espiritual (a *archeus* de Helmont, a *natureza plástica* de Cudworth, o dominante de Reinke, o *élan vital* de Bergson, etc.)²⁰⁴.

Há certa unanimidade em associar a vida à capacidade de auto-regulação, mas diante do poder do homem em criar máquinas complexas que possuem certo grau de autoregulação, parece que, embora tal característica seja um forte farol nas pesquisas, não pode constituir a descrição exaustiva da própria vida²⁰⁵.

Podemos identificar uma tensão entre o conceito orgânico e o conceito anímico de vida. Na filosofia renascentista, vê-se de certo modo a tentativa de equilibrar a ideia de vida puramente vivente-corporal e puramente íntimo-espiritual, vendo-se a vida espiritualizada e corporalizada, distinta de uma vida de pura inteligência ou de puro mecanicismo²⁰⁶. Na filosofia moderna, nomeadamente, a partir de Descartes e Hobbes, a vida afasta-se da noção psico-vitalista e ganha perfil mecanicista, a vida é reduzida a

²⁰² ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1970, p. 963.

²⁰³ MORA, José Ferrater. *Diccionario de Filosofia – Tomo II*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1966, p. 902.

²⁰⁴ ABBAGNANO, *Dicionário...* Op. cit., p. 964.

²⁰⁵ ABBAGNANO, *Dicionário...* Op. cit., p. 964.

²⁰⁶ MORA. *Diccionario...* Op. cit., p. 903.

um automatismo e chega a ser comparada a uma máquina²⁰⁷. A concepção mecanicista da vida a esvazia de valor substantivo reduzindo-a a valores utilitários. A toda evidência, a filosofia moderna não se resume exclusivamente a esta visão mecanicista, encontramos em Leibniz concepção distinta²⁰⁸. O filósofo e matemático alemão refutava o mecanicismo e o vitalismo em razão do princípio da física, segundo o qual um corpo não se move senão impelido por um corpo vizinho e em movimento e, assim, a vida própria consiste na concordância da ação das substâncias, estabelecida de antemão por Deus²⁰⁹.

As correntes positivistas reduzem a vida a fenômenos vitais e a processos físico-químicos²¹⁰. Para Kant, a vida é *a capacidade de atuar segundo a faculdade de desejar*²¹¹. Na chamada “filosofia da vida”, em que a vida se entende por vida humana, o pensamento de Nietzsche ganha relevo, pois embora concebesse a vida em sentido claramente biológico, com maior frequência a percebia com um sentido axiológico, designadamente como “vontade de poder”²¹². Associa-se a filosofia da vida a análise da existência. Para Heidegger, seu estudo é distinto da antropologia, da psicologia e da biologia e situa-se na investigação do ser e da existência humana, como prolegômeno da questão metafísica do ser como tal²¹³, a transcrição é valiosa:

La vida no es ninguna substancia; es actividad pura. No tiene una naturaleza como las cosas que están ya hechas, sino que tiene que hacerse constantemente a si misma. Por tal motivo, la vida es elección. En esta elección inevitable se halla el fundamento de la preocupación, del ser de la vida como que hacer, de su proyección al futuro. La vida es también, en el fondo, como la Existência de Heidegger, tiempo, mas es un tiempo que solo analógicamente tiene que ver con el tiempo del mundo, de las cosas, de las circunstancias. Por eso la vida no es nunca algo determinado y fijo en un momento del tiempo, sino que consiste en este continuo hacerse, en esta marcha hacia lo que ella misma es, hacia la realización de su programa, es decir, de su mismidad²¹⁴.

²⁰⁷ MORA. *Diccionario o...* Op. cit., p. 903.

²⁰⁸ MORA. *Diccionario o...* Op. cit., p. 904.

²⁰⁹ ABBAGNANO, *Dicionário...* Op. cit., p. 964.

²¹⁰ MORA. *Diccionario o...* Op. cit., p. 904.

²¹¹ ABBAGNANO, *Dicionário...* Op. cit., p. 964.

²¹² MORA. *Diccionario o...* Op. cit., p. 904.

²¹³ MORA. *Diccionario o...* Op. cit., p. 905.

²¹⁴ MORA. *Diccionario o...* Op. cit., p. 905.

Por fim, cuida destacar os inúmeros aspectos através dos quais a vida pode ser vista do ponto de vista filosófico, a saber: 1) a vida como entidade biológica, tratada pela ciência e pela metafísica do orgânico; 2) a vida como vida prática ou como existência moral, tema de ética; 3) a vida como o valor supremo, objeto da concepção do mundo; 4) a vida como objeto metafísico por excelência como dado primário e radical no qual se encontram o valor e todas as espécies de ser²¹⁵.

Após esta breve visão da vida sob ótica da filosofia, cabe cuidar do corpo. Entende-se por corpo as coisas que nos circundam e são perceptíveis aos sentidos. Possuem assim as características de extensão e a ocupação de espaço. Entende-se também por corpo, e isto é que nos interessa *o componente somático animado do homem e do animal*²¹⁶.

O corpo humano exerce o papel de base, de campo de expressão e de objeto de vivência da alma do homem [sic]:

A atividade total da vida sensitiva está tão intimamente ligada a processos somáticos que juntamente com estes, constitui a “única” atividade vital animal e sem eles não pode existir. Indiretamente, pela união com a vida sensitiva, a vida intelectual depende também do corpo de muitas maneiras. Recordemos, de modo especial, só a importância do cérebro e dos nervos, da composição do sangue e das secreções internas (hormônios) bem como da hereditariedade para as vivências e atuações psíquicas.

“Campo de expressão”: muitas vivências psíquicas não chegam a desenvolver-se integralmente, nem mesmo no íntimo da alma, se não lograrem traduzir-se em processo somático. O olhar, a fisionomia, a constituição, o porte, o movimento, as atividades orgânicas, manifestam, a cada passo, a peculiaridade e o ritmo da vivência psíquica. O contato social de alma para alma realiza-se pela via da ação somática (linguagem). Unido à alma, o corpo constitui o mais elevado e importante “objeto” material de “vivência” daquela, estimulando ou retardando a vida psíquica²¹⁷.

Sobre a relação entre o corpo e alma, há diversas teorias metafísicas. O Monismo afirma de forma unilateral a unidade do ser humano. O Dualismo a dualidade e oposição entre ambos (corpo e alma) e Duo-monismo a dualidade e unicidade do ser

²¹⁵ MORA. *Diccionario o...* Op. cit., p. 905.

²¹⁶ BRUGGER, Walter. *Diccionario de Filosofia*. Tradução: Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Editora Herder, 1969, p. 110-111.

²¹⁷ BRUGGER, *Diccionario...* Op. cit., p. 112.

humano. Enquanto o monismo materialista vê no homem apenas a realidade da matéria negando a existência da alma, o espiritualista vê no somático apenas a exteriorização da realidade única espiritual²¹⁸.

Por sua vez, o dualismo puro nega toda a interação entre o corpo e a alma, estes não possuem influência recíproca, embora haja um dualismo platônico que sustenta a influência recíproca, não obstante o corpo e alma sejam duas substâncias completas²¹⁹.

Por fim, o duo-monismo aristotélico considera o corpo e alma como duas substâncias incompletas que formam o todo de uma substância completa vivente, o ser humano. A totalidade de ser humano encontra fundamento metafísico no duo-monismo²²⁰.

De toda sorte, a mais antiga e difusa concepção de corpo é a que o considera como instrumento da alma. Esta concepção instrumental só foi abandonada com o dualismo de Descartes, que estabeleceu a independência do corpo e da alma, e o corpo nesta perspectiva aparece como uma máquina, um autômato. Diz-se, assim, que a posição de Descartes era muito menos metafísica, quanto metodológica a indicar a direção e os instrumentos de pesquisas voltadas para a realidade do corpo, tendo sido esta tese o pressuposto teórico das investigações científicas sobre os corpos vivos²²¹.

A tese Cartesiana, porém, não resolve um problema crucial, a saber: *Como e por que as duas substâncias independentes se combinam para formar o homem? E como o homem que é, sob certo aspecto, uma realidade única, pode resultar da combinação de duas realidades independentes?*²²²

As soluções apresentadas para tais questões pelas filosofias moderna e contemporânea são quatro. A primeira nega a diversidade das substâncias e não reduz a substância corpórea a substância espiritual. Nesta linha, Leibniz considera o corpo vivo como um conjunto de mônadas, ou seja, substâncias espirituais, agrupadas. Schopenhauer identifica o corpo com a vontade, esta e o corpo são a mesma coisa, ou

²¹⁸ BRUGGER, *Dicionário...* Op. cit., p. 112.

²¹⁹ BRUGGER, *Dicionário...* Op. cit., p. 113.

²²⁰ BRUGGER, *Dicionário...* Op. cit., p. 113.

²²¹ ABBAGNANO, *Dicionário...* Op. cit., p. 196-197.

²²² ABBAGNANO, *Dicionário...* Op. cit., p. 197.

ainda, o corpo é a objetividade da vontade. O corpo é a representação, não sendo outra coisa senão vontade. Pode-se dizer que há a negação de toda a realidade própria do corpo²²³.

A segunda, bastante antiga (desde Platão), predomina no Romantismo, muito próxima da primeira, afirma que o corpo é um sinal da alma, ou a realização externa da alma.

Já a terceira solução nega a diferença das substâncias, ou seja, alma e corpo são manifestações da mesma substância. Espinosa afirma que a alma e o corpo são manifestações dos dois atributos fundamentais da única substância divina, ou seja, o pensamento e a extensão. A mente e o corpo formam um só indivíduo que ora se concebe como pensamento, outra como extensão²²⁴.

A quarta solução concebe o corpo como uma forma de experiência, ou como um modo de ser vivido. O corpo é a experiência que se individua. *O corpo é o devir, que não temos nem somos, mas que acontece em nós. Esse devir é substancialmente um debate com o mundo através do qual o homem acumula as suas experiências e forma as suas capacidades*, ou como diria Sartre, o corpo é a experiência do que é ultrapassado e passado, é ponto de vista e ponto de partida. Desta forma, o corpo não é um objeto, uma coisa, não há outro modo de conhecer o corpo humano senão vivê-lo. Esta concepção do corpo como experiência, como comportamento ou modo de ser vivido, não significa a negação da realidade objetiva do próprio corpo, ou a sua redução a espírito, a ideia, ou a representação. Esta perspectiva realça a objetividade da esfera de fenômenos que ela definiu em possibilidade de experiência diante da realidade em geral²²⁵.

Após essa breve reflexão filosófica sobre a vida e corpo, não poderíamos deixar de emitir uma nota inserindo a vida e o corpo em uma reflexão política, ou melhor, biopolítica.

²²³ ABBAGNANO, *Dicionário...* Op. cit., p. 197.

²²⁴ ABBAGNANO, *Dicionário...* Op. cit., p. 198.

²²⁵ ABBAGNANO, *Dicionário...* Op. cit., p. 198-199.

A.3.1 Vida e Corpo na Biopolítica de Foucault

Michel Foucault ensina que durante muito tempo o poder soberano se destacava em razão do direito de vida e de morte derivado do instituto romano da *patria potestas* que assegurava ao pai de família romano o direito de matar seus próprios filhos e seus escravos²²⁶. Como destaca Agamben, no direito romano a vida aparece como uma contraparte de um poder que ameaça com a morte e este poder não se apresenta como sanção decorrente de uma culpa, mais simplesmente em função da relação pai-filho²²⁷.

Para o filósofo francês, uma fórmula atenuada deste poder foi cunhada pelos teóricos clássicos e conduziu a relação entre soberanos e súditos, que não o exerciam em termos absolutos e incondicionais, mas sim condicionado à defesa do soberano e à sua sobrevivência. Exemplifica que em Hobbes, tal poder se apresenta como a transposição para o príncipe do direito que todos possuíam no estado de natureza de defender sua própria vida com através da morte de outros. Ao mesmo tempo indaga se este poder não seria uma novidade que surge com o novo ser jurídico que é o soberano?²²⁸

De todo modo, as transformações ocorridas no ocidente, a partir da época clássica, o direito a morte passa a se apoiar nas exigências de um poder que gere a vida. A partir de então é sobre a vida que o poder estabelece seus pontos de fixação. O poder sobre a vida desenvolveu-se a partir do século XVII e pode ser identificado em dois pólos: o primeiro na centralidade do corpo como máquina, a ser adestrado, ampliadas suas aptidões, extorquidas as suas forças, buscando sua utilidade e docilidade e integrando-o a sistemas de controle eficaz através de disciplinas chamadas por Foucault de *anátomo-política do corpo humano* (biopoder²²⁹).

²²⁶ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade I – A vontade de Saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1982, p. 127.

²²⁷ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p. 95.

²²⁸ FOUCAULT, *História...* Op. cit., p. 128.

²²⁹ No Brasil, Vera Malaguti dá conta que o biopoder foi construído na “periferia” mundial. Comentando os novos regramentos da medicina e da saúde no Brasil nas primeiras décadas do século XIX, conclui: É neste momento que o discurso jurídico penal e o médico se encontram para um controle regular, efetivo e científico que transitará pelo século XIX até se transformar num discurso específico: a criminologia. (BATISTA, Vera Malagui. *O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 162.

O segundo pólo iniciado na metade do século XVIII centrou-se no corpo como espécie, na mecânica do ser vivo como suporte de processos biológicos. Aspectos como o nascimento, mortalidade, nível de saúde, duração da vida, são assumidos pelo poder mediante uma série de intervenções e controles que constituem uma *biopolítica da população*. A partir de então, a função mais elevada do poder, já não é mais matar e sim, intervir na vida. O poder de morte do soberano agora se deslocava para a administração dos corpos e a gestão calculista²³⁰ e utilitarista²³¹ da vida.

Neste novo contexto que se chama biopolítica, a vida cai em parte no campo de controle do saber e de intervenções do poder. O poder-saber torna-se um agente de transformação da vida humana. Desta forma, um conjunto de tecnologias políticas começa a intervir sobre o corpo, notadamente na saúde, na maneira de se alimentar, de morar, condições e modo de vida, em fim, todo o espaço da existência é dominado. *Em nosso tempo* - afirma Agamben - *a política se tornou integralmente biopolítica*²³².

No que tange a valorização do corpo, para Foucault, está associada ao crescimento e estabelecimento da hegemonia da burguesia, não pelo valor mercantil do trabalho, mas por sua representação política, econômica e histórica. Uma das formas de consciência de classe é a afirmação do corpo. A burguesia no transcurso do século XVIII converteu o sangue azul dos nobres em um organismo são e uma sexualidade sadia, valorizou o corpo burguês e desprezou o corpo e o sexo de quem explorava, já que as condições de vida impostas ao proletariado demonstram o total menosprezo por seu corpo e seu sexo, pouco importando a vida e a morte de tal gente. Somente com o desenvolvimento da indústria pesada, a necessidade de mão-de-obra estável e competente, a demanda por controle demográfico, controle de doença e ordenação de espaço urbano é que a tecnologia de controle voltou seus olhos sobre o proletariado reconhecendo neles um corpo e uma sexualidade que deveriam ser controlados²³³.

²³⁰ FOUCAULT, *História...* Op. cit., p. 131.

²³¹ FOUCAULT, Michel. *Nascimento de La Biopolítica*. Tradução para o Espanhol: Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 60.

²³² AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p. 126.

²³³ FOUCAULT, *História...* Op. cit., p. 118.

O nascimento da biopolítica - que deu esta nova feição ao poder - está associado ao liberalismo. *El liberalismo debe analizarse entonces como principio y método de racionalización del ejercicio del gobierno: una racionalización que obedece – y ésta es su especificidad – a la regla interna de la economía máxima*²³⁴. Foucault, ao justificar o cronograma de seu curso sobre biopolítica no Collège de France em janeiro de 1979 que se dedicou extensamente ao liberalismo e neoliberalismo ao ponto de chegar ao final do curso sem conseguir abordar propriamente a biopolítica, afirma que uma vez compreendido o que é esse regime de governo chamado liberalismo se poderá entender o que é a biopolítica²³⁵.

O biopoder e a biopolítica foram elementos indispensáveis ao desenvolvimento do capitalismo que foi garantido através da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e do ajustamento dos fenômenos populacionais aos processos econômicos. Mas adverte Foucault:

...o capitalismo exigiu mais do que isso, foi-lhe necessário o crescimento tanto de seu reforço quanto de sua utilizabilidade e sua docilidade; foram-lhe necessários métodos de poder capazes de majorar as forças, as aptidões, a vida em geral, sem por isto torná-las mais difíceis de sujeitar; se o desenvolvimento dos grandes aparelhos de Estado, como instituições de poder, garantiu a manutenção das relações de produção, os rudimentos de anátomo e de bio-política, inventados no século XVIII como técnicas de poder presentes em todos os níveis do corpo social e utilizadas por instituições bem diversas (a família, o Exército, a escola, a polícia, a medicina individual ou a administração das coletividades), agiram no nível dos processos econômicos, do seu desenrolar, das forças que estão em ação em tais processos e os sustentam; operaram, também, como fatores de segregação e de hierarquização social, agindo sobre as forças respectivas tanto de uns como de outros, garantindo relações de dominação e efeitos do capital, a articulação do crescimento dos grupos humanos à expansão das forças produtivas e a repartição diferencial do lucro, foram, em parte, tornados possíveis pelo exercício do bio-poder com suas formas e procedimentos múltiplos. O investimento sobre o corpo vivo, sua valorização e a gestão distributiva de suas forças foram indispensáveis naquele momento²³⁶.

²³⁴ FOUCAULT, *Nascimento...* Op. cit., p. 360.

²³⁵ FOUCAULT, *Nascimento...* Op. cit., p. 40-41.

²³⁶ FOUCAULT, *História...* Op. cit., p. 132.

Nessa nova ordem política, e porque não econômica, o papel do direito também sofre uma mudança. Afirma Foucault que a lei não pode deixar de ser armada e que o instrumento de sua arma, por excelência é a morte, que aparece como último recurso. Porém, no contexto da biopolítica, o poder que tem por foco a vida tem necessidade de criar mecanismos reguladores e corretivos. A soberania não se expressa mais pela morte, mas sim em distribuir os vivos em um domínio de valor e utilidade. Por seu turno, as instituições judiciárias se integram cada vez mais num contínuo de aparelhos (médicos, administrativos, etc.) cujas funções são destacadamente reguladoras.

Esta sociedade normatizadora é o efeito histórico de uma tecnologia de poder centrada na vida. Por outro lado, as Constituições escritas a partir da Revolução Francesa, os Códigos e legislações, são na verdade para o pensador do Collège de France, formas que tornam aceitável um poder essencialmente normatizador. A luta pela vida e pelo homem que o poder tenta controlar por completo tornou-se a força de resistência do século XIX.

A vida tornou-se objeto das lutas políticas não obstante tais lutas tenham sido formuladas através do direito, como o direito à vida, ao corpo, à saúde, à felicidade, ao mínimo existencial. Encontrar o que é e tudo que pode ser “esse direito” incompreensível para o sistema jurídico clássico, *foi a réplica política a todos esses novos procedimentos de poder (biopoder e biopolítica) que também não fazem parte do direito tradicional da soberania*²³⁷.

Em que pese a resistência acima referida, o fato é que o outro lado da moeda em que vemos o poder como promotor utilitarista da vida é a explosão de violência gerada com o fundamento de assegurar esta vida. Por traz dos intuitos humanitários e intervenções políticas declaradas com o escopo de proteger e prolongar a vida da população, Foucault desvenda o lado obscuro da biopolítica na medida em que esta obsessão de purificação e prolongamento da vida ao contrário de gerar um decréscimo de violência é na verdade uma grande fonte de absurdas violências vivenciadas pela humanidade, vale transcrever:

²³⁷ FOUCAULT, *História...* Op. cit., p. 136.

Contudo, jamais as guerras foram tão sangrentas como a partir do século XIX e nunca, guardadas as proporções, os regimes haviam até então praticado tais holocaustos em suas próprias populações. Mas esse formidável poder de morte – (...) – apresenta-se agora como o complemento de um poder que se exerce, positivamente, sobre a vida que empreende sua gestão, sua majoração, sua multiplicação, o exercício, sobre ela, de controles precisos e regulações de conjunto. As guerras já não se travam em nome do soberano a ser defendido; travam-se em nome da existência de todos; populações inteiras são levadas à destruição mútua em nome da necessidade de viver. Os massacres se tornaram vitais. Foi como gestores da vida e da sobrevivência dos corpos e da raça que tantos regimes puderam travar tantas guerras, causando a morte de tantos homens. E, por uma reviravolta que permite fechar o círculo, quanto mais a tecnologia das guerras voltou-se para a destruição exaustiva, tanto mais as decisões que as iniciam e as encerram se ordenaram em função da questão nua e crua da sobrevivência. A situação atômica se encontra hoje no ponto de chegada desse processo: o poder de expor uma população à morte geral é o inverso do poder de garantir a outra sua permanência em vida. O princípio: poder matar para poder viver, que sustentava a tática dos combates, tornou-se princípio de estratégia entre Estados; mas a existência em questão já não é aquela – jurídica – da soberania, é outra – biológica – de uma população²³⁸.

A biopolítica politizou o fenômeno “vida” por meio de gestão técnica e administrativa. A técnica moderna, que segundo Heidegger transforma o homem em sujeito e objeto da maquinação tecnológica, constitui a instância ontológica que permite que a vida humana seja produzida e aniquilada por meio técnico-científico²³⁹. Com efeito, à guisa de produzir e proteger a vida, o corpo e a vida se aniquilam pelas formas mais variáveis de violência depuradora do poder.

Foucault iniciou sua investigação sobre o poder disciplinador dando origem a sua obra *Vigiar e Punir*²⁴⁰. Aprofunda sua investigação que transcende o biopoder chegando ao conceito de biopolítica na tantas vezes citada *História da Sexualidade*, designadamente no volume I, *A Vontade de Saber*. Finalmente, em seu curso *Nascimento da Biopolítica*, o filósofo francês dá uma nova guinada, distanciando-se do eixo do poder soberano estatal para a análise da biopolítica em relação ao eixo das

²³⁸ FOUCAULT, *História...* Op. cit., p. 128-129.

²³⁹ DUARTE, André. *Heidegger and Foucault, critics of modernity: humanism, technics and biopolitics*. São Paulo: *Trans/Form/Ação*, v.29(2), 2006, p.95-114.

²⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Tradução Lígia Maria Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1988.

economias de mercado do neoliberalismo econômico. No referido curso o mercado é desmascarado como instância suprema de verdade e vê-se que o poder governa para o mercado e não por causa do mercado. Surge então em sua obra a figura do *homo oeconomicus*, ou seja, um homem governável, manejável, *que responde de forma sistemática às modificações sistemáticas impostas pelo mercado*. Em síntese, a governabilidade se pauta pelo mercado e o homem (*homo oeconomicus*) se molda por esta governabilidade de mercado²⁴¹.

A despeito da grandeza do estudo sobre esta nova perspectiva, para os limites de nossa investigação, importa mais a análise de Foucault na perspectiva do exercício do poder soberano. Não obstante, não custa o alerta sobre a influência do mercado no poder, o que é denunciado na referida obra.

Com as premissas supra, antes de adentrarmos na análise de Agambem sobre a vida e o corpo, nos parece adequado dar concretude às reflexões acima expostas partindo da análise de um caso concreto que tivemos oportunidade de apreciar por ocasião de nossa atividade como Juiz, momento em que nos foi possível uma espécie de laboratório sobre os conceitos e análises que encontramos até então por força desta investigação de doutoramento, o que nos permitiu chegar a uma decisão untada por uma reflexão filosófica enriquecedora.

A.3.1.1 Autorização judicial para transfusão de sangue em Testemunha de Jeová: Uma ilustração da possibilidade de violência do poder soberano sobre o corpo e a vida ao argumento da necessária tutela da “vida”. Análise de caso concreto.

Por ocasião de um plantão judiciário noturno, chegou-nos um requerimento formulado por um Hospital com o escopo de obter autorização judicial para realizar procedimento médico consistente na transfusão de sangue em um paciente que manifestou objeção de consciência por ser Testemunha de Jeová²⁴².

²⁴¹ FOUCAULT, *Nascimento...* Op. cit., p. 305-330.

²⁴² Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ, Plantão Judiciário Noturno, Processo 2009.900.010281-5, distribuído para a 2ª Vara Civil Regional de Campo Grande – Comarca da Capital – Processo 2009.205.025742-5.

Cumpra esclarecer que os seguidores da religião Testemunha de Jeová não aceitam a transfusão de sangue em função de interpretação (literal) da Bíblia, de onde extraem uma proibição, vale referir: *Que vos abstenhais das coisas sacrificadas aos ídolos, e do sangue, e da carne sufocada, e da fornicção; destas coisas fareis bem se vos guardardes* (Atos 15:29).

No caso, o paciente era um idoso de 81 anos, acometido de insuficiência renal, hemorragia digestiva e portador de doença arterial coronariana grave, doença pulmonar obstrutiva crônica, além de outras complicações.

A Casa de Saúde requerente informou em seu petição que todos os procedimentos alternativos foram realizados e que não seria possível submeter o paciente a intervenção médica sem a transfusão de sangue em razão do quadro de anemia. Informava ainda que foi exibido documento escrito, com fé pública, no qual o paciente - e seus familiares também – dava conta que não desejava se submeter à transfusão de sangue.

Segundo noticiado pelo advogado do Hospital requerente, nos momentos de lucidez, durante a internação, o paciente reiterava a recusa à transfusão.

Diante do requerimento, o Ministério Público foi instado a manifestar-se, cumpre destacar que por força do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), o *Parquet* intervém nos feitos desta natureza.

A promoção do Ministério Público foi no sentido da concessão da autorização judicial para a transfusão, ao argumento de que no caso haveria de se fazer uma ponderação entre valores constitucionais, como o direito a vida (art. 5º, *caput*, CRF/88) e a liberdade religiosa (art. 5º, VI, CRF/88), afirmando que o primeiro prepondera em relação ao segundo.

Aparentemente o problema parecia de fácil solução à luz dos argumentos do Ministério Público. Não obstante, me pareceu que para além da “simples” ponderação entre o direito à vida havia uma questão filosófica e política, designadamente, biopolítica, consistente em saber o que era vida, o que era vida digna e qual o limite do

biopoder do Estado, ou seja, poderia o Estado-Juiz intervir sobre o corpo, introduzindo um fluido no paciente, contra a sua vontade, simplesmente ao argumento de salvar-lhe a vida?

Vimos neste caso a concretização das reflexões de Foucault e de certa forma de Agamben, notadamente no que tange a aproximação da medicina com o direito e a instituições judiciárias, ou seja, as técnicas médicas aliadas ao poder com o desejo de controlar a vida, ou a sobrevida, ainda que sob uma determinada ótica que não era mesma do paciente. Em última análise havia uma discussão sobre verdade ou sobre a verdadeira vida. O que deveria prevalecer: a verdade médico-estatal? A verdade religiosa do indivíduo?

Notamos na ocasião que a Constituição do Brasil não resolvia o problema sem que houvesse um esforço interpretativo, pois havia uma aparente antinomia entre normas constitucionais, ou seja, o direito à vida e o direito à liberdade, designadamente a religiosa.

Por sua vez, a legislação infraconstitucional não seria capaz de solucionar a questão. Em que pese o Código Civil do Brasil em seu art. 11 afirmar que os direitos da personalidade são irrenunciáveis, no caso em exame, tanto a vida, como a liberdade são direitos da personalidade, portanto, irrenunciáveis, não apresentando assim o art. 11 qualquer solução para o problema.

Da mesma forma o art. 15 do Código Civil brasileiro não poderia solucionar a questão. O referido dispõe que *ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a internação cirúrgica*. O procedimento de transfusão, em si, não causa risco de vida, afastando a incidência do art. 15 do Código Civil.

Na jurisprudência o quadro não é menos controvertido, havendo decisões tanto no sentido de conceder a autorização, como no de negar, vale ilustrar:

TJRJ - DES. CARLOS EDUARDO PASSOS - Julgamento: 05/10/2004 - DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. Testemunha de Jeová. Recusa à transfusão de sangue. Risco de vida. Prevalência da proteção a esta sobre a saúde e a convicção religiosa, mormente porque não foi a agravante, senão seus familiares, que manifestaram a recusa ao tratamento. Asseveração dos responsáveis pelo tratamento da agravante, de inexistir terapia alternativa e haver

risco de vida em caso de sua não realização. Recurso desprovido. 2004.002.13229 - AGRAVO DE INSTRUMENTO.

A decisão supra não foi unânime tendo sido proferido voto vencido que em síntese afirmou:

O Direito à vida não se resume ao viver... O Direito à vida diz respeito ao modo de viver, à dignidade do viver. Só mesmo a prepotência dos médicos e a insensibilidade dos juristas podem desprezar a vontade de um ser humano dirigida a seu próprio corpo. Sem considerar os aspectos morais, religiosos, psicológicos e, especialmente filosóficos que tão grave questão encerra. (voto vencido: Desembargador Marco Antonio Ibrahim, TJRJ - 2004.002.13229)

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais o entendimento foi o seguinte:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. CASO DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. PACIENTE EM TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITO À VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA. - No contexto do confronto entre o postulado da dignidade humana, o direito à vida, à liberdade de consciência e de crença, é possível que aquele que professa a religião denominada Testemunhas de Jeová não seja judicialmente compelido pelo Estado a realizar transfusão de sangue em tratamento quimioterápico, especialmente quando existem outras técnicas alternativas a serem exauridas para a preservação do sistema imunológico. - Hipótese na qual o paciente é pessoa lúcida, capaz e tem condições de autodeterminar-se, estando em alta hospitalar. AGRAVO Nº 1.0701.07.191519-6/001 TJMG

Após destacarmos que a divergência na jurisprudência era acentuada, passamos aos aspectos fáticos e assinalamos o seguinte:

Importante notar que a interpretação jurídica não pode ser deslocada do panorama fático. No caso em tela estamos diante de um idoso de 81 anos, com um quadro de saúde extremamente complexo e grave. A toda evidência, a solução jurídica que se encontrar para este caso poderá ser diversa em se tratando de uma criança ou adolescente, ou mesmo de um adulto não idoso.

Isto porque, como bem destacou o Min. Carlos Ayres Britto²⁴³ em voto sobre as pesquisas com células tronco (ADI 3510) o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Por tal razão temos o Estatuto do Idoso e o ECA²⁴⁴.

²⁴³ Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

²⁴⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069/90).

Com efeito, tenho pra mim que em se tratando de uma criança, suas liberdades são mais limitadas, sua autonomia é sub-rogável, mas, plena é a tutela de sua vida. Por outro lado, em se cuidando de um adulto ou um idoso, embora conservem a tutela da vida, possuem maior grau de liberdade, autonomia e disposição sobre seu próprio corpo, como a possibilidade de ingerir bebidas alcoólicas, frequentar lugares, posar nu, participar de espetáculos eróticos, ter plena atividade sexual, etc.

Enquanto a criança e o adolescente estão em uma situação de pessoa em desenvolvimento e por isso merecem maior proteção, o adulto e o idoso encontram-se, em regra, com pleno desenvolvimento moral, espiritual, gozando o último de proteção em razão, talvez de sua fragilidade somática e social.

Desta forma, entendo que o direito de liberdade e autonomia em relação ao idoso tem maior robustez, notadamente quando exerce sua vontade com lucidez.

Com efeito, a questão fática consiste inicialmente em optar por garantir a liberdade e autonomia de um idoso de 81 anos que se recusa a receber transfusão de sangue ou assegurar-lhe uma possibilidade de sobrevivência através do procedimento médico e diante de seu grave quadro de saúde.

Mas não é só, na verdade, vislumbro um conflito entre a vida e a vida, como se verá mais adiante.

Relativamente à hermenêutica constitucional buscada para a solução do conflito, iniciamos por destacar a dificuldade de se encontrar, desde as tradições grega, romana, chegando ao cristianismo, o conceito de justiça. Não deixamos, contudo, de destacar na altura, que há certo consenso sobre justiça como igualdade e liberdade²⁴⁵. Para tanto, apenas referimos algumas formas e regras de justiça como à *suum cuique*, a regra “*não faças a teu semelhante o que não desejarias que ele te fizesse*” presente na filosofia cristã e no imperativo categórico de Kant (Age do modo que desejarias que agissem teus semelhantes)²⁴⁶ e por fim a concepção de Leibniz de justiça como caridade racional que abrange a tendência de fazer o bem aliviando sofrimento. Ademais, a decisão inspirou-se na visão de justiça como alteridade, isto é, à consideração com o outro como sujeito²⁴⁷.

²⁴⁵ TOBEÑAS. Jose Castan. *La Idea de Justicia*. Madrid, Reus, 1968, p. 19 -24.

²⁴⁶ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 70-76.

²⁴⁷ DEL VECCHIO, *La Justicia...* Op. cit., p. 66-71.

Realçamos também a questão do propósito da função jurisdicional partindo da concepção adotada por Owen Fiss do que se extrai que a função do juiz é de atribuir significado e aplicação aos valores constitucionais²⁴⁸. Em seguida passamos a busca da concretização do valor constitucional em questão.

Começamos por indagar sobre o que a Constituição reservava concretamente ao paciente quando concluímos que seria o direito a vida e a liberdade. Em seguida indagamos: Em que consiste o direito a vida? Simplesmente uma existência biológica? A indagação é respondida pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil que ao decidir a polêmica questão da pesquisa através de embriões afirmou que a pessoa humana deve ser vista em vários sentidos, a saber: notarial, biográfico, moral e espiritual²⁴⁹.

Lembramos, ao decidir o caso que nos era apresentado ao exame, que em outro voto no mesmo processo das células tronco (ADI3510), o Ministro Gilmar Mendes do STF destacou a incidência no tema de dois princípios importantes, afirmando que independentemente dos conceitos e concepções religiosas e científicas a respeito do início da vida, é indubitável que existe consenso a respeito da necessidade de que os avanços tecnológicos e científicos que tenham o próprio homem como objeto, sejam regulados pelo Estado, atendendo aos princípios da responsabilidade²⁵⁰ e da esperança²⁵¹ que se contrapõem.

Tendo a justiça como alteridade observamos que na perspectiva do paciente, a vida não se encerrava com a morte, muito ao contrário, esta seria apenas o início da vida no paraíso. Esta era a concepção de vida constitucionalmente validada à luz do direito à liberdade de crença do qual gozava o paciente. Obrigá-lo ao tratamento em tal hipótese, *contra sua expressa manifestação de vontade livre e consciente, seria condená-lo a uma sobrevida que além de não saudável, seria sem esperança na sua vida espiritual*²⁵².

²⁴⁸ FISS, Owen. *The forms of justice*. Harvard Law Review, Cambridge, Harvard University Press, v. 93, p. 04.

²⁴⁹ STF, Ministro Carlos Aires Britto, ADI 3510 – pesquisa sobre células tronco.

²⁵⁰ JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 57.

²⁵¹ BLOCH, Ernst. *O princípio esperança*. Trad. Nélcio Schneider. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

²⁵² TJRJ, Processo 2009.900.010281-5, distribuído para a 2ª Vara Civil Regional de Campo Grande – Comarca da Capital – Processo 2009.205.025742-5.

Vale destacar que para a Testemunha de Jeová o paraíso é na terra, após a vinda do salvador que fará com que todos que mereçam ressuscitem e vivam a vida eterna.

Na decisão escrevemos:

O muito que o paciente viveu até agora (81 anos) não é nada perto do que ele acredita ser a vida eterna no paraíso. Menos ainda é o que lhe resta a viver caso o procedimento médico fosse bem sucedido, seja em relação ao que já viveu, seja em relação ao que pensa existir no paraíso.

Não obstante, esta pequena fração de vida que se quer garantir será imensa e imensurável no que tange ao seu sofrimento, não por suas lesões físicas, mas pela agressão à sua liberdade espiritual que advirá da perda do paraíso, da perda da purificação que pensa ter mantido ao longo dos 81 anos de vida.

Acredito que a esta altura dificilmente o paciente modificará suas convicções religiosas, e se na agonia de seu leito hospitalar ratifica seu desejo de não ser submetido à transfusão, é porque está convicto de que a vida para ele será no paraíso. Sendo assim, o direito a vida neste caso tem que ser interpretado à luz do respeito à dignidade do paciente. Agora, adentramos em outro valor controvertido que é a dignidade humana.

Note-se que não é a vida um valor absoluto, tampouco um fundamento da República, primeiro porque a Constituição admite a pena de morte em caso de guerra, segundo porque no art. 1^a. o fundamento da República é a dignidade humana e não a vida.

Assim, a vida deve ser vista sob o prisma do princípio da dignidade humana.

Em nosso socorro, ao fundamentar, citamos doutrina portuguesa na qual se lê que *a perda da vida eterna é a perda da vida, ou melhor, a perda da vida eterna causa uma pressão psicologicamente maior do que a provocada por um perigo para o corpo ou a vida terrena*²⁵³.

Demos conta que em outra pena²⁵⁴, a questão era tratada nos seguintes termos:

Fazer uma pessoa morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que ele mesmo acredita ser uma terrível

²⁵³ DIAS, Augusto Silva. *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*. Coimbra: Almedina, p. 153.

²⁵⁴ NETO, Luísa. *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (A relevância da vontade na configuração do seu regime)*. Coimbra Editora. 2004, p. 870-885.

contradição na sua vida, é uma forma de tirania devastadora e odiosa, precisamente porque a dignidade de uma pessoa é normalmente relacionada com a capacidade de auto-respeito. (...)

A garantia dos direitos fundamentais é uma expressão da desconfiança face ao Estado, dando lugar a um paradoxo duplo: é o próprio Estado que, segundo a fórmula de Jellinek limita os seus próprios poderes e a sua extensão.

Tal paradoxo não desafia a razão. Como afirmou John Stuart Mill, mesmo numa democracia os membros da minoria – e de minorias diversas – têm necessidade de ser protegidas contra a vontade da maioria. Para apreciar como é difícil satisfazer um requisito de uniformidade é importante prestar atenção à diversidade de conteúdos que aparentemente representam direitos tais como a vida, a intimidade, a liberdade de consciência, etc.

Não olvidamos, até mesmo pelo contato com a referida tese de doutorado supra referida, que havia necessidade de olhar não apenas o presente do paciente e sim dirigirmos um olhar retrospectivo e prospectivo a seu respeito²⁵⁵.

Por fim, destacamos:

Ademais, eventual autorização importaria reconhecer ao Estado o poder de intervenção corporal não consentida, tema que necessita grande amadurecimento, mormente quando enquadrado nos estudos da biopolítica, como bem o fazem Michel Foucault em sua obra *O Nascimento da Biopolítica* e Giorgio Agamben em seu *Homo Sacer*. A Constituição deixa claro o poder que o Estado tem sobre a liberdade, mas não sobre o corpo.

Com efeito, dar ao paciente o que lhe é devido, significa dar-lhe a vida em sua concepção espiritual. Fazer a ele o que se deseja para si próprio, ou seja, respeitar sua liberdade e não intervenção do Estado nesta esfera. Diminuir seu sofrimento é manter viva sua crença no paraíso, respeitando o princípio da esperança.

Há que se destacar a advertência de Agamben de que mesmo nas democracias modernas há exemplos onde o corpo se torna público, nacionaliza-se o corpo através da possibilidade de intervir nele²⁵⁶.

²⁵⁵ NETO, *O direito...* Op. cit., p. 879-880.

Embora não comunguemos dos mesmos conceitos religiosos do paciente, cremos que a decisão pela não autorização com base nos argumentos acima expostos, está em harmonia com o princípio da dignidade humana, notadamente em seu componente que é a autonomia do homem. Acreditamos que a dignidade humana, ao lado das demais garantias fundamentais, se bem compreendidas e efetivadas, pode representar uma boa réplica à expansão da biopolítica e do biopoder.

A.3.2 Vida Nua e Homo Sacer em Agamben

Enquanto Foucault pensa a biopolítica referindo-a a modernidade, Agamben a vê em toda a tradição política do ocidente. A compreensão da biopolítica deste filósofo passa por alguns conceitos chaves, tais como: poder soberano, bando, vida nua e estado de exceção.

Em Agamben, o poder soberano é o que cria uma zona de indistinção entre violência e direito, entre lei e natureza, externo e interno, inclusão e exclusão. O soberano é aquele que mantém a possibilidade de decidir o que é violência e o que é direito e ao mesmo tempo confundi-los²⁵⁷. Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício²⁵⁸.

O poder soberano tem como conteúdo originário a vida nua, ou seja, a vida exposta à morte, a vida sem proteção. A origem política do poder é o poder sobre a vida. *A sacralidade da vida, que se desejaria hoje fazer valer contra o poder soberano como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder e morte*²⁵⁹.

Desta forma, de nada adianta proclamar o caráter sagrado da vida como núcleo dos direitos humanos fundamentais enquanto o poder soberano for exatamente aquele que distingue e define a vida que merece viver e ser protegida e a vida nua que pode ser exterminada sem caracterizar homicídio, ou seja, o poder soberano pode fazer a inclusão e a exclusão. A sacralidade da vida, ao contrário de ser a oposição ao poder soberano,

²⁵⁶ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.172.

²⁵⁷ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.72.

²⁵⁸ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.91.

²⁵⁹ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.91.

ela é na verdade sua origem, isto é, *o fundamento primeiro do poder político é uma vida absolutamente matável, que se politiza através de sua própria matabilidade*²⁶⁰. Não é incomum que em nome dos direitos humanos e da proteção a vida que a violência e as intervenções bélicas emergem mesmo nas democracias liberais.

É o poder soberano que define a vida nua, ou seja, a vida matável, desprovida de proteção e garantias. A vida nua é uma zona de indistinção entre a vida como *bíos* política e *zoé* natural, a vida nua habita a terra de ninguém entre a casa e a cidade e é, do ponto de vista da soberania, o elemento político originário²⁶¹. A vida biológica (*zoé*) e a vida política (*bíos*) são formas de vida protegidas. Notadamente a vida biológica, com suas necessidades, precisa ser prolongada e passa a ser o fato politicamente decisivo²⁶² pelo que o poder soberano pode tudo para alcançar tais objetivos. Entre estas formas de vida, aparece a vida nua, desprotegida, matável, que alimenta o poder soberano. A morte da vida nua significa a vida dos outros (fortalecida, prolongada, protegida).

A vida nua é vivida pelo *homo sacer*. O filósofo reascende esta figura do direito romano como chave para a leitura crítica da política atual. Com o *homo sacer* o mundo antigo se encontra pela primeira vez de frente com uma vida que se excepciona em uma dupla exclusão, nem pertence ao humano (poder ser morta sem cometer homicídio) e nem pertence ao divino (insacrificável). O *homo sacer* é apenas caracterizado por uma simbiose com a morte, sem ainda pertencer ao mundo dos defuntos. Ele é a primeira aparição de uma vida nua, desprotegida, matável, no mundo ocidental²⁶³.

Há mais exemplos desta vida nua em sua obra. Agamben apresenta outras figuras que seriam a encarnação do *homo sacer*, como o além comatoso²⁶⁴, o muçulmano no campo de concentração²⁶⁵, os que são detidos nas *zones d'attente* dos aeroportos, bem como os habitantes de algumas periferias²⁶⁶. Em todos estes casos, a vida se torna uma decisão político-jurídica. O campo de concentração para ele é o

²⁶⁰ AGAMBEN, *Homo...*Op. cit., p.95.

²⁶¹ AGAMBEN, *Homo...*Op. cit., p.98.

²⁶² AGAMBEN, *Homo...*Op. cit., p.127.

²⁶³ AGAMBEN, *Homo...*Op. cit., p.107.

²⁶⁴ AGAMBEN, *Homo...*Op. cit., p.171.

²⁶⁵ AGAMBEN, *Homo...*Op. cit., p.191.

²⁶⁶ AGAMBEN, *Homo...*Op. cit., p.182.

nómos do moderno e temos que ver que o campo é a matriz oculta da política em que ainda vivemos, que devemos aprender a reconhecer através de todas as suas metamorfoses²⁶⁷ e travestimentos²⁶⁸.

Atrozes exemplos de vida nua são as VP (*versuchepersonen*, cobaias humanas). Narra Agamben que em 15 de maio de 1941 o doutor Roscher, pesquisador que conduzia investigações científicas sobre salvamentos a grandes alturas, escreveu a Himmler, indagando se, em razão da grande importância de seus experimentos para a vida dos aviadores alemães, não era possível dispor de “dois ou três delinquentes de profissão” para servirem de cobaias humanas. Adiante se instalou em Dachau uma câmara de compressão para a continuação dos experimentos. No protocolo sobre uma VP hebréia de 37 anos, com boa saúde, colocada na câmara a uma pressão de 12.000 metros de altitude é possível ler:

Após 4 minutos a VP começou a suar e a menear a cabeça. Depois de cinco minutos produziram-se câibras, entre 6 a 10 minutos a respiração se acelerou e a VP perdeu a consciência; entre 10 a 30 minutos a respiração diminuiu até três respirações por minuto, para depois cessar de todo. Contemporaneamente, o colorido tornou-se fortemente cianótico e apresentou-se baba em volta dos lábios. Segue-se o relatório da dissecação do cadáver para constatar as eventuais lesões orgânicas²⁶⁹.

Agamben dá conta que no século XX, particularmente nos Estados Unidos, experimentos foram realizados com detentos e condenados a morte, em larga escala, em busca de solução para a malária e outras doenças. Muitos protocolos dos experimentos não informavam se se tratavam de voluntários ou não²⁷⁰.

A vida nua habita a contemporaneidade.

Os conceitos de bando e estado de exceção são importantes para compreender o pensamento de Agamben. Para ele, a relação jurídica originária não é o contrato e sim o bando²⁷¹. O estado de natureza de Hobbes não é uma condição pré-jurídica inteiramente

²⁶⁷ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.182.

²⁶⁸ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.129.

²⁶⁹ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.161.

²⁷⁰ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.163-164.

²⁷¹ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.187.

indiferente ao direito da cidade, mas sim a exceção e o limiar que o constitui e o habita. O espaço político não está nos direitos do cidadão, no livre arbítrio e no contrato social como pensamos nós modernos. Sob o ponto de vista da soberania, a política reside na vida nua. Por isto, em Hobbes, *o fundamento do poder soberano não deve ser buscado na cessão livre, da parte dos súditos, do seu direito natural, mas, sobretudo, na conservação, da parte do soberano, de seu direito natural de fazer qualquer coisa em relação a qualquer um, que se apresenta então como direito de punir*²⁷².

É no bando que se mantém unidos a vida nua e o poder soberano, vale citar:

É chegado, portanto, o momento de reler desde o princípio todo o mito de fundação da cidade moderna, de Hobbes a Rousseau. O estado de natureza é, na verdade, um estado de exceção, em que a cidade se apresenta por um instante (que é, ao mesmo tempo, intervalo cronológico e átimo intemporal) tanquam dissoluta. A função não é, portanto, um evento que se cumpre de uma vez por todas in illo tempore, mas é continuamente operante no estado civil na forma da decisão soberana. Esta, por outro lado, refere-se imediatamente à vida (e não à livre vontade) dos cidadãos, que surge, assim, como o elemento político originário, o urphänomenon da política: mas esta vida não é simplesmente vida natural reprodutiva, a zoé dos gregos, nem a bíos, uma forma de vida qualificada; é, sobretudo, a vida nua do homo sacer e do wargus, zona de indiferença e de trânsito contínuo entre o homem e a fera, a natureza e a cultura.

Por isto a tese, enunciada em um plano lógico-formal no final da primeira parte, segunda a qual o relacionamento jurídico-político originário é o bando, não é apenas uma tese sobre a estrutura formal da soberania, mas tem caráter substancial, porque o que o bando mantém unidos são justamente a vida nua e o poder soberano. É preciso dispensar sem reservas todas as representações do ato político originário como um contrato ou uma convenção, que assinalaria de modo pontual e definido a passagem da natureza ao Estado. Existe aqui, ao invés, uma bem mais complexa zona de indiscernibilidade entre nómos e phýsis, na qual o liame estatal, tendo a forma do bando, é também desde sempre não-estatalidade e pseudonatureza, e a natureza apresenta-se desde sempre como nómos e estado de exceção.

(...) E se, na modernidade, a vida se coloca sempre mais claramente no centro da política estatal (que se tornou, nos termos de Foucault, biopolítica), se, no nosso tempo, em um sentido particular mas realíssimo, todos os cidadãos apresentam-se virtualmente como

²⁷² AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.113.

homines sacri, isto somente é possível porque a relação de bando constituía desde a origem a estrutura própria do poder soberano²⁷³.

Com efeito, o estado de natureza não foi simplesmente superado pelo Estado civil, ele vive, como estado de exceção no seio do Estado de Direito, e sua instauração pertence ao poder soberano. Agamben denuncia um deslocamento, a partir da biopolítica, e um progressivo alargamento, para além dos limites do estado de exceção, da decisão sobre a vida nua na qual vive a soberania. *Se, em todo Estado moderno, existe uma linha que assinala o ponto em que a decisão sobre a vida torna-se decisão sobre a morte, e a biopolítica pode deste modo converter-se em tanatopolítica, tal linha não mais se apresenta hoje como um confim fixo a dividir duas zonas distintas.* Esta linha - sustenta o autor - está em constante movimento que se desloca para zonas cada vez mais amplas da vida social, existindo cada vez mais uma íntima simbiose entre o soberano e o jurista, mas não só com este como também com o médico, com o jurista, com o cientista, com o perito e com o sacerdote²⁷⁴.

A necessidade de redefinir continuamente, na vida, o limiar que articula e separa o que está dentro do que está fora é indicada como característica essencial da biopolítica moderna que se exacerba no século XX. Há sempre um movimento para isolar a vida sacra. Quando a vida natural for integralmente incluída na *polis*, estes limiares irão se deslocar além das fronteiras entre a vida e a morte para identificar um novo morto vivente, um novo *homo sacer*²⁷⁵.

Para ilustrar, a partir da Primeira Guerra Mundial houve um significativo enfraquecimento do vínculo nascimento-nação como legitimador no interior do Estado-nação. Neste cenário transbordaram refugiados e apátridas. Ao lado disso, os processos de desnaturalização e desnacionalização ocorreram em massa. Registre-se que os nazistas adotavam como regra no curso da “solução final”, só mandar os hebreus aos campos de extermínio após serem completamente desnacionalizados²⁷⁶.

Sobre isto afirma Agamben:

²⁷³ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.115-117.

²⁷⁴ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.128.

²⁷⁵ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.138.

²⁷⁶ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.139.

Estes dois fenômenos, de resto intimamente correlatos, mostram que o nexo nascimento-nação, sobre o qual a declaração de 1789 havia fundado a nova soberania nacional, havia então perdido o seu automatismo e o seu poder de auto-regulação. Por um lado, os Estados-nação operam um maciço reinvestimento da vida natural, discriminando em seu interior uma vida por assim dizer autêntica e uma vida nua privada de todo valor político (o racismo e a eugenia nazista são compreensíveis somente se restituídos a este contexto); por outro, os direitos do homem, que faziam sentido apenas como pressupostos dos direitos do cidadão, separaram-se progressivamente destes e são utilizados fora do contexto da cidadania, com o suposto fim de representar e proteger uma vida nua que vem a encontrar-se, em proporção crescente, expulsa às margens dos Estados-nação, para ser então posteriormente recodificada em uma nova identidade nacional²⁷⁷.

De tudo, conclui-se que *a vida nua não está mais confinada a um lugar particular ou em uma categoria definida, mas habita o corpo biológico de cada ser vivente*²⁷⁸. Qualquer um pode, a partir de uma decisão política (biopolítica), se tornar vida nua; como já foram os hebreus jogados nos campos, os doentes mentais, os negros arrancados da África e levados a escravidão, os refugiados, os prisioneiros de Guantánamo; como às vezes são os bandidos, os presos, os pobres, os imigrantes.

Desta forma, mais que proteger a vida nua, como fazem as organizações humanitárias, é preciso enfrentar a questão política que faz nascer a vida nua, que a produz no seio dos Estados de Direito.

Além das reflexões sobre a vida nua, o corpo merece uma nota na filosofia política de Agamben. Para ele, o primeiro registro da vida nua como novo sujeito político está implícito no documento que é à base da democracia moderna, ou seja, o *writ de habeas corpus* de 1679. Não obstante sua origem no século XIII, a fórmula de 1679 demonstra que o corpo é o novo sujeito da política e a democracia moderna nasce reivindicando a exposição do corpo. A lei passa a ter o corpo sob seus cuidados. Embora na sua origem o *habeas corpus* pretendesse assegurar a presença do imputado ao processo, impedir sua subtração ao juízo, na nova formulação ele se converte em *obrigação, para o xerife, de exhibir o corpo do imputado e motivar sua detenção. O*

²⁷⁷ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.139.

²⁷⁸ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.146.

corpo na perspectiva de Agamben é um ser bifronte, *portador tanto da sujeição ao poder soberano quanto das liberdades individuais*²⁷⁹.

Para o autor, a grande metáfora do *Liviatã*, o qual é formado por todos os corpos dos indivíduos, reside no fato de que os corpos matáveis dos súditos formam o novo corpo político do Ocidente²⁸⁰.

A par destas reflexões antecedentes, pensamos reunir um substrato considerável para prosseguir em nosso estudo sobre as intervenções corporais. Não obstante, não custa fechar este prólogo com alguns registros sobre dignidade humana e liberdade, para só então avançarmos em nosso objetivo.

A.4 Dignidade da Pessoa Humana

A concepção de dignidade humana como valor intrínseco da pessoa humana é algo que esteve presente desde o pensamento clássico até o ideário cristão. No pensamento filosófico clássico, a dignidade (*dignitas*) estava associada à posição social ocupada pelo indivíduo, havendo, assim, pessoas mais dignas que outras.

No estoicismo, a dignidade humana já aparece como qualidade inerente ao ser humano, que o distingue das demais criaturas. Neste período, todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade.

Em Roma, também a dignidade era vista de forma desvinculada do cargo ou posição social.

Por sua vez, a tradição cristã sempre associou o homem à imagem e semelhança de Deus, dotando-o, assim, de valor próprio e distinto das demais criaturas.

Na Idade Média, prevaleceu a idéia do homem criado à semelhança de Deus, mas já com alguns sinais de que a dignidade relaciona-se à sua capacidade de autodeterminação, designadamente através de Tomás de Aquino.

²⁷⁹ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.130.

²⁸⁰ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.131.

No contexto renascentista, que não abandonou os teóricos da Igreja Católica, o homem aparece como ser livre com autoderminação, no centro do universo:

Deus coloca o homem no centro do universo sem lhe conferir ou reservar um lugar definido, sem lhe dar um aspecto peculiar, nem lhe atribuir algum ofício privativo. Infunde, porém, nele, as potencialidades mais diversas possíveis para que, pelo exercício da própria determinação, opte pelo feitio de personalidade que lhe apraz possuir e assuma o desempenho da missão existencial que melhor se adapte às suas virtuosidades. É assim que o homem se torna artífice de seu ser e se faz protagonista da própria história. Terá o porte físico, moral, intelectual, profissional de acordo com a escolha determinada pelo poder de sua vontade livre e soberana. Aí está a razão última de sua grandeza²⁸¹.

Através de Kant surge a explicação mais coerente sobre dignidade humana e que vai influenciar o Humanismo Moderno²⁸². A essência do humanismo kantiano está centrada na autonomia; é esta que vai servir de base para a ideia de dignidade humana.

Na obra de Kant, a dignidade está associada a quatro definições: moralidade, autonomia, *homo noumenon* e respeito²⁸³.

Sobre a **moralidade**, afirma:

No reino dos fins tudo tem ou um PREÇO ou uma DIGNIDADE. Quando uma coisa tem preço, pode-se trocá-la por algo equivalente; mas, quando está acima de todo preço e, portanto, não admite equivalente, então ela tem dignidade.

O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do ser humano têm um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é, a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas tem um preço de afeição; mas aquilo que constitui a única condição graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor interno, isto é, dignidade.

Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto, a moralidade e a

²⁸¹ PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *A Dignidade do Homem*. Tradução: Luiz Feracine. São Paulo: GRD, 1988, p. 25.

²⁸² JUNGES, José Roque. *A concepção kantiana de dignidade humana*. São Leopoldo: Revista Estudos Jurídicos, vol. 40, n. 02, julho-dezembro de 2007, p. 84.

²⁸³ KLEIN, Z. *La notion de dignité dans la pensée de Kant et de Pascal*. Paris, 1968, Vrin, p.134.

humanidade, enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade²⁸⁴.

A moralidade, como visto, se caracteriza por ter prioridade absoluta, estar acima de qualquer preço e não ser equivalente a nada. Para o filósofo, a moralidade depende de vontade qualificável como boa, ou seja, quando o ser humano age por dever e não por motivos empíricos ou por objetivos. Ao contrário, há que se eliminar todo objetivo da ação. Agir moralmente é agir com respeito ao imperativo categórico, *age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal*²⁸⁵.

Por sua vez, a vontade é o poder de se autodeterminar e agir conforme as máximas, o que é próprio do homem, ser racional, que existe como fim em si mesmo e não pode ser transformado em meio de realização desta ou daquela vontade arbitrária, ou seja, a segunda formulação do imperativo categórico: *Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio!*²⁸⁶

Assim, tem-se, em Kant, a dignidade como **autonomia**: *A autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional*²⁸⁷. Por ser um fim em si mesmo, o ser racional é visto como **homo noumenon**, como pessoa que merece respeito, *verbis*:

Somente o ser humano, considerado como pessoa, isto é, como sujeito de uma razão prático-moral, está situado acima de todo preço; pois, enquanto tal (Homo noumenon), não pode avaliar-se como meio para fins alheios, nem mesmo para seus próprios fins, mas como fim em si mesmo, isto é, possui dignidade (um valor interno absoluto), graças à qual infunde respeito a si e a todos os seres racionais do mundo, pode medir-se com qualquer outro do seu tipo e avaliar-se em pé de igualdade²⁸⁸.

Por fim, após associar a dignidade com pessoas iguais, com igual dignidade, aparece a concepção de respeito, até mesmo em decorrência desta igualdade:

²⁸⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 65.

²⁸⁵ KANT, *Fundamentação...* Op. cit., p. 51.

²⁸⁶ KANT, *Fundamentação...* Op. cit., p. 59.

²⁸⁷ KANT, *Fundamentação...* Op. cit., p. 66.

²⁸⁸ KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Tradução de Adela Cortina Orts e Jseus Conill Sancho. Madrid : Tecnos, 1994, p. 335-336.

Todo ser humano tem o legítimo direito de ser respeitado pelos seus semelhantes e também ele está obrigado, reciprocamente, ao respeito em relação aos demais. A própria humanidade é uma dignidade; porque o ser humano não pode ser utilizado como meio por nenhum ser humano (nem pelos outros, nem tampouco por si mesmo), mas sempre como fim, e nisto, precisamente, consiste sua dignidade (a pessoalidade), em virtude da qual eleva-se sobre todos os outros seres do mundo, os quais podem ser utilizados. Assim como ele não pode alienar-se por nenhum preço (o qual se oporia ao dever de autoestima), também não pode agir contra a auto-estima dos outros seres humanos, igualmente necessária; isto é, está praticamente obrigado a reconhecer a dignidade da humanidade em todos os demais seres humanos; assim reside nele um dever de manifestar respeito a todo ser humano²⁸⁹.

Na filosofia de Kant, o ser humano, em razão de sua dignidade, é visto como fim em si mesmo, e, portanto, a dignidade repudia qualquer coisificação ou instrumentalização do ser humano.

Segundo Sarlet, é com Kant que se completa, de certa forma, o processo de secularização da dignidade, que abandona suas vestes sacrais, e este pensamento vai influenciar a doutrina mais expressiva até os tempos atuais²⁹⁰. Para ilustrar, traz-se a lição de Canotilho:

Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios²⁹¹.

Jorge de Miranda não destoa²⁹²:

Quanto fica dito demonstra que a Constituição, a despeito do seu caráter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, proclamada no art. 1º., ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

²⁸⁹ KANTE, *La Metafísica*...Op. cit., p. 335-336.

²⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33-34.

²⁹¹ CANOTILHO, *Direito*... Op. cit., p. 225.

²⁹² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional Tomo IV*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 188.

(...) É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubstituível e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege.

(...)

Nas palavras de Kant:

“Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outra, sempre e simultaneamente, como fim e nunca simplesmente como meio”.

“No reino dos fins, tudo tem um preço e uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dele qualquer outro como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.

Reitera Paulo Otero²⁹³: *O ser humano é sempre um fim em si mesmo, nunca sendo lícita a sua instrumentalização a simples meio de alguém ou de alguma coisa.*

Na Alemanha, com base em Kant, vem-se interpretando a dignidade humana como direito subjetivo²⁹⁴. Por sua vez, Peter Häberle assevera que:

A fórmula-objeto de Dürig é ainda hoje a construção teórica mais convincente para a compreensão do princípio da dignidade humana do art. 1º, inc. I, da LF²⁹⁵, fórmula esta fortemente comprometida com os pressupostos idealistas de Kant²⁹⁶.

No Brasil, vale referir que a inspiração Kantiana encontrou abrigo nas penas de Carmem Lúcia Antunes da Rocha²⁹⁷, José Afonso da Silva²⁹⁸ e Fábio Konder Comparato²⁹⁹, dentre outros tantos.

²⁹³ OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano. Um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 52.

²⁹⁴ KIRSTE, Stephan. *A Dignidade Humana e o Conceito de Pessoa de Direito*. Tradução Luís Marcos Sander. In *Dimensões da Dignidade* (Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 185.

²⁹⁵ HÄBERLE, Peter. *A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In *Dimensões da Dignidade* (Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 75.

²⁹⁶ KIRSTE. *A Dignidade...* Op. cit., p. 186.

²⁹⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social*. In: Revista Interesse Público, nº. 4, 1999, p. 23-48.

²⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*. In: Revista de Direito Administrativo. Vol. 212, 1998, p. 89-94.

Desta forma, desde o pensamento clássico, há certo consenso de que a dignidade humana é um valor intrínseco da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, elemento qualificador do ser humano, que dele não pode ser destacado, ou seja, qualidade integrante e irrenunciável da condição humana que deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo ser criada nem constituída, pois é algo inerente ao ser humano³⁰⁰.

A.4.1 Positivização da Dignidade da Pessoa Humana.

A dignidade da pessoa humana está expressa em importantes textos mundiais. Na Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, há referência à dignidade humana³⁰¹. O mesmo ocorre na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948³⁰².

Em 23 de maio de 1949, vem a lume a Lei Fundamental Alemã, que, em seu art. 1º, afirma, em síntese, que a dignidade humana é inviolável, intangível e que respeitá-la e protegê-la é obrigação dos poderes públicos.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, assevera que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da sociedade humana compõe o fundamento da liberdade, justiça e paz mundial, no reconhecimento de que esses derivam da dignidade inerente aos homens.

²⁹⁹ COMPARATO, Fabio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 20.

³⁰⁰ SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 42-43.

³⁰¹ Carta das Nações Unidas de 1945 - *PREÂMBULO* – Nós, o povo das Nações Unidas, determinamos Salvar as gerações vindouras do flagelo da Guerra, a qual pôr duas vezes em nossas vidas trouxe desgraças para a humanidade, e Reafirmar a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e nos valores humanos da pessoa, na igualdade entre os direitos dos homens e mulheres e das nações grandes ou pequenas, e Estabelecer condições nas quais o respeito e a justiça das obrigações aos tratados e outros recursos que as leis internacionais possam manter, e Promover o progresso social e melhores padrões de vida em plena liberdade...

³⁰² Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 - *Preâmbulo* - Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum...

A Constituição da Grécia, de 1975, dispõe, em seu art. 2º, inc. I, que *constitui obrigação jurídico-fundamental do Estado respeitar e proteger a dignidade dos homens*, texto este semelhante ao da Lei Fundamental Alemã.

Em 1976, o Estado português traz a luz sua nova Constituição, que consagra, em seu artigo 1º - *Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*.

A Constituição Espanhola, de 1978, proclama em seu preâmbulo, a vontade de assegurar *a todos una digna calidad de vida*. E, em seu artigo 10, inc. I, reitera: *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social*.

Por fim, para não referir a infindáveis textos como os da Finlândia, da Suíça, Turquia, Paraguai, Peru, Venezuela e Cuba, dentre tantos outros, cumpre destacar que a Constituição Federal do Brasil, em 1988, consagrou, em seu artigo 1º, a dignidade da pessoa humana como princípio e valor fundamental da República³⁰³.

Cabe, então, refletir sobre o status que a dignidade humana mantém em sua positivação.

A.4.2 Dignidade da Pessoa Humana: princípio, regra ou direito fundamental?

Questão muito debatida na doutrina consiste na classificação da dignidade como princípio ou regra, indagando-se ainda se a dignidade seria um direito fundamental. A questão, longe de ser meramente terminológica, tem repercussões relevantes, notadamente em saber se a dignidade é absoluta ou admite relativização, ponderação ou

³⁰³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito **e tem como fundamentos**: I - a soberania; II - a cidadania; **III - a dignidade da pessoa humana**; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

hierarquização. Desta forma, importante uma nota sobre a distinção entre princípios e regra³⁰⁴.

Como explica Canotilho, metodologia jurídica tradicional distingue entre normas e princípios, o que vem sendo abandonado para adotar-se o seguinte: *as regras e os princípios são duas espécies de normas; a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas*³⁰⁵.

Segundo Karl Larenz³⁰⁶, os princípios seriam normas de grande importância para o ordenamento jurídico em razão de estabelecerem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito. Não obstante, estes não seriam regras suscetíveis de aplicação, pois carecem de caráter formal, isto é, não constituem uma conexão entre hipótese de incidência e consequência jurídica. Para ele, os princípios apenas indicam o caminho da regra, seria assim o primeiro passo.

Por sua vez, para Canaris³⁰⁷, os princípios, diferentemente das regras, possuem um conteúdo axiológico explícito e carecem de regras para sua concretização. Já Dworkin advoga que a aplicação das regras se dá de forma *tudo ou nada*, ou seja, verificada a hipótese de incidência da regra, ou a regra é válida e suas consequências devem ser aceitas, ou ela deve ser considerada inválida. Para o autor, na colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Já na colisão entre princípios, não há o *tudo ou nada*; a questão se resolve por peso, fazendo-se uma ponderação de onde se extrairá qual o princípio com peso relativo maior, sem que o outro perca sua validade³⁰⁸.

Na precisa lição de Alexy, os princípios são deveres de otimização aplicáveis em vários graus diante das possibilidades normativas e fáticas. Para ele, os princípios

³⁰⁴ Passamos então a reproduzir grande parte da distinção utilizada em nosso artigo: *A Garantia do Contraditório: Consagrada na Constituição de 1988 e Olvidada na Reforma do Código de Processo Penal de 2008. In Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988.* (Organizadores: Geraldo Prado e Diogo Malan). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 47.

³⁰⁵ CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 1160.

³⁰⁶ LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*. München, Beck, 1979, p. 26.

³⁰⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der jurisprudenzen*. Berlin, Duncker um Humblot, 1983, p. 50-55.

³⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 6ª tir. London, Duckworth, 1991, p. 26.

possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário do que ocorre com as regras³⁰⁹.

Canotilho sistematiza bem o tema, razão pela qual se impõe a transcrição:

Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos

- a) Grau de abstracção: os princípios são normas com grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios por serem vagos e indeterminados, carecem de mediação concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
- c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípios do Estado de Direito).
- d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante³¹⁰.

Em seguida, conclui o eminente constitucionalista que os princípios se distinguem das normas qualitativamente. Primeiramente, porque os princípios são normas impositivas de otimização que permitem vários graus de concretização, enquanto as regras são normas imperativas prescritivas, ou seja, impõem, permitem ou proíbem, de forma que ou são cumpridas ou desobedecidas, valendo para elas a regra do

³⁰⁹ ALEXY, Robert. *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*. Archives Rechts und Sozialphilosophie. Beiheft 25. Frankfurt am Main, 1985, p. 18.

³¹⁰ CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 1160-1161.

“tudo ou nada”. Os princípios são normas de convivência conflitual, coexistem. As regras antinômicas se excluem, são validas ou inválidas. Por fim, os princípios admitem balanceamento de valores e interesses, podem ser objeto de ponderação e de harmonização. As regras contêm “fixações normativas” definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de duas regras contraditórias³¹¹.

No Brasil, Humberto Ávila³¹², em sua *Teoria dos Princípios*, traz-nos importantes considerações sobre o tema, conceituando as regras como normas *imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência*; e os princípios como *normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade*, esposando, ainda, que *a positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização*. Com efeito, embora se relacionem com valores, não se confundem com eles, pois os princípios situam-se no plano deontológico³¹³, estabelecendo obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à sua promoção, enquanto os valores estão no plano axiológico ou mesmo teleológico, apenas atribuindo uma qualidade positiva a determinado elemento.

Ávila conclui destacando os tipos de eficácia dos princípios, destacando a **eficácia bloqueadora**, a qual afasta elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido, e a **eficácia externa subjetiva**, da qual se extrai que os princípios jurídicos atuam como direitos subjetivos quando proíbem as intervenções do Estado em direitos da liberdade³¹⁴.

Decorre daí, que os princípios têm *função de defesa ou resistência* (*Abwehrfunktion*), mas não apenas: possuem também *função protetora* (*Schutzfunktion*), uma vez que ao Estado não cabe tão somente o dever de respeitar os

³¹¹ CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 1161-1162.

³¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005, p 70-72.

³¹³ A deontologia é conceituada como “tratado dos deveres”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário a Língua Portuguesa*. Curitiba, 2004, p. 620.

³¹⁴ ÁVILA, *Teoria...* Op. cit., p. 79-82.

direitos fundamentais, possuindo da mesma forma o dever de promovê-los por meio de medidas que os realizem da melhor maneira possível³¹⁵.

Do exposto, cabe indagar: a dignidade humana é um princípio ou uma regra? Admite ou não ponderação, hierarquização ou relativização? A dignidade é um direito fundamental?

Com razão Sarlet, ao afirmar que a discussão sobre a qualificação da dignidade da pessoa como princípio ou direito fundamental não deve ser hipostasiada, já que não são conceitos antitéticos e excludentes. Não obstante, afirma o autor, com vênia de entendimentos em contrário, que não se pode falar em um direito fundamental à dignidade. É bem verdade que os direitos fundamentais, em regra, encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana, e que desta se extraem também direitos fundamentais autônomos. Todavia, a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana não pode ser concedida pelo ordenamento jurídico³¹⁶.

Qualifica-se a dignidade como princípio fundamental, como valor jurídico fundamental da comunidade que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico. Positivada em grande parte das Constituições dos Estados que se pretendem democráticos, a dignidade se apresenta como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa. A dignidade é um mandado de otimização que deve ser realizado na maior medida possível, consideradas as condições fáticas e jurídicas existentes. Todavia, o próprio Alexy aduz uma dupla dimensão da dignidade como princípio e como regra jurídica, embora esta dimensão só decorra a partir do processo de ponderação, que se opera no nível do princípio da dignidade cotejado com outros princípios³¹⁷.

Não é à toa que alguns chegam a sustentar que a dignidade seria um princípio absoluto que não admite ponderação³¹⁸. Mas, na verdade, a dignidade apresenta a possibilidade de realização em diversos graus, não se podendo olvidar a necessidade de

³¹⁵ ÁVILA, *Teoria...* Op. cit., p. 82.

³¹⁶ SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 71.

³¹⁷ SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 74.

³¹⁸ SANTOS, Feranando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 94 e seguintes.

resolver tensões entre a dignidade de diversas pessoas que possuem igual dignidade. A confusão de se afirmar a existência de um princípio absoluto decorre em razão de que a dignidade, em razão de sua dupla dimensão (princípio e regra) prepondera em relação aos demais princípios. Ademais, a dignidade, como qualidade intrínseca do ser humano, nunca pode ser sacrificada, não obstante possa ser relativizada ou harmonizada (o que nos parece melhor) em razão da igual dignidade de todos os seres humanos. Neste sentido, parece não existir verdadeiramente um dissídio³¹⁹.

Para Brugger, a dignidade da pessoa humana deve ser vista como o princípio fundamental mais importante, mas não como direito fundamental absoluto (Brugger³²⁰ *apud* Sarlet 2007). No embate entre dignidade e dignidade é irrefutável a ponderação ou harmonização. Proteger de modo absoluto a igual dignidade de todas as pessoas apenas será possível quando se falar na dignidade como capacidade, diríamos nós, em termos abstratos. No plano das relações interpessoais concretas, haverá necessidade de estabelecer limites, sem sacrificá-la, por óbvio.

Na doutrina, inclusive a alemã³²¹, predomina o entendimento de que a dignidade não admite restrição, e que, qualquer que fosse esta, seria uma violação vedada. Nem mesmo o interesse comunitário justificaria tal ofensa, pois se trata de valor absoluto e insubstituível. No Brasil, Daniel Sarmento, na esteira de Ferreira Santos³²², é categórico, em sua obra sobre *Ponderação de Interesses na Constituição*, em afirmar a inviabilidade de sujeitar a dignidade da pessoa humana a ponderação³²³.

Neste sentido, Castanheira Neves afirma que o valor da pessoa humana exige respeito incondicional à sua dignidade, considerada em si e por si. Tal respeito independe dos contextos e situações sociais na qual o ser humano está inserido. O Homem sempre está inserto em um grupo, uma classe, uma comunidade. O que o ser humano é, em dignidade e valor, não se reduz jamais a esses modos de existência

³¹⁹ SARLET, *Dignidade...* op. cit., p. 75-77.

³²⁰ BRUGGER, Winfried. *Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1996, p. 22.

³²¹ SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 137, onde se indica como referência deste entendimento a doutrina de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink.

³²² SANTOS, *Princípio...* Op. cit., p. 94-96.

³²³ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 73.

comunitária ou social. Inadmissível, desta forma, o sacrifício da dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo ou da classe. Para o doutrinador lusitano, o ser humano é portador do valor absoluto, e não a comunidade ou a classe (Castanheira³²⁴ *apud* Miranda 2000).

Para nós, a questão é resolvida em razão da distinção entre sacrifício da dignidade, através da violação de seu núcleo essencial, e eventual limitação ou restrição a aspectos da dignidade ou mesmo de direitos fundamentais que dela decorrem. Ademais, a harmonização, relativização ou ponderação da dignidade, para nós, só é concebível no plano concreto diante de tensão entre dignidade e dignidade, ou seja, em razão da igual dignidade de todas as pessoas. Como bem destaca Jorge Miranda, *a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta*, como homem e como mulher, cuja dignidade lhes é própria, e não da comunidade, embora nela vivam³²⁵. O sacrifício será sempre inadmissível, da mesma forma que será repudiável qualquer ponderação ou relativização em razão de interesse comunitário, público ou da ordem pública, que seriam verdadeiras abstrações.

Também estamos com Sarlet ao associar o núcleo essencial da dignidade humana à regra de inspiração kantiana consistente na vedação de qualquer conduta que importe coisificação e instrumentalização do ser humano³²⁶. Desta forma, as questões iniciais propostas estão, de certo modo, discutidas, ainda que jamais sejam taxativamente respondidas em razão do forte dissídio sobre o tema. É possível, contudo, passarmos a aspecto de maior importância, ou seja, a questão da eficácia do princípio.

A.4.3 Eficácia e Aplicabilidade do Princípio da Dignidade Humana.

Eficácia significa aptidão para produzir efeitos. A eficácia jurídica das normas consiste na qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os efeitos típicos³²⁷ pretendidos pela norma. Eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, quicá

³²⁴ CASTANHEIRA, Neves. *A Revolução e o Direito*. Lisboa, 1976, p. 207.

³²⁵ MIRANDA, *Manual...* Op. cit., p. 183.

³²⁶ SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 141.

³²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 83.

aspectos do mesmo fenômeno visto de forma diferente. A eficácia seria potencialidade e a aplicabilidade, a realizabilidade ou praticidade³²⁸, havendo ainda os que a associam à exigibilidade ou executoriedade³²⁹.

Partimos, então, da idéia de eficácia como possibilidade de produzir efeitos jurídicos; daí, termos que verificar qual o grau de eficácia e aplicabilidade do princípio da dignidade humana, o que não é possível sem uma breve nota sobre o chamado “pós-positivismo” e a normatividade dos princípios e da normatividade da própria Constituição.

Muitos se afeiçoam à lição de Ferdinand Lassalle, para quem as *Constituições escritas não têm valor nem são duráveis*, não passando de uma *folha de papel*, pois, na verdade, as constituições, para serem duradouras, devem conformar-se com os *fatores reais de poder*³³⁰. Para nós, melhor é a tese de Konrad Hesse³³¹, quando leciona que *a constituição tem força normativa condicionando a realidade*, e que a força normativa da Constituição torna-se mais evidente quando *a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição se faz presente dentre os principais responsáveis pela vida constitucional*.

Sintetiza o autor alemão que a Constituição está condicionada pela realidade histórica e não pode dela ser separada, ou seja, não pode divorciar-se da realidade concreta de seu tempo, sob pena de frustrar sua pretensão de eficácia. Mas a Constituição não representa, simplesmente, a expressão de uma realidade, pois seus elementos normativos ordenam e conformam a realidade política e social. As possibilidades e limites constitucionais são resultantes do ser (Sein) e do dever ser (Sollen). Acreditamos, como Hesse, que esta força normativa torna-se mais efetiva

³²⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60. Também no sentido de que a eficácia e a aplicabilidade são fenômenos conexos, temos: “Do que até agora foi exposto, deduz-se que as noções de aplicabilidade e eficácia jurídica podem ser consideradas, na verdade, as duas faces da moeda, na medida em que uma norma somente será eficaz (no sentido jurídico) por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade. Assim, sempre que fizermos referência ao termo “eficácia jurídica”, fá-lo-emos abrangendo a noção de aplicabilidade que lhe é inerente e dele não pode ser dissociada. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 246.)

³²⁹ BARROSO, O *Direito...* Op. cit., p. 83.

³³⁰ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 53.

³³¹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Ed. Sergio A. Fabris, 1991, p. 25.

quanto maior a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, nomeadamente entre os atores responsáveis pela vida constitucional³³².

Partindo da concepção de que a Constituição tem força normativa, há que se ver a questão dos princípios.

A partir da segunda metade do século XX, o positivismo não atendia mais os fins do direito. O estreitamento absoluto entre direito e norma e a sua consequente separação da ética não atendia mais aos anseios da humanidade. O Constitucionalismo moderno provoca um retorno aos valores, reaproximando a ética e o direito, a filosofia e o mundo jurídico. Com efeito, a Constituição passou a abrigar princípios, como a dignidade humana, que são a materialização dos valores compartilhados pela comunidade. Este movimento ficou conhecido entre os alemães como “virada kantiana”³³³.

Neste contexto é que a distinção entre princípios e regra, como espécies de normas jurídicas, como frisamos em outra passagem, ganhou relevo, devendo-se destacar a importância de Dworkin e Alexy nesta mudança de paradigma. Os princípios foram conduzidos ao centro do sistema e ganharam status de norma jurídica, deixando o cariz puramente axiológico, sem eficácia e aplicabilidade. Esta perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito permitiu a formação de uma moderna hermenêutica constitucional³³⁴.

Com isso, os princípios passam a ter, inegavelmente, eficácia jurídica, ou seja, devem ser observados, podendo, inclusive, ser exigida judicialmente sua observância.

A eficácia pode ocorrer em maior ou menor grau. Como bem destacou José Afonso da Silva, em clássica obra³³⁵, toda norma constitucional possui eficácia. Em sua lição, classifica as normas constitucionais em normas de eficácia limitada, normas de eficácia contida (ou contível) e norma de eficácia plena. Os princípios, como normas

³³² HESSE, *A Força...* Op. cit., p. 24.

³³³ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In *A Nova Interpretação Constitucional*. (Barroso: Organizador). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 28.

³³⁴ BARROSO, *Fundamentos...* Op. cit., p. 34,

³³⁵ SILVA, *Aplicabilidade...* Op. cit., p. 81-87.

observam também esta classificação. Da mesma forma, todos os princípios constitucionais possuem aplicabilidade imediata nos limites de sua eficácia.

No Brasil, a Constituição de 1988 estabelece, no §1º do art. 5º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Não podemos olvidar que significativa parte dos direitos fundamentais se reconduzem à dignidade humana, embora esta não seja propriamente um direito fundamental, e, sim, um princípio e um valor fundamental, pois, como qualidade inerente ao homem, não pode ser atribuído ou retirado, como os direitos. Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana tem aplicação imediata em decorrência do referido dispositivo constitucional.

O mesmo ocorre em Portugal, uma vez que o art. 18 da Constituição da República Portuguesa define a força jurídica dos preceitos constitucionais afirmando que *os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*.

Do exposto, nota-se que a doutrina americana, que classifica as normas constitucionais em *self-executing* e *not self-executing*, bem como a italiana, que as classifica em preceptivas e diretivas, não satisfazem as exigências atuais da humanidade e encontram-se superadas.

Adotando-se a classificação de José Afonso da Silva, as normas de eficácia plena (e, por consequência, os princípios de eficácia plena) seriam as que receberam do legislador constituinte normatividade bastante à sua incidência imediata. Elas prescindem de providências normativas posteriores para sua aplicação. São capazes de constituir situações subjetivas de vantagem ou de vínculo imediatamente exigíveis³³⁶.

As normas de eficácia contida também possuem a mesma normatividade plena; a diferença reside no fato de que o próprio constituinte prevê hipóteses para sua limitação ulterior³³⁷.

³³⁶ SILVA, *Aplicabilidade...* Op. cit., p. 262.

³³⁷ SILVA, *Aplicabilidade...* Op. cit., p. 262.

Por fim, as normas de eficácia limitada não possuem normatividade bastante para sua aplicação, exigindo do legislador ordinário a tarefa de complementá-las. Elas possuem eficácia ab-rogativa em relação ao direito anterior, criam situações subjetivas simples e de interesse e ainda direitos subjetivos negativos, ou seja, deveres de abstenção³³⁸.

São inúmeras as classificações das normas constitucionais bem como de suas eficácias. Barroso enumera didaticamente três tipos de eficácia: a positiva ou simétrica, a interpretativa e a negativa. A primeira diz respeito ao fato de que os efeitos da norma constituem verdadeiros direitos subjetivos exigíveis judicialmente. Esclarece que, apenas recentemente, está reconhecendo-se eficácia positiva a princípios³³⁹.

A segunda (eficácia interpretativa) é a exigência de que a interpretação das normas inferiores à Constituição seja feita de acordo com ela. Aliás, a eficácia interpretativa é possível inclusive dentro da própria Constituição, utilizando-se os princípios, que, malgrado não serem hierarquicamente superiores em relação às demais normas constitucionais, possuem uma superioridade axiológica sobre os demais textos, até mesmo para conferir unidade de sentido e harmonia sistêmica³⁴⁰. Esta eficácia interpretativa é significativa no que tange à dignidade humana, que é, segundo a doutrina, o princípio mais importante e o valor fundamental presente na Constituição. De se adiantar, por oportuno, que esta eficácia interpretativa será um dos fios condutores de nossas conclusões sobre as intervenções corporais.

Por fim, a eficácia negativa é a que produz como efeito a invalidade de todas as normas ou atos que contrariem as normas (ou princípios) constitucionais³⁴¹. Desta eficácia negativa, deriva ainda a chamada eficácia vedativa do retrocesso. Esta última pressupõe que os princípios constitucionais se realizam através de normas infraconstitucionais. Por sua vez, um dos efeitos dos princípios constitucionais é a ampliação progressiva dos direitos fundamentais. Desta forma, estaria o Judiciário

³³⁸ SILVA, *Aplicabilidade...* Op. cit., p. 262.

³³⁹ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In *A Nova Interpretação Constitucional*. (Barroso: Organizador). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 367-368.

³⁴⁰ SILVA, *Aplicabilidade...* Op. cit., p. 157-158.

³⁴¹ BARROSO, *O Começo...* Op. cit., p. 368.

autorizado a invalidar normas que viessem a revogar outras normas que estariam regulamentando, concedendo ou ampliando direitos fundamentais, sem que a revogação estivesse acompanhada de uma medida substitutiva, o que conduziria a um retrocesso social.

Esse aspecto também está inteiramente associado ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme o que tem amplo reconhecimento na doutrina, tanto no Brasil³⁴² como em Portugal³⁴³. A jurisprudência, por sua vez, não fica atrás: vale referir que o Tribunal Constitucional de Portugal³⁴⁴ reconheceu a inconstitucionalidade, por violação ao princípio da vedação do retrocesso, do Decreto da Assembléia da República que substituiu, o antigo rendimento mínimo garantido, por um novo rendimento social de inserção, tendo o referido Decreto afastado o gozo do benefício às pessoas entre 18 e 25 anos³⁴⁵.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental de maior relevo axiológico da Constituição, a toda evidência, possui eficácia jurídica e aplicabilidade imediata. Neste sentido, a doutrina não destoa. Starck afirma que, do direito alemão, designadamente da formulação do art. 1º da Lei Fundamental, resulta que a garantia da dignidade humana é imediatamente aplicável, e o mesmo se dá em relação a todas as Constituições que asseguram os direitos fundamentais como direito

³⁴² SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 124: “Neste mesmo contexto – ou seja, no âmbito de uma “função protetiva” (e, portanto, defensiva) da dignidade – situa-se a noção de que a dignidade da pessoa humana constitui um dos critérios materiais para a aferição da incidência de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais...” No mesmo sentido: BARROSO, *O Começo...* Op. cit., p.370-371.

³⁴³ “O Princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição do retrocesso social.

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reaccionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex. direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.” (CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 338-339.)

³⁴⁴ Tribunal Constitucional de Portugal, acórdão n. 509/2002.

³⁴⁵ No Brasil há registro na jurisprudência de tal eficácia interpretativa da vedação do retrocesso, vale referir o acórdão proferido no Recurso Especial 567.873 que tratava de isenção de IPI para portadores de deficiência.

imediatamente aplicável. Por consequência, o legislador está vinculado ao controle normativo por parte da jurisdição constitucional³⁴⁶.

Quanto ao grau de eficácia, Sarlet destaca que não custa lembrar que a condição de princípio é totalmente compatível com o reconhecimento da plena eficácia e da plenitude da vinculatividade da dignidade da pessoa humana na sua dimensão jurídico-normativa³⁴⁷. Destarte, reconhecendo na dignidade da pessoa humana sua eficácia e aplicabilidade, devemos, então, passar ao problema da aproximação do sentido da dignidade humana, buscar sua integração pragmática, sua conceituação.

A.4.4 Dignidade como conceito vago e indeterminado. A necessária densificação.

Como ensina Jorge Miranda, a dignidade humana confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. Este princípio funciona como fonte ética, fazendo, da pessoa, fundamento e fim da sociedade e do Estado³⁴⁸.

A dificuldade de identificar o sentido específico do enunciado “dignidade humana” é algo reconhecido pela doutrina de toda parte, chegando-se a afirmar que é mais fácil a densificação do sentido constitucional dos direitos, liberdades e garantias³⁴⁹.

Uma conceituação clara do que efetivamente vem a ser dignidade da pessoa humana, principalmente no que tange ao domínio de proteção como norma fundamental, é algo que esbarra na porosidade e ambiguidade do conceito³⁵⁰.

A dificuldade de precisão do conceito decorre do fato de estarmos diante de um conceito vago, impreciso, indeterminado, de natureza polissêmica³⁵¹.

³⁴⁶ STARCK, Christian. *Dignidade Humana como Garantia Constitucional: O Exemplo da Lei Fundamental Alemã*. Tradução: Rita Dostal Zanini. In *Dimensões da Dignidade*. (Ingo Wolfgang Sarlet: organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 216-217.

³⁴⁷ SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 77.

³⁴⁸ MIRANDA, *Manual...* Op. cit., p. 180-181.

³⁴⁹ CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 248.

³⁵⁰ ROCHA, Carmem Lúcia. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social*. In *Revista Interesse Público*, n. 04, 1999, p. 24.

³⁵¹ Referindo-se a Zippelius, Delpérée e outros, temos a lição de SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 40.

Tal ocorre com a dignidade em razão de esta não representar um aspecto mais ou menos específico da existência humana (como vida, liberdade, intimidade), mas ao contrário, como qualidade inerente a todos os seres humanos, como valor que identifica o ser humano como tal.

Indiscutível, em outra quadra, é o fato de que a dignidade é algo real, e que, se por um lado, é difícil precisar seus contornos, em muitos casos, é fácil identificar sua violação³⁵², embora não se possa esgotar um catálogo exaustivo das violações possíveis da dignidade humana.

O fato de estarmos diante de um conceito vago e indeterminado não esvazia o sentido, tampouco torna inútil o princípio da dignidade humana, na lição de Garcia Enterria³⁵³:

(...) cuando la norma no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación.

É função do aplicador, notadamente do juiz, interpretar conceitos vagos e indeterminados. Preteritamente assentou-se a ideia de que seria possível fixar, com clareza e segurança jurídicas absolutas, todas as decisões judiciais e atos administrativos, através de normas de rigorosa elaboração e que buscavam univocidade decisória. Os tribunais foram transformados em autômatos, um automatismo lógico. Isto decorreu da desconfiança que os juízes arrecadaram para si em razão do período de arbítrio em que a justiça se ancorava nas instruções dos senhores da terra. Somada a isto a adoração da lei, que decorria do espírito racionalista da época, tudo redundou na

³⁵² “O outro elemento importante é a noção de respeito. Proclamar a dignidade da pessoa humana como aquilo que existe de irredutivelmente humano exige respeitá-la quaisquer que sejam as circunstâncias. **Mesmo que o legislador não possa dizer o que ela é, ele deve fazer de tudo para que aquilo que ela não seja não aconteça,** (Grifo nosso.) (MAURER, Béatrice. *Notas Sobre o Respeito da Dignidade da Pessoa Humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central*. Tradução: Rita Dostal Zanini. In *Dimensões da Dignidade*. (Ingo Wolfgang Sarlet: organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 136.)

³⁵³ ENTERRIA, Eduardo Garcia de e FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, tomo I, 1989, p. 455; e ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Democracia, jueces y control de la Administración*. Civitas, 1995, p. 126 e ss.

concepção de que a lei era o ergástulo do juiz, que estaria a ela visceralmente vinculado, até mesmo proibindo-se a possibilidade de interpretar e comentar a lei³⁵⁴.

Quando os tribunais foram alforriando-sedo poder dos senhores da terra, ganhando autonomia e agindo verdadeiramente como autoridades jurisdicionais, com independência e objetividade, imbuídos do sentido de justiça, na mesma proporção foram libertando-se das amarras da lei, passando a dispor de liberdade de decisão, o que era indispensável diante da pluralidade e imprevisibilidade de formas de vida sob o seu jugo³⁵⁵.

O resultado é que, hoje, as leis são elaboradas de forma que os juízes não estão limitados à subsunção a conceitos jurídicos rígidos; ao contrário, os juízes são chamados a interpretar com tal autonomia, que a sua decisão se aproxima da atividade do legislador, e isto ocorre com a aquiescência do próprio legislador, incapaz de prever todas as situações e relações sociais, e que acaba por legislar através de expressões legislativas que alimentam o julgador com referida liberdade. Como exemplos deste fenômeno estão os conceitos jurídicos indeterminados, os conceitos normativos, discricionários e as cláusulas abertas³⁵⁶.

Desta forma, a interpretação de conceitos vagos e indeterminados não é algo estranho; ao contrário, é algo inerente e próprio do atual contexto jurídico. É neste contexto que se situa a dignidade da pessoa humana, um conceito indeterminado, mas que, nem por isso, pode deixar de ser concretizado pelos órgãos do Estado, ao argumento de não se saber o que é ou ao que serve. É função do interprete densificar, concretizar, dar concordância pragmática à dignidade da pessoa humana, e, neste sentido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm há muito se empenhando.

Embora seja difícil precisar o sentido do enunciado *dignidade humana*, a chamada *teoria de cinco-componentes*³⁵⁷ parece adequada à realidade constitucional

³⁵⁴ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 206.

³⁵⁵ ENGISCH, *Introdução...* Op. cit., p. 207.

³⁵⁶ ENGISCH, *Introdução...* Op. cit., p. 207-208.

³⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição, Almedina, 2003, p. 249.

brasileira e portuguesa. A base antropológica remete ao homem como *pessoa*, como *cidadão*, como *trabalhador* e como *administrado*.

Dáí se extrai uma integração dos direitos fundamentais, iniciando-se pela afirmação da integridade física e espiritual do homem como aspectos irrenunciáveis de sua *individualidade*, seguindo com a garantia da identidade e integridade da pessoa através do desenvolvimento de sua personalidade, e passando à chamada *libertação da angústia da existência* da pessoa, libertação esta através de mecanismos sociais de providências que garantam possibilidade de condições mínimas existenciais. O quarto componente é a consagração da *autonomia individual* através da limitação dos poderes públicos relativamente aos conteúdos, formas e procedimentos do Estado de Direito. Por fim, o quinto componente reside na *dignidade social*, ou na *igualdade de tratamento normativo*, ou seja, igualdade perante a lei³⁵⁸.

Peter Häberle³⁵⁹ afirma que a teoria dos cinco componentes de Podlech possui autonomia diante de pontos de partida teórico-sistemáticos e é convincente, mormente como “integração pragmática”, designadamente no plano das suas concretizações justificáveis.

A nosso sentir, a teoria dos cinco componentes tem um cariz positivo, indicando diretrizes para o respeito e a realização da dignidade. Não obstante, há uma formulação que, a nosso, ver possui uma matriz negativa, indicando quando ocorre a violação da dignidade. Trata-se da chamada fórmula-objeto de Dürig.

Esclarece Häberle que a fórmula-objeto de Dürig constitui a construção teórica que, na atualidade, pode ser tida como a mais convincente para a compreensão do princípio da dignidade humana, do art. 1º, inciso I da Lei Fundamental Alemã. Segundo

³⁵⁸ Idem, p. 248-249.

³⁵⁹ “Em adesão a Niklas Luhmann, Adalbert Podlech desenvolveu cinco condições centrais para a garantia da dignidade humana: a liberdade do medo existencial no Estado Social por meio da possibilidade de trabalho e um seguro social mínimo; a igualdade normativa dos homens, que apenas permite desigualdades fáticas justificáveis; a defesa da identidade e da integridade humana por meio da garantia do livre desenvolvimento espiritual do indivíduo; a limitação do poder estatal por meio de seu enquadramento pelo Estado de Direito; e, finalmente, o respeito da corporalidade do homem como momento de sua individualidade autônoma e responsável” (HÄBERLE, *A Dignidade...* Op. cit., p. 76).

o autor, esta fórmula possui independência jurídica em face de sua derivação filosófica, encontrando supedâneo na prática dos casos concretos há décadas³⁶⁰.

Kloepfer ensina que, de acordo com a fórmula-objeto a dignidade humana é atingida quando a pessoa humana se torna um mero objeto do agir estatal. Alerta ainda que o Tribunal Constitucional Federal alemão, ao dar concretização a esta fórmula, assinalou que o ser humano é exposto a um tratamento que coloca em dúvida a sua qualidade de sujeito, ou que haja um menosprezo arbitrário da dignidade da pessoa humana, e que a doutrina chama a atenção para o fato de que também um menosprezo não arbitrário da dignidade da pessoa humana atingiria a esfera de proteção do art. 1º, inciso I, da Lei Fundamental Alemã³⁶¹.

Para Häberle, em outros termos, a fórmula-objeto se torna fórmula-sujeito, pois o Estado constitucional realiza a dignidade humana transformando o cidadão em sujeito de suas ações³⁶².

Esta fórmula, de nítida inspiração kantiana, no sentido de que a pessoa humana deve ser considerada um fim e não um meio, veda, assim, qualquer coisificação ou instrumentalização do ser humano³⁶³.

Dworkin também reforça a concepção kantiana ressaltando, igualmente, que o ser humano jamais poderá ser tratado como objeto, como mero instrumento para realização dos fins alheios; enfim, as pessoas nunca podem ser tratadas de forma que se negue a importância distintiva de suas próprias vidas³⁶⁴.

A dignidade humana, como vedação da instrumentalização humana, proíbe a completa e egoística disponibilização do outro, isto é, sua utilização apenas como meio para alcançar determinada finalidade. Com efeito, o critério determinante para identificar a violação da dignidade é a intenção de instrumentalizar ou coisificar o outro.

³⁶⁰ HÄBERLE, A *Dignidade...* Op. cit., p. 75.

³⁶¹ KLOEPFER, Michael. *Vida e Dignidade da Pessoa Humana*. Tradução: Rita Dostal Zanini. In *Dimensões da Dignidade*. (Ingo Wolfgang Sarlet: organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 164.

³⁶² HÄBERLE, A *Dignidade...* Op. cit., p. 79.

³⁶³ SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 36.

³⁶⁴ SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 51-52.

Em síntese, a dignidade da pessoa humana é atingida sempre que a pessoa não é considerada como sujeito de direito.

Para Sarlet³⁶⁵, esta concepção encontra eco no constitucionalismo brasileiro, designadamente no art. 5º, inciso III da Constituição da República, ao dispor que *ninguém será submetido à tortura e a tratamento desumano ou degradante*.

Do exposto, extrai-se que a ética utilitarista representa uma grande oposição à dignidade humana, notadamente quando esta busca justificar restrições e agressões aos direitos humanos em função dos valores de natureza permanente da comunidade ou da humanidade em seu todo, ou seja, lançando mão da lógica de que eventual sacrifício de um justifica a maior felicidade da maioria.

Para ilustrar, vale referir ao escrito de Bentham de 1795 (*Anarchical Fallacies*), no qual lança violento ataque contra as Declarações dos direitos franceses, afirmando que não existe nada de semelhante a direitos naturais ou a direitos anteriores às instituições de governo; que inexistem direitos naturais opostos a direitos legais; e formula o princípio da utilidade, segundo o qual o único critério que deve inspirar o bom legislador é o de criar leis que produzam a maior felicidade do maior número de pessoas. Para Bentham, eventual limite ao poder não decorre dos direitos naturais, mas da consideração objetiva de que os homens desejam o prazer e rejeitam a dor, e que o modelo de sociedade é o que consegue proporcionar o máximo de felicidade para o maior número de componentes³⁶⁶.

Desta forma, à toda evidência, a dignidade humana, como valor supremo da ordem jurídica e qualidade inerente ao homem, colocada no plano de direito absoluto por muitos e, para outros, submetida apenas à relativização no que tange à igual dignidade de todos no plano concreto, não se concilia com a lógica utilitarista, mormente através da síntese de Castanheira Neves, já assinalada em outra passagem, ao afirmar que é inadmissível o sacrifício da dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo ou da classe.

³⁶⁵ SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 59-60.

³⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1997, p. 63.

Ainda no caminho da concretização da dignidade humana, Häberle apresenta quatro dimensões de proteção jurídico-fundamental da dignidade³⁶⁷.

Primeiramente, sua dimensão de defesa contra as intervenções do Estado. Esta dimensão protetiva é dúplice na medida em que é um direito subjetivo público contra o Estado (e contra a sociedade) e, ao mesmo tempo, um encargo constitucional, já que o Estado tem que proteger o indivíduo em sua dignidade em face da sociedade ou de seus grupos.

A segunda dimensão associa-se ao *due process*, que constitui uma das mais importantes garantias da dignidade humana.

A terceira dimensão consiste no fato de que a dignidade pressupõe um mínimo existencial, entregando ao Estado encargos assistenciais, como educação, saúde, moradia, entre outros.

Por derradeiro, a dignidade humana tem uma dimensão comunicativa, social, e pertence tanto à realidade da esfera pública como a privada, o que induz responsabilidade diante de outros seres humanos.

A concretização da dignidade humana deve levar em conta ainda que, embora a dignidade seja tendencialmente universal, ela possui uma referência cultural relativa, situando-se no contexto cultural³⁶⁸.

Com efeito, a dignidade humana é multidimensional; possui uma dimensão ontológica, uma dimensão histórico-cultural e sua dupla dimensão (função) negativa e prestacional³⁶⁹.

Não custa destacar, ainda que com o risco de repetirmos o que já ficou implícito em outras passagens, que a dignidade é um valor intrínseco de todo ser humano, independentemente de cor, etnia, sexo, idade, nacionalidade, status social, sendo irrelevante também que o titular seja consciente de sua dignidade ou a compreenda, de forma que mesmo as crianças e os doentes mentais são alcançados pela proteção da

³⁶⁷ HÄBERLE, *A Dignidade...* Op. cit., p. 88-92.

³⁶⁸ HÄBERLE, *A Dignidade...* Op. cit., p. 80.

³⁶⁹ SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 61.

dignidade humana³⁷⁰. Não obstante a posição de Luhmann no sentido de que a dignidade não é uma característica do ser humano, mas algo que provém da comunicação, ou seja, fruto da autodeterminação do indivíduo, ou seja, a dignidade não seria uma capacidade potencial e, sim, decorreria de sua efetiva realização a partir da ação comunicativa, o que afastaria a dignidade do embrião, do incapaz, etc.³⁷¹, o fato é que esta concepção é considerada um “equívoco sociológico”³⁷².

A dignidade começa com a existência humana e termina com sua morte; não obstante, existem efeitos prévios e póstumos à proteção jurídico-constitucional da dignidade, como o nascituro e a proteção à personalidade após a morte³⁷³.

Mesmos os criminosos³⁷⁴ que praticaram os atos mais cruéis, indignos e desumanos possuem dignidade humana e podem até ser privados de sua liberdade, mas nunca de sua dignidade. Neste sentido é luminosa a passagem de Kant a demonstrar que são inadmissíveis penas que agridam a dignidade dos delinquentes e acabem por atingir a própria humanidade, ou seja, são inaceitáveis penas que *ruborizam de vergonha o espectador por [ele] pertencer a uma espécie que possa ser tratada dessa forma*³⁷⁵.

Do exposto, lançamos mão do conceito apresentado por Sarlet, para quem a dignidade humana é:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos³⁷⁶.

Seguimos então para o derradeiro tema de nosso prólogo.

³⁷⁰ KLOEPFER, *Vida...* Op. cit., p. 152-153.

³⁷¹ KIRSTE, *A Dignidade...* Op. cit., p. 186-187.

³⁷² STARCK, *Dignidade...* Op. cit., p. 215.

³⁷³ HÄBERLE, *A Dignidade...* Op. cit., p. 91.

³⁷⁴ “...também para o criminoso ‘que pode ter atentado, da forma mais grave e insuportável, contra tudo aquilo que a ordem de valores da Constituição coloca sob sua proteção, não pode ser negado o direito ao respeito da sua dignidade’ (KLOEPFER, *Vida...* op. cit., p. 153).

³⁷⁵ KANT, *Metafísica dos Costumes, Doutrina da Virtude*, parágrafo 39.

³⁷⁶ SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 62.

A.5 Liberdade

Liberdade e Poder são duas palavras antitéticas que representam duas realidades contraditórias entre si, conseqüentemente, incompatíveis. Em qualquer relação intersubjetiva, quando se amplia o poder, diametralmente, se diminui a liberdade e vice-versa³⁷⁷. Também Stuart Mill associa o estudo da liberdade com o limite do poder e chega mesmo a referir que a liberdade pode ser compreendida como a limitação do poder³⁷⁸.

Com efeito, ainda que breve o registro pretendamos fazer sobre a liberdade, não há como o fazer sem passar pelo tema do liberalismo. Assevera Bobbio que o Liberalismo é uma doutrina na qual o Estado se apresenta limitado em relação aos seus poderes bem como suas funções. O chamado Estado de Direito corresponde à limitação dos poderes do Estado, enquanto o chamado Estado mínimo significa a limitação das funções. Esclarece ainda que o Estado de Direito se contrapõe ao Estado absoluto, e que o Estado mínimo se contrapõe ao Estado máximo, sendo certo que pode haver Estado de Direito que não seja mínimo, e Estado mínimo que não seja de Direito³⁷⁹. Com efeito, podemos falar em um liberalismo político e um liberalismo econômico.

Foucault, todavia, não analisa o liberalismo, em sua obra *Nascimento da Biopolítica*, como uma teoria ou uma ideologia, mas, sim, como um método de racionalização do exercício do governo, racionalização esta que obedece à regra da economia máxima³⁸⁰, o que, sob certo aspecto, rompe com a cisão entre liberalismo político e econômico³⁸¹. Foucault analisa o mercado e a economia como verdadeiro

³⁷⁷ BOBBIO, *Liberalismo...* Op. cit., p. 20.

³⁷⁸ MILL, John Stuart. *Da Liberdade*. Tradução E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963, p. 3-4.

³⁷⁹ BOBBIO, *Liberalismo...* Op. cit., p. 17-18.

³⁸⁰ FOUCAULT, *Nascimento...* Op. cit., p. 360.

³⁸¹ Não obstante, o próprio Foucault reconhece a existência de várias dimensões da liberdade, como liberdade de mercado, liberdade de propriedade, liberdade de discussão e eventualmente expressão, etc. (FOUCAULT, *Nascimento...* Op. cit., p. 84).

tribunal a julgar as ações governamentais, de modo que o governo passa a governar pautado pelo mercado³⁸².

Por sua vez, Bobbio define liberdade no sentido liberal, como liberdade em relação ao Estado. Segundo ele, *o processo de formação do Estado liberal pode ser identificado como o progressivo alargamento da esfera de liberdade do indivíduo diante dos poderes públicos*; em outros termos, com a progressiva emancipação da sociedade (civil) em relação ao Estado³⁸³.

Do ponto de vista do indivíduo, na perspectiva do liberalismo, o Estado é um mal necessário e, portanto, deve intrometer-se o menos possível na esfera individual. Neste sentido, é emblemática a afirmação de Paine (Paine³⁸⁴ *apud* Bobbio, 1997) no sentido de que o governo, inclusive na sua melhor forma, nada mais é do que um mal necessário, e na sua pior forma é insuportável.

Desta forma, vê-se assim a relação direta entre liberdade e limitação do poder. Não obstante, Foucault desmascara outro aspecto do liberalismo. Para ele, a liberdade é algo que é fabricado a todo instante. O liberalismo é entendido como uma nova arte de governo conformado no século XVIII, e sua essência reside em uma relação de produção e destruição da liberdade. É preciso produzir liberdade e, ao mesmo tempo, estabelecer limitações, controles, coerções, etc. Desta forma, surge no coração do liberalismo um jogo entre liberdade e segurança, e este animará os problemas chamados de “economia de poder” do liberalismo³⁸⁵.

No paradigma anterior, o antigo regime político, a relação entre súdito e soberano consistia, além de outros aspectos, no dever de o soberano proteger os súditos dos “perigos” externos. Com o liberalismo, este quadro se modifica, e sua primeira consequência é uma nova “cultura do perigo”, não mais como no passado a peste, a morte, a guerra e todas as perturbações apocalípticas da Idade Média³⁸⁶.

³⁸² FOUCAULT, *Nascimento...* Op. cit., p. 285-286.

³⁸³ BOBBIO, *Liberalismo...* Op. cit., p. 21-22.

³⁸⁴ PAINE, Tomas. *I Diritti dell’Uomo*. Tradução para o italiano Magri. Ed. Riuniti, 1978, p. 65.

³⁸⁵ FOUCAULT, *Nascimento...* Op. cit., p.87-89.

³⁸⁶ FOUCAULT, *Nascimento...* Op. cit., p. 285-286.

A segunda consequência do liberalismo foi a formação de procedimentos de controle e coação, que são a contrapartida da liberdade. A vigilância apresenta-se, então, como uma forma de governo, e sua ilustração é o panóptico. O Estado não deve ter nenhuma outra forma de intervenção senão a vigilância, e esta é um fator que aumenta a rentabilidade e a produtividade³⁸⁷.

A terceira consequência diz respeito à necessidade de incrementar a liberdade, o que se faz através de novos mecanismos de intervenção e controle, surgindo, assim, um *plus* de liberdade e um *plus* de controle e intervenção³⁸⁸.

A análise do liberalismo de Foucault é muito extensa e profunda, mas o pouco que se destacou até aqui é suficiente para apoiar o que pretendemos em nossa jornada. As diversas feições da liberdade, ao mesmo tempo em que crescem, produzem opressão. Paradoxalmente, a mesma liberdade, que é o limite do poder, é também um instrumento de seu agigantamento. A liberdade limita o poder e, simultaneamente, incrementa sua possibilidade de intervenção, ou, na expressão de Foucault, o liberalismo produz e destrói a liberdade.

A formulação mais corrente, hoje, vislumbra no liberalismo, a doutrina do Estado mínimo. É de se destacar que, na escola liberal, são cabíveis defensores dos mais diversos fins, como os que querem livre a igreja, os conservadores que desejam a liberdade das classes superiores, os que querem a liberdade das classes inferiores, etc. A liberdade nesta linha, é um método ou procedimento do qual qualquer um poderia servir-se para alcançar seus fins. Em contraposição à escola liberal, na escola democrática, fundada na justiça distributiva, na igualdade de direitos, a liberdade não é apenas método, mas é também substância, ou seja, a liberdade como um fim, conforme a filosofia do século XVIII³⁸⁹.

Com uma perspectiva democrática, associando liberdade a igualdade, De Sanctis afirma que, onde existe desigualdade, a liberdade pode até estar escrita nas leis ou em estatutos, mas não estará escrita na realidade. Para ele, nunca é livre o camponês que

³⁸⁷ FOUCAULT, *Nascimento...* Op. cit., p. 89.

³⁸⁸ FOUCAULT, *Nascimento...* Op. cit., p. 89.

³⁸⁹ BOBBIO, *Liberalismo...* Op. cit., p. 89.

depende do proprietário, assim como não é livre o empregado que permanece submetido ao patrão, tampouco é livre o homem da gleba sujeito ao trabalho incessante dos campos (De Sanctis³⁹⁰ *apud* Bobbio, 1997).

Para nossa perspectiva, interessa-nos este destaque relativamente às considerações feitas, no início, entre Estado de Direito e Estado mínimo. O Estado de Direito é um Estado que busca limitar o poder. Por outro lado, o Estado mínimo pretende a mínima intervenção do Estado. Ocorre que o liberalismo, visto como estado mínimo gera em contrapartida, um Estado penal, senão máximo, sobremaneira agigantado, destinado a conter as carências sociais e a controlar os sintomas das profundas desigualdades.

Isto decorre porque, na “economia de poder”, a idéia de se ter um Estado com a mínima intervenção possível acaba por reservar, como espaço de intervenção do Estado, o âmbito da segurança, à esfera penal. Desta forma, a liberdade para o mercado é ampla, a intervenção nas relações sociais deve ser a menor possível; não obstante, há um espaço do qual o Estado não pode descurar-se, que é exatamente o da segurança. Desta forma, todo poder estatal é canalizado para a formação de um Estado penitencial.

Na linha do que se destacou no início deste tópico, onde se afirma que o liberalismo tanto limita as funções do Estado (Estado mínimo) como os poderes (Estado de Direito), o fato é que o Estado mínimo provoca um grande esvaziamento das funções do Estado, mantendo praticamente a função de segurança, nomeadamente através do direito de punir. Desta forma, a liberdade provocada pelo afastamento do Estado de suas funções promove a opressão na medida em que potencializa o Estado penitencial.

O que se vê neste pensamento liberal é o que poderíamos chamar de “axiologia patrimonialista”, na medida em que protege visceralmente aspectos patrimoniais da vida, inadmitindo a intromissão do Estado no mercado, na economia, na propriedade, no trabalho, e sendo condescendente com todo tipo de intromissão, por parte do Estado, em

³⁹⁰ DE SANCTIS, Francesco. *Mazzini e la Scuola Democratica*. Turim: Einaudi, 1951, p. 6.

aspectos como a liberdade, a vida e o corpo, destacadamente através do sistema penal³⁹¹.

Com efeito, vislumbramos no Estado mínimo, ou seja, no afastamento do Estado relativamente às suas funções, não o incremento da liberdade, mas paradoxalmente o agigantamento da opressão e do poder. O Sistema penal se apresenta com instituições superdesenvolvidas para atenuarem a carência de proteção social. Em obra de referência sobre o tema, Loïc Wacquant faz uma radiografia do que chama de substituição do Estado-providência pelo Estado-penitência³⁹².

Este movimento, na perspectiva de Wacquant, não é marcado apenas pelo esvaziamento do Estado que se despe de suas funções promocionais e o consequente agigantamento da função penal, mas, também, e o que é mais cruel, pela criminalização e marginalização da pobreza³⁹³, o que vai dar contornos muito peculiares ao sistema penal, notadamente ao que tange à sua seletividade.

Neste contexto de marginalização, exclusão e miséria que a revolução científico-tecnológica não foi capaz de superar, mas, no qual, ao contrário, as mudanças do mundo, designadamente a globalização, só fizeram permitir que seus “riscos” sejam percebidos de forma mais próxima, maior e eminente, o Estado-penitencial surge como panacéia.

Com efeito, a “cultura do perigo” peculiar ao liberalismo, a chamada “sociedade de risco”, anseia por segurança e começa a superar o “desejo por liberdade”; a retomada deste desejo é o paradigma que Maria Lucia Karam tenta resgatar em seus “Escritos

³⁹¹ “Llamamos ‘sistema penal’ al control social punitivo institucionalizado, que en la práctica abarca desde que se detecta o supone que se detecta una sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta una pena, presuponiendo una actividad normativizadora que genera la ley que institucionaliza el procedimiento, la actuación de los funcionarios y señala los casos y condiciones para actuar. Esta es la general idea de ‘sistema penal’ en un sentido limitado, abarcante de la actividad del legislador, del público, de la policía, de los jueces y funcionarios y de la ejecución penal”. (ZAFFARONI, E. Raul. *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1999, p.31).

³⁹² WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 77 e seguintes.

³⁹³ Neste sentido, digna de nota é a obra: WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: ICC e Freitas Bastos, 2001.

sobre a Liberdade”³⁹⁴. Aliás, adverte a autora que um dos sintomas do enfraquecimento dos direitos fundamentais, nos quais se insere “o desejo por liberdade”, é a proposta de substituição dos clássicos valores revolucionários de “liberdade, igualdade e fraternidade” por “segurança, diversidade e solidariedade”, conforme proposto por Denninger, como um “novo ideal constitucional”³⁹⁵.

Erhard Denninger, por meio de texto publicado em 2000, abriu grande discussão ao sustentar que a Lei Fundamental alemã de 1949, que abrigou o referencial teórico da Revolução Francesa (igualdade, liberdade e fraternidade), estaria sofrendo questionamentos em razão de um novo paradigma constitucional, cujos ideais seriam a “segurança, a diversidade e a solidariedade”. Para o autor, estes novos ideais ampliam e modificam os tradicionais, de maneira que, no lugar da fraternidade, teríamos a solidariedade, a diversidade sucederia à igualdade, e o que nos interessa (e espanta) mais, a segurança ao invés da liberdade³⁹⁶.

Não nos interessando para o presente trabalho a polêmica no que se refere à diversidade e solidariedade, o fato é que não é possível deixar de enxergar (e comentar) que a mudança de paradigma “liberdade” para “segurança” traduz-se em uma redução do valor liberdade e é uma amplificação do poder punitivo estatal³⁹⁷. Ocorreria, neste caso, verdadeiramente uma negação de direitos fundamentais e uma inversão dos postulados do Estado Democrático de Direito, no qual a liberdade é um valor insubstituível e inerente à própria dignidade³⁹⁸.

O fato é que o liberalismo, concebido como a imposição de um Estado mínimo, tendo como instrumental a “cultura do perigo”, a cultura do medo, se transforma em combustível ou mola propulsora que expande o poder punitivo estatal. Este fenômeno mostra-se ainda mais preocupante em países que, como o Brasil, nunca vivenciaram um

³⁹⁴ KARAM, Maria Lúcia. *Escritos sobre a Liberdade*. Volumes de I a VII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

³⁹⁵ KARAM, *Escritos...* Op. cit, vol. I, p. 4-5.

³⁹⁶ DENNINGER, Erhard: “*Security, Diversity, Solidarity*” instead of “*Freedom, Equality, Fraternity*”. Tradução: Christopher Long e William E. Scheuerman. In *Constellations*, Volume 7, nº 4, Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000, p. 509

³⁹⁷ Neste sentido AMARAL, Thiago Bottino do. A segurança como princípio fundamental e seus reflexos no sistema punitivo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 799, 10 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7269>>. Acesso em: 02 nov. 2009.

³⁹⁸ KARAM, *Escritos...* Op. cit, vol. I, p. 6.

efetivo Estado-providência, e em que os níveis de exclusão e miséria são muito elevados.

No resto do mundo, a cultura do medo se ampliou significativamente após o atentado de 11 de setembro de 2001, e, desde então, o medo, de forma mais veemente vem inspirando as reflexões e produções do direito em todo o mundo. Nos países “em desenvolvimento” como o Brasil, temos a violência urbana desenfreada a semear o medo; no mundo desenvolvido, o terrorismo é o grande cultivador do medo.

A cultura do medo e o anseio por segurança geram uma espécie de cegueira que não permite enxergar que o controle social exercido pelo sistema penal marcado pelo agigantamento do poder punitivo, é um autoritarismo *cool*, na expressão cunhada por Zaffaroni, ou seja, um autoritarismo que convive no seio das democracias, disfarçado nas estruturas formais do Estado de Direito³⁹⁹. Este medo e sede de segurança arrancam aplausos e aprovação aos avanços do poder punitivo em detrimento da liberdade⁴⁰⁰.

Do exposto, falar de liberdade impõe registrar a necessidade de resgatar o “desejo por liberdade” em detrimento do “medo”, da cultura do risco. Significa pensar no fato de que não será com o sacrifício de direitos fundamentais que se logrará a almejada tranquilidade e segurança. Falar de liberdade implica também o desejo por igualdade, por conseguinte, um resgate do Estado-providência, ou seja, um Estado que não se dispa de suas funções e que seja capaz de promover políticas públicas de inclusão, de distribuição de riquezas, de políticas que assegurem a dignidade humana, através das garantias do mínimo existencial, que tornem acessíveis a educação, a saúde o trabalho.

Afinal, como adverte Maurer, *a dignidade não pode ser compreendida sem a liberdade, nem a liberdade sem a dignidade*⁴⁰¹, de forma que falar em liberdade e

³⁹⁹ A cultura do medo no Brasil tem longa data. Vera Malaguitti Batista traz notas históricas da transição do Império para a República quanto o medo já se encontra presente no discurso e no imaginário da sociedade brasileira escravocrata do século XIX e arremata: “O medo da desordem dispara entre os conservadores a retórica da restrição de direitos e da *impunidade*. Manter a escravidão bem comportada implica na adesão ao velho dogma inquisitorial que tem na *pena* a solução para conflitos sociais” (BATISTA, *O Medo...* Op. cit., p. 186).

⁴⁰⁰ KARAM, *Escritos...* Op. cit., vol. I, p. 13-14.

⁴⁰¹ MAURER. *Notas...* Op. cit., p. 132.

Estado mínimo que não assegure nada ao ser humano, que não o braço forte do direito de punir, é uma contradição do liberalismo.

O retorno ao desejo de liberdade exige que deixemos de lado o pragmatismo e o imediatismo e que aprendamos a conviver com o mal-estar gerado pela vida em comum e, a partir de então, poder superá-los com integração, diversamente da exclusão, da intolerância e da marginalização⁴⁰².

Para tanto, é preciso acender as chamas, não das fogueiras da inquisição, mas das tochas que iluminaram as noites dos que dançavam o jongo nos quilombos, que iluminaram os rumos dos que marcharam de Marselha a Paris em busca de liberdade, igualdade e fraternidade. Sem esta réplica de resistência, tudo será vida nua, o domínio do biopoder sobre o corpo e o da biopolítica sobre a vida farão do Estado algo verdadeiramente insuportável.

⁴⁰² KARAM, *Escritos...* Op. cit, vol. I, p. 47.

I. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO PENAL

1.1Direitos Fundamentais

Certa feita Norberto Bobbio⁴⁰³ fora indagado sobre três problemas característicos da atualidade, a saber: o aumento cada vez maior e incontrolável da população, o aumento rápido e incontrolável da degradação ambiental e o aumento rápido, incontrolável e insensato do poder destrutivo dos armamentos. A indagação consistiu especificamente em saber se diante de tamanhos tormentos ele via algum sinal positivo.

Respondeu Bobbio, positivamente, afirmando que ao menos um sinal positivo era possível vislumbrar e referiu-se ao crescimento da importância dada nos debates internacionais, nos setores da cultura e da política, através de seminários, estudos e conferências governamentais, ao problema do reconhecimento dos “direitos do homem”.

Juliana Valenzuela⁴⁰⁴ se coloca diante de grande interrogação sobre a capacidade da ética e da lei para que os seres humanos de hoje e do futuro possam ser verdadeiramente donos do processo histórico e técnico-científico, conduzindo-os a metas racionais e humanizadas. A sua própria indagação afirma que deposita sua esperança na força vital do “contrapoder” que representa os valores dos “direitos humanos”. Arremata seu sentimento de esperança lembrando o poeta Friedrich

⁴⁰³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 49.

⁴⁰⁴ VALENZUELA, Juliana González. *Genoma Humano y Dignidad Humana*. Barcelona: Anthropos Editoria, 2005, p. 12.

Hölderlin que em seu hino Patmos afirma “lá onde cresce o perigo, cresce também a salvação”.

Em um mundo dominado pela biopolítica e pelo biopoder, e diante do possível domínio destes também no âmbito do processo penal, através das intervenções corporais, seja no campo da prova, seja no das medidas cautelares pessoais, os direitos fundamentais, como réplica e contrapoder, mostram-se como um signo de esperança, embora saibamos que o direito por si só não é capaz de deter a violência e dignificar o homem com bem indicou Agamben⁴⁰⁵.

Cumprir dizer que o estudo dos direitos fundamentais mostra-se indispensável a nossa investigação, já que as intervenções corporais chegam mesmo a serem conceituadas como “medidas restritivas de direitos fundamentais”, ou seja, como ingerências sobre o corpo, que limitam direitos fundamentais⁴⁰⁶.

A aposta de salvação da humanidade e do mundo, a esperança que poderemos nutrir de vivermos e deixarmos viver as futuras gerações, como bem indicado pelos autores acima referidos, são os direitos humanos e ao estudarmos as intervenções corporais, estaremos no fundo nos ocupando com uma dimensão destes. Cabe então formar um consenso semântico, já que ora encontramos a expressão direitos humanos, noutras direitos dos homens e ainda direitos fundamentais, como pode ser visto nos parágrafos anteriores e no título do capítulo, para além de tantas outras passagens no prólogo.

1.1.1 Questão conceitual: direitos fundamentais, direitos do homem e direitos humanos.

Os termos direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais normalmente são utilizados como sinônimos, por tal razão não tivemos até agora, preocupação com a terminologia, e utilizamos, indistintamente, ambos os termos, além de outros, como direitos do homem. Cabe dizer que tal questão, ao menos para nós, não é essencial e não merece maiores digressões, cabendo apenas o registro a título de

⁴⁰⁵ Este aspecto foi desenvolvido no prólogo para onde remetemos o leitor.

⁴⁰⁶ EVANGELIO, Ángela Matallín. *Intervenciones Corporales Ilícitas: Tutela Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 15.

esclarecimento, sem embargos de no futuro voltarmos a utilizar de forma indistinta os termos, até mesmo para melhor fluidez redacional e composição estética do texto, pois como se diz, a *terminologia é o momento poético do pensamento*⁴⁰⁷.

Esta despreocupação com o uso dos termos se deve ao fato de que grande parte das constituições liberais e democráticas positivaram importantes direitos que poderiam ser tidos como naturais, bem como outros tantos que já estavam positivados em documentos internacionais, de forma que atualmente existe grande coincidência prática entre os termos.

A distinção que se faz no âmbito doutrinário é que a expressão **direitos fundamentais** se aplica para os direitos do ser humano reconhecidos e positivados no âmbito constitucional⁴⁰⁸ de determinado Estado, ao passo que a expressão **direitos do homem** tem uma feição mais jusnaturalista, como direitos universais, válidos para todos os povos e em todos os tempos⁴⁰⁹. Por sua vez, os chamados **direitos humanos** estão relacionados a documentos de direito internacional, o que atrai um cariz mais universal, vez que se trata de direitos válidos para todos os povos, com caráter supranacional, ou seja, protegem o ser humano independentemente de sua vinculação a qualquer Estado ou a qualquer ordem constitucional⁴¹⁰.

Outra distinção, que menos nos interessa, é entre **direitos do homem e direitos do cidadão**. Os primeiros, como já dito, pertencem ao homem como tal, são, portanto, universais, já os segundos pertencem aos homens na qualidade de seres sociais, como indivíduos na sociedade. Os **direitos do homem** são associados aos chamados **direitos naturais**, ou seja, inerentes aos seres humanos e anteriores a qualquer contrato social⁴¹¹.

⁴⁰⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução: Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 15

⁴⁰⁸ Neste sentido a doutrina e a jurisprudência na Espanha: “Nuestro Tribunal Constitucional parte, sin embargo, de una noción restringida de los derechos fundamentales, considerando tales, desde una perspectiva meramente positiva, los recogidos en la Sección 1ª, del capítulo II, Título I de la Constitución Española vigente”. (HERNÁNDEZ, *Intervenciones Corporales...* Op. cit., p. 14.)

⁴⁰⁹ CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 393.

⁴¹⁰ SARLET, *A Eficácia...* Op. cit., p. 36.

⁴¹¹ CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 394.

Em que pese haver na doutrina algumas variações em relação a esta distinção⁴¹², podemos, até por fins didáticos e em observância aos objetivos da presente investigação, nos dar por satisfeitos com as notas ora apresentadas. Em síntese, podemos conceituar⁴¹³:

1. Direitos do homem, como direitos naturais ainda não positivados.
2. Direitos humanos são positivados na esfera do direito internacional.
3. Direitos fundamentais são os direitos reconhecidos e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado.

1.1.2 História e dimensões dos Direitos Fundamentais

Através da sistematização conceitual referida anteriormente, já é possível fazer um esboço tanto das dimensões como da história dos direitos fundamentais. Neste sentido podemos ver nos direitos fundamentais uma dimensão jusnaturalista, uma dimensão constitucional e uma dimensão universalista ou internacional⁴¹⁴.

Desta maneira, podemos associar a história dos direitos fundamentais à história dos direitos do homem e dos direitos humanos. Antes dos direitos fundamentais ingressarem no ordenamento jurídico, fizeram parte do pensamento dos homens, pelo que se pode dizer que os direitos fundamentais são, em certo sentido, uma evolução histórica dos chamados direitos naturais, ou que os direitos naturais seriam a pré-história dos direitos fundamentais⁴¹⁵. Desta forma, podem-se associar as origens dos direitos fundamentais ao pensamento estóico, pois já nesse período viam em todos os homens - independentemente de serem cidadãos - a mesma dignidade. Há certa resistência em se conceber nesse período a idéia de direito dos homens em razão da

⁴¹² Vale registrar como exemplo a sistematização apresentada pelo professor Jorge Miranda que embora muito semelhante apresenta alguns traços distintos, vale conferir: MIRANDA, *Manual...* Op. cit., p. 51-55.

⁴¹³ Com a mesma classificação: SARLET, *A Eficácia...* Op. cit., p. 36-37.

⁴¹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 15.

⁴¹⁵ SARLET, *A Eficácia...* Op. cit., p. 45.

escravidão que vigorava na época, não obstante, é nesse contexto que residem as raízes do humanismo⁴¹⁶.

Como adverte Bobbio, caso não se queira retornar aos estóicos, o nascimento através das teorias filosóficas é evidente, mormente através da obra de John Locke, que já afirmava que o verdadeiro estado do homem é o estado de natureza, no qual os homens são livres e iguais, e sendo o estado civil uma artificialidade, deve propiciar, assim, o mais amplo gozo da liberdade e igualdade naturais⁴¹⁷. Ademais, as concepções de Kant podem ser consideradas como marco conclusivo da primeira fase da história dos direitos do homem, que culmina com as Declarações de Direito, quando eles deixam de ser uma enunciação filosófica (*sine imperio*) para serem enunciados dos detentores do poder (*cum imperio*)⁴¹⁸.

Com esta dimensão natural encontra-se um núcleo mais restrito de direitos fundamentais, que decorre diretamente da dignidade humana, como o direito à vida e à liberdade. Esta sedimentação dos direitos naturais vai ganhar força com o cristianismo, notadamente na idade média, sob a influência da escolástica e com a concepção de que os homens, criados à imagem e semelhança de Deus, são dotados da mesma dignidade.

Na perspectiva de sedimentação, embora alguns autores não valorizem tanto a Magna Charta de 1215 como um importante referencial na construção histórica dos direitos fundamentais, em razão de se tratar de pacto de domínio, no qual o Rei, através de compromissos concretos, se obrigava a respeitar direitos e liberdades⁴¹⁹, temos que este documento, até por ter sido confirmado por sucessivos reis e ter se transformado na “lei fundamental” inglesa, bem como ter sido importante marco de consagração de princípios hoje positivados como o *due process of law*, traduz-se em notável contribuição na caminhada de inscrição dos direitos fundamentais no mundo.

A primazia do indivíduo sobre o Estado surge mesmo com o contratualismo, que tem por base a liberdade política e as liberdades individuais. Estas ideias foram relevantes na abertura do caminho que culminou em dois grandes marcos históricos de

⁴¹⁶ ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 15-17.

⁴¹⁷ BOBBIO, *A Era...* Op. cit., p. 28-29.

⁴¹⁸ BOBBIO, *A Era...* Op. cit., p. 73-74.

⁴¹⁹ ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 20.

consagração dos direitos fundamentais, a saber: a Revolução Francesa e a Revolução Americana.

As conquistas de direitos dos ingleses durante o século XVII pelas revoluções Puritana e Gloriosa, que permitiram a sucessiva cristalização de importantes aspectos das liberdades, como o *Habeas Corpus Act* (1679), o direito de petição e a vedação de tribunais de exceção expressos no *Bill of Rights* (1689), ecoaram nas colônias e floresceram na Revolução americana como direitos dos homens expressos nas Declarações de Direitos dos Estados, destacadamente a Declaração de Direito do Povo da Virgínia (1776) e mais tarde na Constituição Federal (1787).

Em seguida a Revolução Francesa foi radical e decisiva na afirmação jurídica dos direitos fundamentais através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que proclamou como essenciais ao Estado Constitucional a garantia dos direitos fundamentais e a separação dos poderes (art. 16).

Com efeito, o ideário da limitação do poder, através da doutrina da separação dos poderes, passou a andar lado a lado com o intuito de proteção aos direitos e liberdades individuais, e destacamos aqui, mais uma vez, a associação entre liberdade e poder, já referidos anteriormente.

É bem verdade que a efetiva limitação ao poder só vai aparecer com a inscrição dos direitos dos homens no quadro constitucional, ou seja, com a positivação constitucional dos direitos. Por força desta concepção filosófica e inspiradas no art. 16º da Declaração de 1789, grande parte das Constituições - pelo mundo - passaram a agasalhar os direitos fundamentais. Curiosamente, a França manteve os direitos fundamentais fora do texto constitucional, quiçá para evidenciar sua natureza supra-constitucional⁴²⁰.

Portugal também passou por evolução semelhante, reconhecendo primeiramente direitos estamentais, seguindo com a influência das revoluções liberais, até o advento da Constituição de 1822, que expressamente dispõe sobre direitos e deveres individuais dos portugueses, com nítida influência, neste particular, da Declaração Francesa de

⁴²⁰ ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 23.

1793. A partir de então, as demais Constituições monárquicas seguem evoluindo na consolidação e expansão das liberdades, em que pesem algumas compressões como a de 1826, Constituição na qual os direitos e garantias foram relegados para o fim. Já a Constituição republicana de 1911 reacende a inspiração da Primeira Revolução Francesa, tendo notas mais igualitárias. A Constituição de 1933 já seguiu tendência autoritária e, por fim, a Constituição de 1976, com traços típicos do pós-guerra, deu solidez à proteção das liberdades, com nítida feição liberal e democrática, acolhendo também importantes garantias sociais⁴²¹.

No Brasil, a história de positivação dos direitos fundamentais também começou cedo. Já a Constituição do Império de 1824, positivou direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva.

A Constituição de 1891 tinha como abre alas a Seção II do Título IV, com uma Declaração de Direitos que assegura a inviolabilidade da liberdade, da segurança e da propriedade (art. 72 e parágrafos).

A partir da Constituição de 1934, as demais Constituições⁴²² sempre dedicaram um título específico para os direitos e garantias individuais, com exceção da Carta Ditatorial de 1937, marcada pelo desrespeito aos direitos do homem, destacadamente os políticos.

Mesmo as Constituições do período de ditadura militar no Brasil, ao menos formalmente, reconheciam os direitos dos homens, não obstante tal período ter sido marcado pelas maiores atrocidades em termos de violações de liberdades individuais, o que realça as teses de Agamben sobre o estado de exceção permanente e sobre a convivência da barbárie política como um rio subterrâneo no seio do Estado de Direito, como muito destacamos no prólogo.

⁴²¹ ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 24-25.

⁴²² Constituições de 1946, 1967(emendada em 1969) e 1988. A emenda Constitucional n. 01 de 1969, teórica e tecnicamente não era verdadeiramente uma emenda e sim uma nova Constituição, vez que se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pelo nome, que passou de Constituição do Brasil para “Constituição da República Federativa do Brasil” (SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 86-87).

A Constituição de 1988, com feição moderna, tem como abre alas, o Título “Dos Princípios Fundamentais”, no qual registra logo em seu art. 1º, inc. III *a dignidade da pessoa humana* e em seguida, em seu Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Além desta positivação dos direitos fundamentais, podemos registrar, ainda, a inscrição daqueles antigos direitos naturais, para além de outros, em importantes documentos internacionais, destacando-se, assim, como direitos humanos. Vale ilustrar referindo:

Carta das Nações Unidas de 26 de junho de 1945; Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948; Convenção Européia dos Direitos Humanos de 1950; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966; Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica); Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981 (Carta de Banjul) etc.

Destarte, fica bem ilustrada a afirmação de Bobbio no sentido de que a história da formação das declarações de direitos pode ser sistematizada em três fases: a primeira quando nasce nas ideias dos teóricos e filósofos; a segunda quando é positivada pelo legislador e a terceira quando ganha universalidade⁴²³.

Adiante, o filósofo italiano ainda nos dá outro contributo afirmando que, para além da positivação, generalização e internacionalização, os direitos fundamentais na atualidade vivem um processo de especificação. Não se protege tão só um “homem” abstrato ou um “cidadão”, mas a cada dia especifica-se mais o titular, seja em razão do gênero, das fases da vida ou em razão das diferenças entre estados normais e excepcionais da existência humana. Daí a especial proteção que, por vezes, socorre as mulheres, as crianças, os idosos, os doentes e os deficientes⁴²⁴.

Diante desta contextualização, cabe então trazer à colação a clássica definição de muito difundida por Bobbio, no que tange às gerações dos direitos⁴²⁵. Antes, porém

⁴²³ BOBBIO, *A Era...* Op. cit., p. 28-30.

⁴²⁴ BOBBIO, *A Era...* Op. cit., p. 62-63.

⁴²⁵ BOBBIO, *A Era...* Op. cit., p. 5.

cabem duas notas, uma sobre a questão terminológica e outra sobre o caráter histórico dos direitos fundamentais, bem delineados pelo autor italiano.

Como já destacamos em outra passagem, agora complementamos, a terminologia é o momento poético do pensamento e as escolhas terminológicas nunca são neutras⁴²⁶. O termo “gerações” sofreu algumas críticas doutrinárias⁴²⁷ e vem sendo substituído paulatinamente por “dimensões”. Isto porque, enquanto o termo “geração” dá ideia de sucessão, o que no âmbito dos direitos fundamentais é impensável, a expressão “dimensão” melhor expressa o sentido de que através do processo histórico o manancial de direitos fundamentais vive um processo cumulativo, processo de expansão e complementação.

Destaque-se que há quem sustente que o termo **dimensões** está associado mais a significados ou funções distintas do mesmo direito⁴²⁸ que a grupos de direitos, preferindo alguns autores adotarem a expressão “naipes” ou “famílias”⁴²⁹.

Para nós, a terminologia **dimensões** está mais ligada a funções e significado de um mesmo princípio ou catálogo de princípios. Por outro lado, a palavra **geração** significa “*ato de gerar*”, ou ainda “*conjunto das funções ou fenômenos pelos quais um ser organizado produz outro semelhante*”, ou mesmo “*linhagem, estirpe, ascendência, genealogia*”⁴³⁰. Sendo assim, não vislumbro na palavra geração a ideia de sucessão, tampouco de substituição. As gerações convivem. A palavra geração pode ser lida no sentido de genealogia.

⁴²⁶ AGAMBEN, *Estado...* Op. cit., p. 15.

⁴²⁷ No Brasil um dos primeiros a destacar esta questão terminológica foi o professor Paulo Bonavides e a terminologia vem se impregnando nos escritos mais modernos sobre o tema. Cf.: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p.525.

⁴²⁸ Para nós esta crítica faz certo sentido e inclusive isto fica bem claro quando analisamos em nossa dissertação de mestrado a chamada “tridimensionalidade” da presunção de inocência, quando afirmamos que o mesmo princípio funciona como regra de tratamento, regra de julgamento e regra de garantia (NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006). O mesmo pode ser dito do princípio do Juiz natural, que tem uma “dupla dimensão formal” quando veda os tribunais de exceção e a escolha dos juízes, e uma “dimensão substancial”, que impõe o princípio da identidade física do Juiz (NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 32-33).

⁴²⁹ ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. In Revista de Direito do Trabalho, n. 73, 1988, p. 89-90.

⁴³⁰ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário de Língua Portuguesa*. 3ª edição, Curitiba: Editora Positivo, 2004, p. 978.

Com efeito, quando se fala em direitos de segunda e terceira geração pode-se entender como direitos semelhantes que vieram depois, gerados, inclusive, pelos espaços históricos criados pelos de primeira geração. São linhagens, continuações de direitos e não sucessões ou substituições.

Por esta razão, e também em homenagem a precisão de Bobbio e, de certo modo, por apego a tradição, preferimos usar a expressão “gerações” ao invés de “dimensões”. De toda forma, o dissenso é meramente terminológico, pois praticamente não se discute a existência e o conteúdo das três gerações de direitos, destacando-se também já existir quem sustente outras gerações para além das três⁴³¹.

A segunda nota que nos cumpre fazer, como anunciado anteriormente, diz respeito à consideração de Bobbio sobre a natureza histórica dos direitos fundamentais⁴³². Afirmo o autor que os “direitos do homem” *são direitos históricos, que emergem gradualmente de lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem*. Destaca, ainda, a importância de se aperfeiçoar continuamente o conteúdo dos direitos, articulando-os, especificando-os, dando-lhes atualidade, de forma que não fiquem estagnados, cristalizados ou enrijecidos em fórmulas vazias⁴³³.

Por fim, cumpre destacar que esta natureza histórica indicada não nos estimula a uma discussão sobre os fundamentos dos direitos fundamentais, pois comungamos da concepção de Bobbio, quando alerta que *o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político*⁴³⁴.

⁴³¹ BONAVIDES, *Curso...* Op. cit., p. 524. BOBBIO, *A Era...* Op. cit., p. 6. CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 386.

⁴³² “Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, 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” (BOBBIO, *A Era...* Op. cit., p. 5).

⁴³³ BOBBIO, *A Era...* Op. cit., p. 32-34.

⁴³⁴ BOBBIO, *A Era...* Op. cit., p. 24.

1.1.2.1 Direitos de Primeira Geração

Os Direitos Fundamentais, no primeiro momento de sua positivação aparecem como fruto do pensamento liberal do século XVIII, nitidamente individualista, exibindo-se como direitos do indivíduo contra o Estado. Tratava-se de um catálogo de limites que visavam a não intervenção estatal na autonomia do indivíduo, isto é, um leque de limites ao exercício do poder⁴³⁵.

Tais direitos, que correspondiam mais a um dever de abstenção do Estado, foram chamados de liberdades negativas. Neste campo, podemos destacar o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. A estes se agregam ainda as liberdades de expressão, reunião e associação, bem como os direitos de participação política, designadamente o direito de voto.

Podemos inserir ainda nesta categoria algumas garantias processuais como o *due process of law*, o *habeas corpus* e o direito de petição,

Em síntese, embora haja apresentações com conteúdo e significados distintos, poderíamos, com certa segurança, afirmar que estes seriam os chamados direitos de primeira geração.

1.1.2.2 Direitos de Segunda Geração

O liberalismo do século XVIII, com sua força de liberdades negativas e não intervenção do Estado mostrou-se incapaz de responder a sérios problemas decorrentes da forte industrialização. Surge uma nova ordem social marcada pelo crescimento das cidades, ritmo acelerado de vida com baixa qualidade, elevada divisão do trabalho, afloramento das desigualdades sociais, desenvolvimento dos meios de comunicação de massa e fragmentação social em grupos antagônicos.

⁴³⁵ Na doutrina espanhola regista-se: “... no cabe duda de que los derechos fundamentales como limitación al poder estatal son um logro del estado de Derecho...” (HERNÁNDEZ, *Intervenciones Corporales...* Op. cit., p. 12)

Os problemas sociais e econômicos, a crítica do socialismo e os movimentos reivindicatórios fizeram aparecer, paulatinamente, um novo grupo de direitos⁴³⁶.

O liberalismo individualista, marcadamente econômico, não construiu o melhor dos mundos, ao contrário, o cenário é de profundas desigualdades sociais, exploração trabalhadora e maciça degradação da dignidade humana, a ponto de por em causa a “segurança burguesa”.

O Estado agora é compelido a sair de sua esfera de passividade, de não intervenção, conclamado a ter uma postura ativa, prestacional, *Não se cuida mais de liberdade perante o Estado e sim liberdade por meio do Estado*⁴³⁷.

Esta geração de direitos teve seus primeiros sopros de vida na própria Constituição Francesa de 1793 e até mesmo em constituições como a do Brasil de 1824 e da Alemanha de 1849.

Nesta quadra, há também um alargamento das liberdades donde se destaca o direito de greve, a liberdade de escolha profissional e a liberdade sindical como especificação do direito de associação, gerando uma verdadeira zona cinzenta entre os direitos de primeira geração e os chamados direitos de segunda geração ou direitos sociais⁴³⁸.

Em termos claros, os direitos de terceira geração são os chamados direitos sociais, ou direitos às prestações sociais, tais como o direito à assistência social, saúde, educação, trabalho, etc. É o que se chama de liberdades materiais concretas⁴³⁹.

⁴³⁶ Com muita precisão sistematiza Andrade: “O liberalismo, ao absolutizar a liberdade econômica, relegara para o esquecimento ou reprimira os outros componentes da trilogia revolucionária. Mas, as ideias de igualdade e de fraternidade, em parte significativa introduzidas na luta histórica pelo pensamento social cristão e pela crítica marxista e socialista do regime econômico e social do capitalismo, desenvolveram-se, impuseram-se e, harmonizadas com a liberdade fundamental, deram origem a uma “concepção liberal moderna” dos direitos fundamentais que corresponde à realidade hoje vigente nas democracias pluralistas européias, a qual, à falta de melhor designação, ainda vai dando pelo nome de “Estado-de-Direito-Social” (ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 70).

⁴³⁷ SARLET, *A Eficácia...* Op. cit., p. 57. Da mesma forma: ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 59.

⁴³⁸ Sobre o tema escreve Andrade: “Embora sejam por vezes incluídos na designação de direitos sociais, a par dos direitos a prestações, não pode esquecer-se que estamos aqui fundamentalmente perante verdadeiras liberdades – direitos de autonomia, de defesa contra as intromissões do poder – ainda que definidas por critérios predominantemente sociais, por isso mesmo normalmente denominadas *liberdades sociais*” (ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 60).

⁴³⁹ SARLET, *A Eficácia...* Op. cit., p. 57.

Estes direitos sociais se firmam no século XX, especialmente nas Constituições e tratados do segundo pós-guerra. Bonavides afirma que estes direitos – não satisfeitos apenas com a liberdade e a igualdade formal - estão associados ao “princípio da igualdade material”⁴⁴⁰.

1.1.2.3 Direitos de Terceira Geração

Afirma Bobbio que ao lado dos direitos sociais chamados de segunda geração, emergem os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria ainda heterogênea e vaga, donde se destaca o direito de viver num ambiente não poluído. Em nota o autor inclui o direito ao desenvolvimento, à paz internacional, à comunicação, os direitos dos consumidores e arremata com a lição de Celso Lafer de que a titularidade de tais direitos transcende os indivíduos e encarnam em grupos humanos como a família, o povo, a nação e a própria humanidade⁴⁴¹.

Os direitos de terceira geração, chamados de direitos da fraternidade ou de solidariedade, têm por traço distintivo exatamente o fato de que seu titular é a coletividade. São, verdadeiramente, direitos transindividuais, coletivos ou difusos.

A positivação destes direitos ainda não é tão expressiva como as outras gerações, mas encontra-se presente em inúmeras Constituições, como a de Portugal e a do Brasil, além de estarem presentes em muitos tratados internacionais.

Estes direitos surgem principalmente como respostas aos riscos das novas tecnologias, assumindo assim grande relevo o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida⁴⁴².

Para nós, percebemos que o ideário da Revolução Francesa, consagrado na trilogia de liberdade, igualdade e fraternidade, coincide com estas três gerações de direitos, estando a primeira sintetizada na liberdade, a segunda na igualdade (material) e a terceira na fraternidade (ou solidariedade).

⁴⁴⁰ BONAVIDES, *Curso...* Op. cit., p. 518.

⁴⁴¹ BOBBIO, *A Era...* Op. cit., p. 6 e nota número 9.

⁴⁴² SARLETE, *A Eficácia...* Op. cit., p. 59.

Nesta caminha histórica de conquistas, anunciam-se já os chamados direitos de quarta geração.

1.1.2.4 Direitos de Quarta Geração

Para Bobbio, mais uma prova de que os direitos não nascem todos de uma só vez, é o vislumbamento dos chamados direitos de quarta geração. Os direitos nascem quando devem ou quando podem nascer. Os direitos nascem quando cresce o poder do homem sobre o homem – que acompanha irremediavelmente o progresso técnico, ou seja, a capacidade do homem de dominar a natureza e o próprio homem. O direito pode nascer ainda quando se criam novas ameaças à liberdade do indivíduo. Os direitos nascem das demandas pela limitação do poder ou pela necessidade de providências para combater a indigência humana⁴⁴³.

Os riscos decorrentes das pesquisas biológicas que permitem a manipulação do patrimônio genético dos indivíduos apontam para a exigência de direitos de quarta geração. Estes estariam associados aos direitos contra a manipulação genética⁴⁴⁴ para uns ou à necessidade de globalização dos direitos fundamentais, aos direitos à democracia e ao direito ao pluralismo⁴⁴⁵.

Todavia, estes chamados direitos de quarta geração não encontram ainda um grau significativo de positivação, pelo que se diz que se trata, verdadeiramente, de uma visão profética, embora não utópica⁴⁴⁶. Aqui vale destacar que os direitos fundamentais possuem sua pré-história no pensamento dos filósofos para só depois ganharem sua positivação, de forma que, possivelmente, não tardarão serem tais direitos positivados, pois, repita-se, onde nasce o perigo, nasce também a salvação.

1.1.3 Catálogo de Direitos Fundamentais nas Constituições de Portugal e do Brasil

1.1.3.1 Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa

⁴⁴³ BOBBIO, *A Era...* Op. cit., p. 6.

⁴⁴⁴ BOBBIO, *A Era...* Op. cit., p. 6.

⁴⁴⁵ BONAVIDES, *Curso...* Op. cit., p. 524-526.

⁴⁴⁶ SARLETE, *A Eficácia...* Op. cit., p. 61.

(1976)

Quando se fala em direitos fundamentais estamos nos referindo ao *conjunto dos preceitos normativos que definem (positivamente) o estatuto fundamental das pessoas na sociedade política*, ou mesmo buscando designá-los como as *posições jurídicas subjetivas atribuídas aos indivíduos e cidadão por preceitos normativos*⁴⁴⁷. Para Perez Luño (Luño⁴⁴⁸ apud Andrade 2006) trata-se das *faculdades e instituições que concretizam historicamente as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas no ordenamento jurídico positivo*.

A Constituição de Portugal prevê, na Parte I, um catálogo de Direitos donde se destacam a igualdade perante a lei (art. 12º), o acesso à justiça (art. 20º), o direito à vida (art. 24º), o direito à integridade pessoal (art. 25º), o direito à liberdade (art. 27º), a previsão do *habeas corpus* (art. 31º) e o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 34º) dentre inúmeros outros⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 74.

⁴⁴⁸ LUÑO, Perez. *Derechos Humanos, Estado-de-Derecho y Constitución*, 1984, p. 48 e seguintes.

⁴⁴⁹ Na Parte I da Constituição portuguesa encontramos: TÍTULO II - Direitos, liberdades e garantías - CAPÍTULO I -Direitos, liberdades e garantías pessoais -ARTIGO 24.º (Direito à vida) - 1. A vida humana é inviolável. 2. Em caso algum haverá pena de morte.-Artigo 25.º (Direito à integridade pessoal) - 1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável. 2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos. Artigo 26.º (Outros direitos pessoais) - 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. A lei estabelecerá garantías efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. 3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. 4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos. Artigo 27.º (Direito à liberdade e à segurança) - 1. Todos têm direito à liberdade e à segurança. 2. Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança. 3. Exceptua-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes: a) Detenção em flagrante delito; b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos; c) Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão; d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente; e) Sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente; f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente; g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo

Presentes também os chamados direitos de segunda geração, como o direito à saúde e habitação (artigos 64º e 65º) ⁴⁵⁰. Não olvidou a Lei Maior da República de

tempo estritamente necessários; h) Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente. 4. Toda a pessoa privada da liberdade deve ser informada imediatamente e de forma compreensível das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos. 5. A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer. Artigo 28.º - (Prisão preventiva) - 1. A detenção será submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a apreciação judicial, para restituição à liberdade ou imposição de medida de coacção adequada, devendo o juiz conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa. 2. A prisão preventiva tem natureza excepcional, não sendo decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei. 3. A decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação da liberdade deve ser logo comunicada a parente ou pessoa da confiança do detido, por este indicados. 4. A prisão preventiva está sujeita aos prazos estabelecidos na lei. Artigo 31.º (Habeas corpus) - 1. Haverá habeas corpus contra o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal, a requerer perante o tribunal competente. 2. A providência de habeas corpus pode ser requerida pelo próprio ou por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos. 3. O juiz decidirá no prazo de oito dias o pedido de habeas corpus em audiência contraditória. Artigo 32.º (Garantias de processo criminal) 1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso. 2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa. 3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória. 4. Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais. 5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório. 6. A lei define os casos em que, assegurados os direitos de defesa, pode ser dispensada a presença do arguido ou acusado em actos processuais, incluindo a audiência de julgamento. 7. O ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei. 8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. 9. Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior. 10. Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.

⁴⁵⁰ No que tange aos direitos de segunda geração, temos na Constituição de Portugal, na Parte I, dentre outros: TÍTULO III - Direitos e deveres económicos, sociais e culturais - CAPÍTULO I Direitos e deveres económicos - Artigo 58.º - (Direito ao trabalho) - 1. Todos têm direito ao trabalho. 2. Para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover: a) A execução de políticas de pleno emprego; b) A igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais; c) A formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores. - Artigo 59.º (Direitos dos trabalhadores) - 1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito: a) À retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna; b) A organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar; c) A prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde; d) Ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas; e) À assistência material, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego; f) A assistência e justa reparação, quando vítimas de acidente de trabalho ou de doença profissional. 2. Incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito, nomeadamente: a) O estabelecimento e a actualização do salário mínimo

nacional, tendo em conta, entre outros factores, as necessidades dos trabalhadores, o aumento do custo de vida, o nível de desenvolvimento das forças produtivas, as exigências da estabilidade económica e financeira e a acumulação para o desenvolvimento; b) A fixação, a nível nacional, dos limites da duração do trabalho; c) A especial protecção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto, bem como do trabalho dos menores, dos diminuídos e dos que desempenhem actividades particularmente violentas ou em condições insalubres, tóxicas ou perigosas; d) O desenvolvimento sistemático de uma rede de centros de repouso e de férias, em cooperação com organizações sociais; e) A protecção das condições de trabalho e a garantia dos benefícios sociais dos trabalhadores emigrantes; f) A protecção das condições de trabalho dos trabalhadores-estudantes. 3. Os salários gozam de garantias especiais, nos termos da lei. (...) - Artigo 63.º (Segurança social e solidariedade) - 1. Todos têm direito à segurança social. 2. Incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado, com a participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários. 3. O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho. 4. Todo o tempo de trabalho contribui, nos termos da lei, para o cálculo das pensões de velhice e invalidez, independentemente do sector de actividade em que tiver sido prestado. 5. O Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a actividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, com vista à prossecução de objectivos de solidariedade social consignados, nomeadamente, neste artigo, na alínea b) do n.º 2 do artigo 67.º, no artigo 69.º, na alínea e) do n.º 1 do artigo 70.º e nos artigos 71.º e 72.º - Artigo 64.º (Saúde) - 1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover. 2. O direito à protecção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito; b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável. 3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação; b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde; c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos; d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade; e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico; f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência. 4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada. Artigo 65.º (Habitação e urbanismo) - 1. Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar. 2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado: a) Programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social; b) Promover, em colaboração com as regiões autónomas e com as autarquias locais, a construção de habitações económicas e sociais; c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada; d) Incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respectivos problemas habitacionais e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução. 3. O Estado adoptará uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria. 4. O Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais definem as regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos, designadamente através de instrumentos de planeamento, no quadro das leis respeitantes ao ordenamento do território e ao urbanismo, e procedem às expropriações dos solos que se revelem necessárias à satisfação de fins de utilidade pública urbanística. 5. É garantida a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território.

Portugal os direitos de terceira geração, como o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida (art. 66º) ⁴⁵¹.

Ocorre que o campo material dos direitos fundamentais não se limita ao referido catálogo. Ao menos é o que indica o n. 1 do artigo 16º da Constituição da República Portuguesa de 1976, ao dispor que *os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional*. Disto decorre que existem direitos fundamentais em leis ordinárias⁴⁵² ou em normas internacionais⁴⁵³, bem como disseminados em outras partes da própria Constituição portuguesa⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ Artigo 66º - (Ambiente e qualidade de vida) 1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. 2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem; c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações; e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas; f) Promover a integração de objectivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial; g) Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente; h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida.

⁴⁵² “Como exemplo de direitos fundamentais contidos em leis ordinárias, apontavam-se os direitos da personalidade consagrados no Código Civil, designadamente o direito geral da personalidade (artigo 70º), o direito ao nome (artigo 72º) e o direito à imagem (artigo 79º), que não estavam especificamente protegidos no texto da Constituição” (ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 86).

⁴⁵³ “Os direitos fundamentais internacionais serão os contidos nos pactos e convenções e ainda os que constem de regras de direito internacional geral ou comum” e em nota o autor esclarece: “Será o caso do direito de livre circulação e dos direitos de cidadania europeia (depois do Tratado de Amesterdão), e era, até à revisão de 1997, o caso do direito a um julgamento equitativo e num prazo razoável (actualmente previsto no n.º 4 do artigo 20º)” (ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 89 e nota 39).

⁴⁵⁴ “Esse parece ser o sentido do n. 1 do art. 16º (...). Daqui se depreende directamente que é possível a existência de outros “direitos fundamentais” em leis ordinárias ou em normas internacionais; e ainda, por maioria de razão, que pode haver direitos previstos em preceitos constantes de outras partes da Constituição que devam ser considerados como direitos fundamentais (...). Assim, serão direitos fundamentais formalmente constitucionais fora do catálogo, por exemplo, o direito de não pagar impostos inconstitucionais ou ilegais liquidados e cobrados (artigo 103º, n. 3); os direitos de participação política consagrados nos artigos 122º, 124º, n. 1, e 239º, n. 4 (direito de apresentação de candidaturas nas eleições presidenciais e locais), bem como, pelo menos *em alguns dos seus aspectos*: a liberdade de propaganda eleitoral (artigo 113º, n. 3, alínea a)); os direitos e garantias dos administrados previstos no artigo 268º; os direitos dos funcionários estabelecidos nos n.ºs. 2 e 3 do artigo 269º e no n.º 3 do artigo 271º; e o direito dos trabalhadores referido no n.º 7 do artigo 276º.” (ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 75 e 84).

Percebe-se, desta forma, que o constituinte criou um sistema aberto de direitos fundamentais, ou seja, adotou-se a forma de “cláusula aberta” ao invés de um sistema de tipicidade. Jorge Miranda adverte que admitir que os direitos fundamentais fossem apenas aqueles que a Constituição - que é a expressão de certo e determinado regime político - assim definisse, estaríamos por consagrar de forma insuficiente os direitos fundamentais, permitindo, quiçá, violação a tais direitos, como à vida, à liberdade de crença ou de participação na vida pública, já que estes, em um dado regime político, poderiam ser considerados desprezíveis, como bem ilustraram os exemplos na Europa dos anos 30 e 80. Daí decorre o perigo de ver as coisas sob a ótica de um positivismo cego⁴⁵⁵.

Sob esta ótica, andou bem a Constituição portuguesa não prevendo um elenco taxativo de direitos fundamentais, e embora não se possa dizer, em rigor, que o catálogo é exemplificativo, está-se diante de evidente enumeração aberta. Tal técnica, ao contrário de ser novidade, é encontrada na Constituição dos Estados Unidos, que traz a emenda número nove, considerada a primeira e mais importante cláusula aberta. Não se deve se descuidar que estamos nos referindo à primeira Constituição moderna, que é tida como modelo histórico de Constituição liberal⁴⁵⁶.

Diante de tal quadro de abertura impõe-se adotar um critério material a ser utilizado para identificar os direitos fundamentais, que não estejam expressos no catálogo da Parte I da Constituição portuguesa⁴⁵⁷.

Jorge Miranda⁴⁵⁸ destaca que os direitos fundamentais serão apenas aqueles que pela afinidade ou pela sua fundamentalidade, extraída pela conjugação com os direitos

⁴⁵⁵ MIRANDA, *Manual...* Op. cit., p. 9.

⁴⁵⁶ MIRANDA, *Manual...* Op. cit., p. 162-163.

⁴⁵⁷ Não nos interessa para os limites da presente investigação a distinção entre direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material, pois nos inclinamos a pensar como Jorge Miranda, *verbis*: “todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material. Mas há direitos fundamentais em sentido material para além deles” (MIRANDA, *Manual*, Op. cit., p. 9). Não custa, todavia, registrar certa discórdia sobre o tema, já que para Andrade os preceitos que não contenham direitos fundamentais em sentido material não estão cobertos pelo regime próprio dos direitos fundamentais, e sim recebem o tratamento “normal” dos princípios e normas constitucionais, não residindo a distinção, desta forma, no campo meramente acadêmico (ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 79).

⁴⁵⁸ MIRANDA, *Manual...* Op. cit., p. 168.

fundamentais formais e pela natureza análoga a estes ou por decorrerem imediatamente de princípios constitucionais, acabam por se situarem a nível da Constituição material⁴⁵⁹.

Andrade apresenta um tríplice critério⁴⁶⁰. Para o autor, primeiro é preciso definir o radical subjetivo, pois o núcleo estrutural da matéria dos direitos fundamentais consiste no fato de ser constituído por posições jurídicas subjetivas consideradas fundamentais e atribuídas a todos os indivíduos ou categorias de indivíduos.

Em seguida deve se ter em foco a função dos preceitos de direitos fundamentais, que é a proteção de bens jurídicos das pessoas ou certo conteúdo de suas relações ou posições na sociedade, considerados essenciais ou primários.

Por fim, há que se ter em mente uma intenção específica que justifique sua primariedade, a saber: a ideia de homem extraída da consciência universal ao longo dos tempos, que finca raízes na cultura formadora das sociedades, de forma a refletir na constituição do Estado, o que se traduz juridicamente no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta linha, o princípio da dignidade humana atua como um farol, como um norte a indicar os direitos fundamentais para além das fronteiras do texto constitucional. A dignidade humana está na base do estatuto jurídico do indivíduo e ela é quem dá unidade de sentido aos direitos fundamentais. Os bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais só ganham sentido quando considerado o seu destinatário, ou seja, o homem, independente de seus atos ou seus atributos. É a dignidade humana possibilitando a coerência na aplicação e interpretação dos direitos fundamentais, fazendo deles um verdadeiro sistema ou ordem, pluralista, aberta, cultural, histórica e positiva⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ “Entende-se por **constituição material**, seguindo as sugestões de uma cultura constitucional fortemente radicada – a italiana – o conjunto de fins e valores constitutivos do princípio efectivo da unidade e permanência de um ordenamento jurídico (dimensão objectiva), e o conjunto de força políticas e sociais (dimensão subjectiva) que exprimem esses fins ou valores, assegurando a estes a respectiva prossecução e concretização, algumas vezes para além da própria constituição escrita” (CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 1139).

⁴⁶⁰ ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 82-83.

⁴⁶¹ ANDRADE. *Os Direitos...* Op. cit., p. 101-108.

1.1.3.2 Direitos Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Após longo período de trevas, o Brasil, no final da década de setenta e início da década de oitenta, passa a respirar novos ares, começa a se untar com luz em forma de liberdade. Em 1985 o presidente que assumiu após eleições indiretas, envia ao Congresso Nacional proposta de emenda Constitucional que aprovada convoca a Assembléia Nacional Constituinte, fazendo nascer a chamada “Constituição Cidadã de 1988”.

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe algumas inovações em tema de direitos fundamentais, já que estes ganharam relevância e destaque singular na histórica constitucional brasileira. Fruto de amplo debate, sob os auspícios de uma redemocratização, após longo período de ditadura militar, surge um manancial de liberdade à ordem jurídica nacional, marcada por seu cariz analítico⁴⁶², pelo pluralismo e seu cunho programático e dirigente.

Após apresentar os Princípios Fundamentais da República, o constituinte põe em destaque, logo em seguida, os direitos fundamentais, e pela primeira vez dispõe expressamente que estes terão eficácia e aplicabilidade imediata (art. 5º §1º), dando a estes um toque jurídico diferenciado, incluindo-os ainda dentre as chamadas “cláusulas pétreas”, ou seja, fazendo parte de um núcleo imodificável da Constituição (art. 60, §4º).

Dada a coerência do elenco de direitos fundamentais, que encontra unidade no princípio da dignidade humana, bem como as peculiaridades relativamente à eficácia (art. 5º, §1º) e ao pertencimento às cláusulas pétreas, que lhes conferem especial proteção, pode-se dizer que os direitos fundamentais formam um verdadeiro sistema no seio de nossa Lei Fundamental.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta um extenso catálogo de direitos fundamentais, a semelhança do que ocorre com Constituição

⁴⁶² FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 66-67.

Portuguesa, iniciando pelas garantias individuais⁴⁶³, onde se encontram direitos afetos às liberdades públicas e à igualdade, bem como o direito à vida e à propriedade.

⁴⁶³ TÍTULO II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais - CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado; XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado; XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; (...); XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; XXX - é garantido o direito de herança; XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do "de cujus";

Encontramos no mesmo âmbito garantias individuais restritivas do direito de punir e garantias processuais⁴⁶⁴.

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (...).

⁴⁶⁴ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal; LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário

Em seguida, no capítulo II, prevê a Constituição direitos de segunda e de terceira geração, como os direitos sociais⁴⁶⁵ e ainda direitos difusos, coletivos e transindividuais⁴⁶⁶.

infiel; LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; LXXII - conceder-se-á "habeas-data": a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; (...); LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença; LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito; LXXVII - são gratuitas as ações de "habeas-corpus" e "habeas-data", e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania. LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁴⁶⁵ CAPÍTULO II- DOS DIREITOS SOCIAIS - Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIII - adicional de

Não obstante, este grande e grandioso catálogo de direitos, seguindo a influência de outras Constituições da Europa, destacadamente a Constituição Portuguesa, ao criar o sistema de direitos fundamentais, o fez de forma aberta, isto é, também a atual Constituição do Brasil possui um sistema aberto de direitos fundamentais como se extrai do art. 5º, §2º da CRF⁴⁶⁷.

A doutrina formula crítica a topografia da Constituição do Brasil neste particular, já que, diferentemente da Constituição Portuguesa, que através do art. 16º e 18º, ou seja, no início do catálogo, definiu a abertura do sistema de direitos fundamentais, bem como a sua força normativa, a Constituição Brasileira o fez entre os direitos individuais e coletivos e os direitos sociais, ou seja, no final do artigo 5º, através

remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; XXIV - aposentadoria; XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei; XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social. Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte (...) Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender (...).

⁴⁶⁶ XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

⁴⁶⁷ § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

de parágrafos, sendo certo que tais normas (de abertura e aplicabilidade) regem todo o sistema de direitos fundamentais e não apenas os individuais e coletivos do art. 5º⁴⁶⁸.

A abertura de nosso sistema está definida com a seguinte redação: (§ 2º) *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*. Diferentemente da Constituição Portuguesa, a Constituição do Brasil, ao sair do catálogo, remeteu-nos a própria Constituição (regime e princípios por elas adotados) e aos tratados internacionais, sem fazer referência à lei, enquanto a primeira não deixa expressa a remissão à própria Constituição, mas faz referência também à lei como definidora de direitos fundamentais.

Com efeito, a tradição constitucional brasileira não remete a abertura material dos direitos fundamentais para a legislação infraconstitucional, não se podendo falar desta forma em “direitos fundamentais legais”. Todavia, nada obsta que a lei explicitie direitos fundamentais implícitos⁴⁶⁹ ou decorrentes da Constituição.

Destarte, a abertura material dos direitos fundamentais na Constituição do Brasil, a par da redação do referido §2º do art. 5º, remete para a classificação bem elaborada por Sarlet⁴⁷⁰. Para o autor, há dois grandes grupos, os direitos expressamente positivados (escritos) e os que não foram objeto de previsão expressa pelo direito positivo (não escritos).

Os escritos se subdividem em dois grupos, os direitos formais e materialmente constitucionais positivados na Constituição e os direitos “apenas” materialmente constitucionais previstos nos tratados internacionais.

⁴⁶⁸ Neste sentido: SARLET, *A Eficácia...* Op. cit., p. 81.

⁴⁶⁹ SARLET, *A Eficácia...* Op. cit., p. 103.

⁴⁷⁰ SARLET, *A Eficácia...* Op. cit., p. 102.

Já os não escritos seriam também dois grupos, os direitos fundamentais implícitos⁴⁷¹ (subentendidos nas normas de direitos e garantias fundamentais) e os “decorrentes” do regime e dos princípios da Constituição.

Nota-se desta feita, amplitude da abertura material dos direitos fundamentais, de forma que o critério material de sua definição é matéria de extrema relevância.

O primeiro critério que a doutrina pátria aponta para definir a existência de direito fundamental que se encontre fora do catálogo constitucional, ou seja, que nele não se encontre sequer implicitamente é o da equivalência, ou seja, apenas podem ser considerados direitos fundamentais, para além dos constantes no Título II da Constituição, os que possuem conteúdo e importância equiparáveis – ou análogos, para usar o termo do art. 17º da Constituição Portuguesa – aos direitos previstos no referido catálogo.

O segundo critério, importado da doutrina lusitana, é a exigência de que o conteúdo do direito extra catálogo, esteja fundado no princípio da dignidade humana. Da mesma forma, discute-se no Brasil a adoção do que Vieira Andrade chamou de “radical subjetivo”, aspectos que já foram abordados quando da análise da ordem portuguesa.

Na Constituição do Brasil pode-se indicar como direitos fundamentais fora do catálogo, mas no texto constitucional (formal e materialmente constitucionais), o direito de igualdade de acesso aos cargos públicos (art. 37, I) e o direito à iniciativa popular de lei (art. 61, §2º), dentre outros.

Quanto aos tratados internacionais, embora o texto constitucional tenha se referido apenas a “tratados”, não há razão para interpretação restritiva da qual decorreria a exclusão das convenções e dos pactos. A doutrina se inclina a reconhecer na expressão “tratado” um gênero que abriga diversas espécies, como os pactos e as convenções⁴⁷².

⁴⁷¹ Embora o professor Sarlet em sua classificação adote esta categoria de “direitos implícitos”, o faz inspirado no professor José Afonso da Silva, que por sinal, apresenta classificação distinta. Para José Afonso a classificação se dá através de três grupos, a saber: direitos individuais expressos; direitos individuais implícitos e direitos individuais decorrentes (SILVA, *Curso...* Op. cit., p. 193).

⁴⁷² Neste sentido: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Princípios de Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Ed. UnB, 1981, p. 12.

Os direitos fundamentais previstos tanto em tratados, quanto em pactos e convenções internacionais podem enunciar direitos fundamentais nos termos do art. 5º, §2º da CRF/88.

Ilustra-se muito nesta categoria o direito de recorrer da sentença, o chamado *duplo grau de jurisdição* (art. 8º, item 2, alínea *h*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, 1969 e art. 14, item 5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, 1966). Pode se falar ainda do direito do preso de ser apresentado “sem demora” à autoridade judicial, constante do art. 7º, item 5 do Pacto de São José da Costa Rica.

Antes da Emenda Constitucional 45/2004, poderíamos referir também ao direito à duração razoável do processo (ou julgamento sem dilações indevidas), já constante dos tratados acima referidos e que só ingressou no catálogo Constitucional do Título II através da referida Emenda Constitucional, que introduziu no art. 5º o inciso LXXVIII que dispõe: *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*.

No que tange aos direitos fundamentais previstos em “tratados”, há uma discussão interessante, relativamente ao status jurídicos do ingresso destes direitos no ordenamento jurídico, notadamente em razão do §3º do art. 5º da CRF/88. Indaga-se: os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais estão na mesma posição hierárquica da norma Constitucional, inclusive se beneficiando de proteção como cláusula pétrea e servem de referência para o controle de constitucionalidade, ou estão no mesmo nível das Leis infraconstitucionais, ou ainda estariam entre a Constituição e as Leis?

Comungamos do entendimento no sentido de que os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico se aglutinando à Constituição material e com status equivalente, por força do art. 5º §2º da CRF/88⁴⁷³.

⁴⁷³ Neste sentido: PIOVESAN, Flávia. *Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 89-90. Esta inclusive é a posição dominante da doutrina e em parte significativa da jurisprudência, não sendo, contudo, o entendimento do STF que embora por maioria, insiste em negar a natureza constitucional destas normas, afirmando estarem os tratados abaixo da

Atualmente a discussão ganha maior relevo em razão da introdução do §3º do art. 5º, o qual dispõe que *os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*.

Diante deste novo quadro, indaga-se: então somente os tratados que obtiverem procedimento qualificado das emendas constitucionais é que terão hierarquia constitucional? Teremos então duas espécies de direitos fundamentais oriundos dos tratados? Os que têm hierarquia constitucional por terem processo legislativo qualificado e os que sem este processo integram o ordenamento na esfera infraconstitucional? E como ficam os tratados anteriores à emenda que introduziu o §3º do art. 5º? Por fim, seria o parágrafo §3º do art. 5º inconstitucional por estabelecer limitação aos direitos fundamentais na medida em que dificulta sua incorporação, nos termos do §2º do art. 5º?

Estas são algumas indagações que a doutrina no Brasil tem sido desafiada a responder. Longe de nos enveredarmos sobre estas controvérsias, o que transborda aos intentos da presente investigação, vale a pena alguns registros.

Primeiramente, devemos destacar que a inovação deu-se exatamente com o intuito de reagir à dificuldade que o STF tem demonstrado em reconhecer normatividade constitucional aos tratados. Ocorre que, embora a intenção possa ter sido louvável na direção do fortalecimento dos direitos fundamentais, na prática, dependendo da interpretação que se venha a dar, é possível trazer prejuízos. Pense-se, por exemplo, na hipótese de se afirmar, agora com amparo no §3º do art. 5º, que os tratados internacionais anteriores, não obstante o §2 do art. 5º, não possuem força de norma constitucional, ou seja, não integram a constituição material.

Por outro lado, a toda evidência, o §3º do art. 5º, ao exigir o quorum qualificado, tem o condão de reforçar no plano formal os direitos fundamentais, que passariam a

Constituição e acima das leis conforme se extrai do RE 349703. Assim, seriam eles infraconstitucionais e supralegais. Contudo, o Min. Celso de Mello espousa entendimento no sentido de que os tratados são formalmente constitucionais *ut* HC 90450.

integrar a Constituição formal e materialmente⁴⁷⁴, sem com isso retirar dos direitos fundamentais, que não tiveram ou que não venham a ter este processo legislativo mais rigoroso, a qualidade de direitos fundamentais integrantes da Constituição material e, portanto, hierarquia de norma constitucional, pois interpretação ao contrário deixaria sem sentido a regra do §2º do art. 5º⁴⁷⁵.

Considerando o fato de que sendo vistos os direitos fundamentais como formal e materialmente constitucionais, ou apenas vistos como materialmente constitucionais, possuem a mesma eficácia e aplicabilidade, a mesma natureza e a mesma proteção (§§ 1º e 2º do art. 5º e art. 60, §4º, IV), tudo nos leva a crer que melhor seria se o legislador constituinte derivado não tivesse introduzindo o indigitado §3º ao artigo 5º da Constituição.

Não obstante as dificuldades do tema, acreditamos que o quadro acima seja suficiente para os limites da presente investigação, permitindo razoável visão sobre o sistema de direitos fundamentais nas Constituições do Brasil e de Portugal, o que nos será útil na análise da relação entre as intervenções corporais e os direitos fundamentais em jogo.

1.1.4 Direitos Fundamentais e suas restrições (o problema dos limites)

Os Tribunais não estão apenas a serviço da defesa e proteção dos direitos fundamentais, mais ainda, estão eles próprios, na qualidade de órgãos do poder público, vinculados pelos direitos fundamentais, vinculação esta que se concretiza através do processo justo e da precisa afinação das decisões judiciais aos direitos fundamentais materiais⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ PIOVESAN, *Os Direitos...* Op. cit., p. 96 e seguintes.

⁴⁷⁵ É útil comparar os dois dispositivos para notar que o segundo poderia esvaziar o primeiro, dependendo da interpretação que lhe for dada, *verbis*: § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem outros decorrentes** do regime e dos princípios por ela adotados, **ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte**. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁴⁷⁶ CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 446.

Por outro lado, os Tribunais, através de decisões judiciais, não raro, também produzem intervenções restritivas no campo dos direitos fundamentais. Estas intervenções decorrem (ao menos deveriam decorrer) de restrições constitucionalmente autorizadas. Com frequência, no campo da atividade instrutória em matéria penal, com a chamada “busca da verdade”, exige-se restrições aos direitos fundamentais, o mesmo ocorrendo em relação às medidas cautelares. Ocorrem, então, as denominadas tensões em processo penal⁴⁷⁷. Não temos dúvidas de que as intervenções corporais no processo penal representam as intervenções judiciais, que podem suscitar questões das mais delicadas e sensíveis envolvendo os direitos fundamentais.

Desta forma, o estudo das restrições ou limites aos direitos fundamentais mostra-se, inteiramente, não só oportuno, como necessário à nossa investigação.

Que os direitos fundamentais não são ilimitados⁴⁷⁸ nos parece que a questão já encontra certo consenso⁴⁷⁹ e a admissão dos limites remonta tanto o liberalismo individualista quanto as construções filosóficas dos direitos naturais, partindo-se da inspiração kantiana de que a liberdade deve ser usufruída (e os direitos naturais de forma geral), tendo como limite a mesma liberdade do outro.

Partindo desta premissa, o problema que se põe é de discutir os conteúdos e extensões dessas restrições, bem como distinguir entre elas e as regulamentações, configurações e concretizações.

Primeiramente, cumpre definir por restrições toda a *acção ou omissão estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jusfundamentalmente protegido [...] ou enfraquecendo os deveres e obrigações,*

⁴⁷⁷ Referindo-se as tensões em processo penal, temos: “...se produce una relación conflictiva entre el interés de la comunidad jurídica en la persecución de los delitos y los intereses de los ciudadanos afectados por el procedimiento criminal, en cuyo seno la realización de la pretensión punitiva estatal no puede llevarse a cabo de cualquier manera” (HERNÁNDEZ, *Intervenciones Corporales...* Op. cit., p. 33).

⁴⁷⁸ “...qualquer que seja a justificação ou fundamentação encontrada, as mais elementares necessidades de convivência social apontam para a possibilidade e necessidade de os direitos fundamentais, independentemente das reservas ou ausência de reservas com que os dotou o legislador constituinte, poderem ter de ceder nas situações em que outros bens igualmente dignos de protecção jurídica assim o exijam” (NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 569).

⁴⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 276. ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 283. HERNÁNDEZ, *Intervenciones Corporales...* Op. cit., p. 24.

*em sentido lato, que dele resultem para o Estado, afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental*⁴⁸⁰.

Sobre as restrições surgem duas teorias, a **externa**, para a qual existe o direito sem a restrição e o direito restringido, ou seja, a restrição é uma exigência externa ao direito em si; e de outro lado a **teoria interna**, para a qual não há duas coisas distintas, a saber: o direito e sua restrição, mas apenas uma, ou seja, o direito com seu conteúdo. A idéia de restrição é substituída pela idéia de limite. Não haveria desta forma dúvida sobre a restrição ao direito, mas dúvida sobre o conteúdo do direito, daí a ideia de “restrições imanentes”⁴⁸¹.

A doutrina portuguesa⁴⁸² tende a apresentar como primeiro problema relativamente ao tema exatamente a questão da delimitação do âmbito de protecção constitucional, ou seja, trata-se de um problema de interpretação de normas constitucionais para determinar os “limites imanentes” ou “intrínsecos” de um direito

⁴⁸⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 247.

⁴⁸¹ “Saber se correta é a teoria externa ou a teoria interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser” (ALEXY, *Teoria...* Op. cit., p. 278).

⁴⁸² “Como decorre deste sumário, não adoptamos como modelo a já referida concepção de Alexy, que tem tido algum curso na doutrina alemã e também entre nós, nos termos da qual os preceitos relativos aos direitos fundamentais deveriam ser entendidos como *princípios*, isto é, como consagradores de direitos *prima facie*, que, em definitivo, podem vir a ser limitados, comprimidos, restringidos, ou até sacrificados, segundo critérios de *ponderação* e de *harmonização*, para satisfazer outros valores ou direitos, em situações de conflito” (ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 286. “O discurso do texto deixa entrever algumas mudanças de posição teóricas relativas a posições anteriores. Assim, passou-se a manejar o conceito de “ponderação de bens” como instrumento metódico de investigação e decisão que na tem de estar necessariamente ancorado numa teoria dos valores (*Wertordnung*), aqui decididamente rejeitada, quer no plano histórico quer no plano metodológico (como ordem hierárquica de valores constitucionais). Todavia, o recurso à “ponderação” como instrumento metódico torna-se necessário, uma vez que não só a “dimensão objetiva” de princípios possibilitava a “optimização” de bens jurídico-constitucionais, mas também permitia resolver alguns problemas de limites e conflitos de direitos não reconduzíveis a uma tarefa de concordância prática. A isto acresce o facto de a “ponderação” conduzir a construções juridicamente controláveis não acrescidas do *background* teórico e metódico de uma “teoria reduzida” do *Tatbestand*, ou seja, uma teoria que recorre a restrição do âmbito de protecção para solucionar questões delicadas de limites e colisões. Neste sentido, aproximamo-nos da proposta de R. Alexy, *R. Alexy, Theorie der Grundrechte*, a favor de uma “teoria alargada do *Tatbestand*” e da utilidade da *Abwägung*, sem os arcaísmos filosóficos e metodológicos da *Wernordnung*”. Dá conta ainda o constitucionalista português que a jurisprudência constitucional portuguesa utiliza a ideia de limites imanentes sem, contudo, adotar um *background* teórico e rigor argumentativo (CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 1282-1283).

fundamental⁴⁸³. Há ainda os que entendem que estes limites imanes resultam da ponderação de princípios jurídico-constitucionais que conduzem ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, era própria do âmbito de proteção de um direito fundamental⁴⁸⁴.

O fato é que, se acolhendo um ou outro entendimento, há algo irremediável. Os direitos fundamentais só podem sofrer restrições (ou terem seus limites delineados) por normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais autorizadas por normas constitucionais, neste último caso diz-se que a restrição (ou limite) é indiretamente constitucional⁴⁸⁵.

Adotando a metódica de valorosa doutrina portuguesa⁴⁸⁶, tem-se que o primeiro passo para discutir restrição a direitos fundamentais consiste em definir o “âmbito de proteção” das normas de direitos fundamentais. Em outros termos, é preciso definir quais os bens protegidos pela norma e qual a extensão da proteção. A seguir, há que se verificar se tais bens jurídicos sofrem qualquer restrição expressa estabelecida na própria Constituição (**restrição constitucional expressa**) ou se a Constituição autoriza a lei infraconstitucional a restringir o âmbito de proteção (ou a extensão) do direito já delimitado no primeiro passo (**reserva constitucional de lei restritiva**).

Destarte pode se falar em “três universos de restrições”⁴⁸⁷ de direitos fundamentais. O primeiro refere-se às restrições feitas diretamente pela Constituição (restrições diretamente constitucionais⁴⁸⁸); o segundo as restrições efetuadas por leis infraconstitucionais, todavia, estas decorrem de expressa autorização constitucional para dispor (restringindo) dos direitos fundamentais (restrições indiretamente constitucionais⁴⁸⁹ ou reserva de lei restritiva⁴⁹⁰). No último caso, temos as restrições

⁴⁸³ ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 285.

⁴⁸⁴ CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 1282.

⁴⁸⁵ ALEXY, *Teoria...* Op. cit., p. 286.

⁴⁸⁶ CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 1275.

⁴⁸⁷ CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 450.

⁴⁸⁸ ALEXY, *Teoria...* Op. cit., p. 286.

⁴⁸⁹ ALEXY, *Teoria...* Op. cit., p. 291.

⁴⁹⁰ CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 450.

advindas de leis infraconstitucionais sem autorização expressa na Constituição⁴⁹¹ (restrições não expressamente autorizadas pela Constituição⁴⁹²). Poderíamos chamar, então, de **restrições implicitamente autorizadas pela Constituição** para usar uma expressão semelhante à de Jorge Miranda⁴⁹³.

Alguns associam este último “universo” aos limites imanentes, todavia, com razão adverte Andrade⁴⁹⁴, que *admitir esta concepção dos limites imanentes poderia implicar a sujeição de todos os direitos fundamentais a uma reserva de lei, invertendo-se a hierarquia das normas*. Para o autor a questão se resolve como problema de interpretação⁴⁹⁵ de preceitos que prevêm direitos fundamentais no contexto global da constituição. O interprete deve neste caso verificar se algum preceito constitucional de direito fundamental delimita o domínio protegido de outro direito, para não conduzir a um domínio ou conteúdo intolerável. Em tal caso as leis podem apenas exprimir esta delimitação (previamente feita pela própria Constituição), tudo para assegurar os direitos fundamentais de outros ou valores constitucionais comunitários fundamentais. Desta forma os “limites imanentes” seriam frutos de uma interpretação constitucional.

Repita-se que outros⁴⁹⁶ resolvem a questão através da “ponderação”⁴⁹⁷ de princípios jurídico-constitucionais, que se apresenta como método necessário para a otimização dos bens jurídico-constitucionais e a solução de problemas atinentes aos limites e conflitos de *direitos não reconduzíveis a uma tarefa de concordância prática*, entendimento ao qual aderimos.

⁴⁹¹ Em Espanha a situação mostra-se semelhante vale citar: “Solo ante los limites que la propia Constitución expresamente imponga AL definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infiera al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, pueden ceder los Derechos fundamentales” (HERNÁNDEZ, *Intervenciones Corporales...* Op. cit., p. 24.)

⁴⁹² CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 450.

⁴⁹³ “Forçoso é, pois, aceitar, a existência de restrições implícitas, derivadas também elas da necessidade de salvaguardar ‘outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos’ (...) fundadas não em preceitos, mas sim em princípios constitucionais” (MIRANDA, *Manual...* Op. cit., p. 332).

⁴⁹⁴ ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 296.

⁴⁹⁵ “As restrições – sejam explícitas ou, por maioria de razão, implícitas – apenas podem ser recortadas a partir de uma correcta interpretação objectiva e sistemática da Constituição; pressupõem *reserva de Constituição*; é dentro da Constituição, e não fora dela, que têm de se definir e legitimar” (MIRANDA, *Manual...* Op. cit., p. 333).

⁴⁹⁶ CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 1283.

⁴⁹⁷ Embora com outros contornos, Robert Alexy apresenta a solução da ponderação (ALEXY, *Teoria...* Op. cit., p. 321 e seguintes).

Mas o fato é que todos⁴⁹⁸ se preocupam ou são reticentes com o problema dos chamados “limites ou restrições imanentes”. Isto porque com a possibilidade de se encontrar limites (ou restrições) aos direitos fundamentais sem reserva legal de restrição, assume-se o risco - a pretexto de garantir “direitos dos outros”, ou a atender às “exigências de ordem social” ou “ordem ética” – de se entregar direitos fundamentais na esfera de disponibilidade restritiva ou limitativa do legislador ordinário. Corre-se o risco de um grande retrocesso relativamente à normatividade dos direitos fundamentais, caracterizando um antigiro copernicano de Krüger, ou seja, as leis deixariam de se mover em torno dos direitos fundamentais e estes passariam a se mover no âmbito das leis⁴⁹⁹, em uma inversão inadmissível, que no campo do processo penal, além de tudo, é cruel.

A justificativa para os chamados limites imanentes seria de três ordens: 1) os limites em razão de direitos dos outros; 2) os limites imanentes de ordem social e 3) os limites eticamente imanentes. A questão dos limites em razão de direitos fundamentais de outros se mostra menos complicada, pois se estaria diante de situações concretas e definidas. Os demais limites mostram-se subjetivos, vagos e indeterminados o que incrementa dificuldade em reconhecê-los, daí realmente ser necessária toda preocupação e reticência em relação às limitações que não estejam na Constituição ou por ela expressamente autorizadas. Ademais disso, a ponderação, até por conduzir às construções jurídicas controláveis, mostra-se oportuna como método de solução de colisões ou conflitos e otimização dos princípios constitucionais.

Mesmo para os casos de expressa autorização constitucional para restrição através de lei, coloca-se o problema dos limites desta restrição. Este aspecto está regulado na Constituição Portuguesa, no art. 18º, números 2 e 3⁵⁰⁰, que respectivamente

⁴⁹⁸ Para ilustrar: ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 296-297; e ainda: “Esta posição merece sérias reticências...” (CANOTILHO, *Direitos...* op. cit., p. 1280); “Importa, contudo, considerar, com extremo cuidado, estas restrições para evitar que, a seu pretexto ou a pretexto de visões demasiado subjectivistas ou ideológicas com elas conexas, se vulnere a ordem constitucional dos direitos, liberdades e garantias” (MIRANDA, *Manual...* Op. cit., p. 332-333).

⁴⁹⁹ CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 1280.

⁵⁰⁰ Constituição de Portugal, art. 18º, 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos,

estabelecem como limite a necessidade de salvaguarda outros direitos e interesses Constitucionais e a proteção ao conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Cabe em tão uma breve nota sobre estes pontos, “os limites dos limites” para o desfecho com uma observação sobre leis não restritivas.

1.1.4.1 Requisitos das leis restritivas

Como já se destacou, em Portugal a Constituição estabeleceu expressamente a hipótese de restrição através de lei, nos termos do art. 18º 1 e 2.

A Constituição do Brasil não traz dispositivos semelhantes, o que é objeto de crítica, não obstante, tal omissão não significa que grande parte das reflexões sobre o tema não lhe seja aplicável, pois certo é que a referida Constituição traz em si disposições expressas que autorizam leis restritivas. Para ilustrar, vale citar o inciso XII do art. 5º, que prevê expressamente a possibilidade de restrição por lei da inviolabilidade das comunicações telefônicas para a investigação criminal⁵⁰¹ e, ainda, o inciso LVIII, que autoriza a lei a estabelecer hipóteses de identificação criminal para o civilmente identificado possibilitando, assim, a restrição da referida garantia individual por via de lei⁵⁰².

O primeiro requisito a ser analisado é a definição de reserva de lei. No contexto de Portugal, reserva de lei para fins de restrição de direitos fundamentais, significa lei em sentido formal, ou seja, ato legislativo da Assembléia da República, ou quando a restrição for através de ato do governo, o decreto-lei autorizado deve estar em conformidade com a lei de autorização, formando uma “cadeia ininterrupta de legitimidade legal”⁵⁰³. No caso do Brasil, as leis restritivas também só podem ser fruto do processo legislativo perante o congresso nacional. É impensável a restrição de direitos fundamentais por via de Medida Provisória.

liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

⁵⁰¹ CRF/88, art. 5º, inc. XII: é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

⁵⁰² CRF/88, art. 5º, inc. LVIII: o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses prevista em lei.

⁵⁰³ CANOTILHO, Direito... Op. cit., p. 452-453.

O segundo requisito é que a lei seja genérica e abstrata. A generalidade e abstração decorrem da necessidade de se evitar discriminações e lesão ao princípio da igualdade. Ademais, pode-se mesmo duvidar da natureza da lei particular ou concreta, já que poderia ser considerado verdadeiro abuso legislativo e invasão da esfera da administração, vulnerando a separação dos poderes.

O terceiro requisito seria o da não retroatividade da lei restritiva. Esta irretroatividade abrange, segundo a doutrina, tanto a irretroatividade total ou autêntica como a parcial ou inautêntica⁵⁰⁴. A Constituição do Brasil não possui regra expressa neste sentido. Quanto aborda a irretroatividade o faz relativamente à lei penal que prejudica o réu, sendo a lei penal benéfica retroativa. Por sua vez, as leis processuais são, no sistema brasileiro, dotadas de aplicabilidade imediata ao processo, respeitando-se os atos processuais já realizados. Com isso, a lei processual penal acaba por se aplicar a processos cujo objeto refira-se a fatos anteriores à vigência da lei processual, sendo esta verdadeiramente retrospectiva, para usar uma expressão da doutrina portuguesa.

Não obstante, adotando-se a classificação de José Afonso da Silva, os direitos fundamentais que admitem restrições legais expressamente autorizadas, são normas de eficácia contida (ou contível), ou seja, enquanto não vier lei que efetue a restrição autorizada, o direito ou garantia possui eficácia plena, protegendo de forma ampla o bem jurídico e o indivíduo. Desta forma, a toda evidência, também no Brasil é possível sustentar a irretroatividade (parcial e total) da lei restritiva de direitos fundamentais, em que pese à omissão do constituinte.

O quarto requisito da lei decorre do subprincípio densificador do Estado Democrático de Direito, designado por **princípio da proibição do excesso**⁵⁰⁵. Sob as luzes desse princípio, a lei restritiva de direitos fundamentais deve ser adequada, necessária e proporcional, isto é, deve ser capaz de alcançar os fins colimados pela lei, ao mesmo tempo só será constitucional quando não se puder, por outra forma menos

⁵⁰⁴ MIRANDA, *Manual...* Op. cit., p. 339.

⁵⁰⁵ CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 457.

coativa, alcançar a finalidade (necessidade) e, por fim, não pode ser desproporcional aos fins desejados, tendo justa medida na carga coativa.

Com efeito, o poder de restrição do legislador é vinculado, não podendo os direitos fundamentais ficarem ao alvitre do legislador infraconstitucional.

Desta forma, nota-se que as leis restritivas podem ser submetidas a controle de constitucionalidade formal e material, portanto, devem possuir precisa conformidade formal e material com a Constituição, que é o fundamento de sua validade, nos termos acima colocados.

1.1.4.2 Proteção do conteúdo essencial

A proteção ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais é uma cláusula que aparece na Lei Fundamental Alemã, art. 19, § 2º e que inspirou o art. 18º, 3 da Constituição de Portugal. Na Constituição brasileira não há dispositivo semelhante, nem por tal razão se pode afirmar que tal ordem admitiria a invasão do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. A toda evidência, ao se retirar algo que é da essência esvazia-se e frustra-se a própria existência.

A doutrina alemã apresenta a questão através de dois pares conceituais. As teorias subjetivas e objetivas do conteúdo essencial e as teorias absolutas e relativas.

No que se refere às teorias subjetivas e objetivas a especulação é se o conteúdo essencial deve ser protegido no plano individual, ou seja, diante de uma posição concreta do indivíduo não lhe pode ser esvaziada a proteção do direito fundamental (**teoria subjetiva**), ou se deve ser aferida no plano objetivo, ou seja, da garantia como tal, não podendo se eliminar a garantia geral (**teoria objetiva**).

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha tem se inclinado a garantir o conteúdo essencial relativamente às posições individuais, adotando de certa forma a teoria subjetiva, o que tem repercutido bem na doutrina que conhece nos direitos fundamentais posições primariamente individuais⁵⁰⁶.

⁵⁰⁶ ALEXY, *Teoria...* Op. cit., p. 296-297.

A teoria objetiva, que proclama que a validade de uma disposição de direito fundamental não pode ser reduzida a ponto de se tornar insignificante para todos os indivíduos ou para maior parte deles, pode coexistir com a teoria subjetiva, o que abalizada doutrina⁵⁰⁷ vem afastar é a pretensão de se substituir a teoria subjetiva pela objetiva⁵⁰⁸.

Por outro lado, quanto ao valor da proteção, discute-se se a proteção do núcleo essencial é absoluta ou relativa. A **teoria absoluta** sustenta a existência de um núcleo fundamental, determinável em abstrato, próprio de cada direito fundamental que seria intocável, intangível. Já a **teoria relativa** sustenta que a questão do núcleo essencial é o que resta após uma ponderação de bens, neste caso, as restrições devem se guiar pela proporcionalidade e necessidade.

Sobre a teoria absoluta, ora se associa o núcleo intangível dos direitos fundamentais à dignidade humana, ora à “medida de valor social global”, que deve sempre resultar da restrição e ainda a “elementos típicos” que caracterizam o direito⁵⁰⁹.

Por sua vez, a admissão do problema do núcleo essencial a uma questão de ponderação e de proporcionalidade transforma a previsão constitucional em uma formula inútil, pois já estaria amparado pelos demais requisitos para a restrição (proporcionalidade e necessidade). Esta é a conclusão a que chega Alexy ao afirmar que o art. 19, §2º da Constituição alemã não cria nada de novo em relação à máxima da proporcionalidade. Para o autor não haveria neste dispositivo nenhum limite adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais⁵¹⁰.

Canotilho⁵¹¹, analisando o tema à luz da ordem constitucional portuguesa, chega a tender por uma teoria mista. Para negar redução do núcleo essencial ao sistema de

⁵⁰⁷ ALEXY, *Teoria...* Op. cit., p. 297.

⁵⁰⁸ Neste sentido: “A solução do problema não pode reconduzir-se a alternativas radicais porque a restrição dos direitos, liberdades e garantias deve ter em atenção a fundação dos direitos na vida comunitária, sendo irrealista uma teoria subjectiva desconhedora desta função (...) Todavia, a protecção do núcleo essencial não pode abdicar da dimensão subjectiva dos direitos fundamentais e daí a necessidade de evitar restrições conducentes à aniquilação de um direito subjectivo individual” (CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 459).

⁵⁰⁹ ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 304.

⁵¹⁰ ALEXY, *Teoria...* Op. cit., p. 301.

⁵¹¹ CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 25.

ponderação e demonstrar sua autonomia em relação ao princípio da vedação do excesso, apresenta dois exemplos emblemáticos, a saber: a pena de morte e a prisão perpétua.

Afirma o preclaro professor de Coimbra que a proibição da pena de morte não afirma apenas que ela é excessiva, mas também que uma vez cumprida nada mais sobra do direito à vida. O mesmo ocorre em relação à prisão perpétua, a liberdade está sujeita a ponderação, mas ocorrendo a prisão perpétua nada mais restará dela, devendo-se, então, reconhecer um núcleo essencial que não pode ser suprimido.

Para nós, cremos que não há sequer que cogitar de teoria mista. Estamos com Andrade no sentido de que, embora a ideia de proporcionalidade possa resolver a maior parte dos casos por se chegar a resultados funcionalmente equivalentes, o n.º 3 do art. 18.º não se reduz a ela, havendo sim uma proibição absoluta, um limite fixo, um mínimo inatacável que se distingue como núcleo essencial. Este limite absoluto constitui a dignidade humana^{512 513}.

1.1.4.3 Leis harmonizadoras e conformadoras

Nesta altura é importante destacar apenas que ao lado das leis restritivas existem inúmeras possibilidades de outros tipos de leis que venham a conviver ou se relacionar com os direitos fundamentais.

O primeiro exemplo que trazemos são as leis harmonizadoras. Não estão constitucionalmente autorizadas a restringir direitos fundamentais e visam apenas, de forma geral e abstrata, apresentar soluções para resolução de conflitos, ou seja, em razão de colisões de direitos. A colisão é um fenómeno muito comum, notadamente em razão do alargamento que se tem dado ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Desta forma, as leis que buscam a harmonização dos direitos não podem ser confundidas com as normas restritivas.

⁵¹² ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 305-306.

⁵¹³ O tema dignidade humana foi desenvolvido com certa profusão em sede de prólogo para onde remetemos o leitor.

O derradeiro exemplo são as normas de configuração. Para Häberle (Häberle⁵¹⁴ *apud* Alexy, 2008) os direitos são passíveis de configuração legal. A configuração diz respeito ao objetivo constitucional de realizar os direitos fundamentais na vida social. As leis configuradoras funcionam como um *medium*, um meio para a realização social⁵¹⁵. Adotando-se uma concepção restrita de configuração, é possível dizer que ela não necessita de justificação em face dos direitos fundamentais, pois não se confundiria com a restrição.

Importante, desta forma, estabelecer a distinção entre leis restritivas que limitam ou restringem posições que estariam, *prima facie*, no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, e leis conformadoras, que tão somente completam, dão precisão, concretizam ou definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental.

Com isso, cremos ter um panorama singelo deste tema complexo atinente às restrições dos direitos fundamentais, o que, não obstante, será útil em nossa perspectiva de análise das intervenções corporais como prática umbilicalmente ligada ao âmbito dos direitos fundamentais.

1.1.5 Processo como Direito Fundamental: entre o “dever ser” e o “ser”

Em nossa dissertação de mestrado também dedicamos um reflexo sobre o processo, no caminho percorrido na investigação. Na altura desta investigação de doutoramento pretendemos dar um passo a mais em nossa caminhada, pois não nos deteremos à análise do processo como “dever ser”, através do olhar do jurista ou do ator de uma estrutura jurídica. Pretendemos, coerente com a perspectiva crítica anunciada neste trabalho, olhar o processo como o “ser”, ou com o olhar da vítima da opressão judicial, do oprimido.

Como anunciamos, em sede de prólogo, a história pode ser vista de duas maneiras segundo Walter Benjamin, através de uma visão da “doutrina progressista” e da concepção chamada de “história dos vencidos” ou da “tradição dos oprimidos”,

⁵¹⁴ HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie*, p. 180 e ss.

⁵¹⁵ Não comungamos com a amplitude dada por Häberle ao poder legislativo configurador, tampouco com a idéia de que todo direito fundamental carece de restrição e de configuração.

através de uma leitura da realidade que revelaria a opressão, a barbárie, a violência dos vencedores.

É sob esta segunda perspectiva que pretendemos avançar, olhando o processo com este olhar crítico, de vencido, de vítima e destinatário do aparato judicial estatal.

Para tal desiderato, não há melhor referência do que a obra de Kafka, pois como precisou Elias Canetti (Canetti⁵¹⁶ *apud* Löwy 2005), *de todos os poetas, Kafka é o maior conhecedor do poder*. Por tal razão, na análise do processo como “ser” iremos beber da dimensão admiravelmente crítica e subversiva de Kafka.

Desta forma, nossa reflexão sobre o processo se dará através de dois momentos: no primeiro, basicamente reproduziremos uma nota sobre o tema processo, já revelada por ocasião dos estudos de mestrado, sendo esta um olhar estritamente jurídico, sistemático do processo como “dever ser”. Em seguida, como fruto desta investigação de doutoramento, um olhar crítico sobre o processo como “ser”, sob a ótica da obra de Kafka.

1.1.5.1 Processo: conceito e natureza jurídica. O processo como direito fundamental.

Desvendar a natureza jurídica dos institutos é algo de grande importância para a compreensão e trabalho do jurista, designadamente em razão de que tal revelação permite conhecer os princípios e as formas de interpretação, além de outros tantos aspectos. Desta forma, buscaremos sumariar o desenvolvimento doutrinário acerca do processo, o que naturalmente revelará os princípios, os métodos e a disciplina que lhe é aplicável.

Quando prevaleciam as teorias privatísticas do processo, ou seja, quando o processo era concebido como contrato⁵¹⁷, ou mesmo como quase contrato, natural que

⁵¹⁶ CANETTI, Elias. *Der andere Prozess. Kafka Briefe an Felice*. Munique: Carl Hanser Verlag, 1969.

⁵¹⁷ Sobre a evolução das teorias do processo, encontramos que, em tempos remotos, por inspiração na *litiscontestatio*, viu-se no processo a natureza de contrato. Posteriormente, vendo-se que o processo não se enquadrava nesta categoria e também não era um delito, pretendeu-se vê-lo como um quase contrato. Sobre tal evolução, vale conferir AROCA, Juan Montero. *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1976.

lhe aplicassem princípios próprios a esses institutos, como, v. g., o da autonomia da vontade.

A autonomia científica do processo adveio com a obra de Oskar Von Bülow, que, em 1868, escreveu *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, traduzida para o espanhol, *La Teoria de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*.

Nesta obra, Bülow sustenta que o processo é uma relação jurídica. Segundo ele, *nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derecho y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica*⁵¹⁸.

Embora muito aceita até os dias atuais, essa doutrina não deixou de receber críticas. De todas há que se destacar a de Goldschmidt, para quem o processo não é uma relação jurídica. Em seu livro “Prozess als Rechtslage” o autor nega a natureza do processo como relação jurídica abstrata, mas através do processo *se constituye una situación jurídica de su objeto. (...) Los lazos jurídicos de los individuos que se constituyen correspondientemente, son expectativas de una sentencia favorable o perspectivas de una sentencia desfavorable*⁵¹⁹.

No Brasil, Afranio Silva Jardim⁵²⁰, destaca que esta teoria recebeu críticas por confundir o processo com o seu conteúdo. Em verdade, a situação jurídica é a *res in judicium deducta*, ou seja, é o objeto do processo, e não o processo em si mesmo⁵²¹.

O processo como uma instituição foi concebido por Jaime. O doutrinador de Madrid vê incorreção na teoria da relação jurídica. Seria ela insuficiente, pois o processo não é apenas uma única relação jurídica e, sim, uma multiplicidade de relações

⁵¹⁸ BÜLOW, Oskar Von. *La Teoria de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 1.

⁵¹⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*. Vol. II, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 76-77.

⁵²⁰ JARDIM, Afranio. *Processo*... Op. cit., 2005, p. 31.

⁵²¹ Vale citar ainda: “Que dentro do processo haja situações jurídicas é coisa que não se pode negar e muitos são os autores que, modernamente, as estudam. Mas que o processo seja apenas uma seqüência de situações jurídicas é o que se deve absolutamente repelir” (TORNAGHI, Helio. *Instituições de Processo Penal*. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 393-394).

que só pode encontrar unidade na idéia de instituição, que seria o conjunto de atividades relacionadas entre si por um vínculo comum, que seria a satisfação das pretensões (Guasp⁵²² apud Aroca, 1976).

González Pérez (Pérez⁵²³ apud Aroca, 1976, p. 190-191) sustenta a teoria da função pública, associando o processo à função jurisdicional do Estado. Para Aroca, o administrativista não classificou o processo dentro de uma categoria geral conhecida pelo direito e sim identificou que o Estado cumpre três funções: a legislativa, a jurisdicional e a administrativa. Então o processo seria uma instituição pela qual se realiza uma destas atividades. Dessa linha, Aroca extrai e conclui que o processo não se encaixa em uma categoria existente no direito e, sim, forma uma categoria autônoma, vale dizer: *Un paso más y se llega a la conclusión de que el proceso constituye una de las categorías generales de la ciencia jurídica, y que por lo tanto el proceso es el proceso, careciendo de sentido toda referencia a conceptos distintos*⁵²⁴

No Brasil, perfilha este entendimento o Professor Afranio Silva Jardim, que não obstante reconhecer a importância da teoria da relação jurídica, afirma que a relação jurídica não se identifica com o processo. Para o autor carioca, a relação jurídica tem no processo a sua fonte, sua “gênese”, não sendo possível confundir o criador com a criatura. Afrânio Silva Jardim revela, ainda, a importância das diversas teorias, na medida em que realçam os aspectos intrínsecos do processo, todavia, conclui que o processo forma uma categoria autônoma dentro do quadro da teoria geral do direito⁵²⁵.

Estamos convencidos que no quadro da teoria geral do direito, dentre tantas categorias jurídicas, estão os direitos e garantias fundamentais. Na ordem jurídica brasileira isto fica muito claro na medida em que a Constituição da República instituiu um título sob a epígrafe *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* (Título II da CRF/88).

Neste, encontramos, no catálogo de direitos fundamentais do artigo 5º, LIV, a consagração do *due process of law*, onde se lê: *ninguém será privado de sua liberdade*

⁵²² GUASP, Jaime. *Comentários*, I. p. 22-25.

⁵²³ (sic) PÉREZ, González. *Derecho Procesal Administrativo*, I, pp. 71-5.

⁵²⁴ Aroca, op. cit., p. 191.

⁵²⁵ JARDIM, op. cit., p. 33-34.

ou de seus bens sem o devido processo legal. Com efeito, a Constituição do Brasil consagra o *processo* como direito fundamental.

O mesmo ocorre na Constituição de Portugal que no catálogo de direitos fundamentais também prevê o direito a um processo equitativo (art. 20º, nº 4), do que concluo que à luz do direito constitucional português o *processo* tem natureza jurídica de direito fundamental.

Como conceito de autonomia pode se dizer que é o direito de se reger por suas próprias leis, aproximando-se da noção de independência^{526 527}, ou, ainda, que autonomia é: *a faculdade de se governar por si mesmo. Direito ou faculdade de se reger (uma nação) por leis próprias. Liberdade ou independência moral*⁵²⁸. Em termos gerais, a noção de autonomia está vinculada à de poder, à de reger-se e à de independência.

Entretanto, sob a ótica jurídica, esta palavra deve ser diferenciada da “soberania”. Se por um lado a autonomia significa independência e poder de reger-se por leis próprias de forma relativa, por outro a soberania tem caráter absoluto, supremo⁵²⁹.

Esta distinção nos parece possível a partir dos estudos dos constitucionalistas brasileiros sobre a estrutura federativa. José Afonso da Silva faz a distinção dos termos afirmando que a soberania é o *poder supremo consistente na capacidade de autodeterminação. Os Estados federados são titulares tão-somente de autonomia, compreendida como governo próprio dentro do círculo de competência traçado pela Constituição*⁵³⁰.

⁵²⁶ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18ª. Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 102.

⁵²⁷ “Direito ou fato de se governar por suas próprias leis” (ARNAUD, André-Jean *et al.* Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito. Renovar, RJ, 1999, p 59).

⁵²⁸ HOLANDA, op. cit., p.163.

⁵²⁹ “A autonomia pode ser absoluta ou relativa. Quando se diz autonomia absoluta, entende-se a autonomia soberana, sem qualquer restrição que possa limitar a ação de quem a tem. E, neste caso, é sinônimo de soberania, que é aquela que possuem os Estados independentes e constituídos segundo a vontade soberana de seus componentes” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18ª. Edição, Forense, RJ, 2001, p. 102).

⁵³⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 104.

É por isso que o artigo 25 da CRFB/88 estabelece que *os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição*.

Idêntico é o entendimento de Pinto Ferreira ao afirmar que o poder de autonomia não é ilimitado, não havendo nos Estados-membros do Brasil soberania⁵³¹.

Sem nos divorciarmos das teses de Aroca e Afranio Silva Jardim, que sustentam ser o processo uma categoria autônoma, realçamos outros aspectos desta autonomia. O processo, em sua essência, é uma garantia fundamental. Esta é a sua natureza jurídica. Não obstante, esta garantia fundamental dá origem a uma categoria autônoma dotada de independência e criadora de regras próprias perante o quadro geral do direito.

Destarte, a autonomia do processo deve sempre observar a sua essência como garantia fundamental. Encontrando no processo esta natureza, podemos dizer que os princípios, as regras e as interpretações dadas ao processo deverão sempre observar este aspecto. Esta categoria rege-se por regras próprias, que devem sempre respeitar a essência do processo como direito fundamental da pessoa⁵³².

Esta concepção não é excludente em relação ao que pensam Arouca e Afrânio Silva Jardim. Na Teoria do Direito, temos várias categorias jurídicas autônomas⁵³³, as quais estão insertas em outras categorias jurídicas. Para ilustrar, o contrato é uma grande categoria jurídica que, por sua vez, situa-se na categoria dos negócios jurídicos, contidos estes nos atos jurídicos, que estão incluídos no fato jurídico.

O processo também se rege por regras próprias, possui autonomia, dá origem a uma grande categoria jurídica, na qual reside o processo de conhecimento, o cautelar e o de execução. Podemos falar ainda em processo civil, penal, trabalhista. Esta grande

⁵³¹ “É claro que esse poder de autonomia não é ilimitado. Não se chega ao desplante de sustentar a tese da soberania dos Estados (...) A soberania é um poder de decisão em última instância (...) Já a autonomia constitucional dos Estados-Membros consiste no poder que eles necessariamente possuem de adotar uma Constituição e de revisá-la, mas sempre de acordo com os princípios constitucionais estabelecidos pela União” (FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva, 1999, p. 244).

⁵³² Direitos subjetivos que pertencem, sem exclusão, a todos os seres humanos, dotados do status de pessoa (nesse sentido: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales*. In *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*: Luigi Ferrajoli: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Ann Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo. Madrid: Editorial Trotta, 2001).

⁵³³ Autônomas no sentido de regerem-se por regras próprias.

categoria a que chamamos processo, por sua vez, está inserta no rol das garantias fundamentais.

Visto o processo desta forma, torna-se mais cristalina sua missão, que é a de limitar o poder estatal e preservar a liberdade do homem.

Nesta quadra devemos ter em mente que os princípios constitucionais relativos às garantias fundamentais, bem como os fundamentos da República, particularmente a dignidade da pessoa humana, devem servir de farol, iluminando a criação, a interpretação e a aplicação do processo penal, pois o desejo constitucional é o de que o poder de punir só seja exercido com perfeito respeito ao sistema de garantias fundamentais, sem o qual não terá legitimidade e dará sinais de barbárie, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Fica claro, assim, que concebemos o processo em uma perspectiva garantista, ou seja, em um modelo de direito que pugna por um normativismo-constitucional crítico, fundado na valorização dos direitos fundamentais⁵³⁴.

Adotamos a precisa lição de Salo de Carvalho ao considerar o garantismo penal como *um esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantindo a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada*. Ensina o autor, que por ser um modelo ideal (e ideológico), apresenta pressupostos e consequências lógicas e teóricas⁵³⁵.

A par disto, incumbe-nos adotar um conceito de processo penal que nos servirá de parâmetro em nossa trajetória.

⁵³⁴ Como ensina Norberto Bobbio, no prólogo da obra de Ferrajoli: “Antes que nada, elevándolo a modelo ideal del estado de derecho, entendido no sólo como estado liberal protector de los derechos sociales; en segundo lugar, presentándolo como una teoría del derecho que propone un iuspositivismo crítico contrapuesto al iuspositivismo dogmático; y, por último, interpretándolo como una filosofía política que funda el estado sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos y que precisamente del reconocimiento y de la efectiva protección (!no basta el reconocimiento!) de estos derechos extrae su legitimidad y también la capacidad de renovar-se sin recurrir a la violencia subversiva” (*In FERRAJOLI, L. El Derecho como Sistema de Garantías*. Madrid: Trotta, 1999, p.16)

⁵³⁵ CARVALHO, Salo. Aplicação da pena no Estado Democrático de Direito e Garantismo: considerações a partir do princípio da secularização. In *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2001, p.19.

Na sociologia, Lévy-Bruhl define processo como *mecanismo jurídico cuja função é fazer estabelecer, em nome do grupo social, um fato ou um direito contestado* (Lévy-Bruhl⁵³⁶ apud Arnaud, 1999, p. 623) e, ainda, Pierre Bourdieu associa processo à confrontação de pontos de vista singulares, arbitrada por uma autoridade socialmente mandatária. Representa uma encenação paradigmática da batalha simbólica da qual o mundo social é o campo (Bourdieu⁵³⁷ apud Arnaud, 1999, p. 623).

Em uma perspectiva interdisciplinar, o processo é uma realidade transitória e polissêmica, pois as condições históricas, sociais, jurídicas e políticas de cada sociedade produzem uma multiplicidade de formas e significados. O processo acaba por traduzir um conjunto de representações que a sociologia reúne em cinco, a saber: 1) um quadro de espaço, tempo e de práticas (ritual); 2) um ou vários personagens que cumprem uma função terceira legitimados pelo poder (rei), por um caráter sacral (sacerdote), institucional (jurista) ou social (notável); 3) um debate; 4) um desafio (econômico, pessoal, simbólico); 5) uma decisão⁵³⁸.

Da análise sociológica é possível a identificação de alguns elementos bem definidos no campo jurídico: 1) um procedimento; 2) o poder jurisdicional; 3) o contraditório; 4) uma pretensão; 5) a decisão.

Para nós, o delineamento sociológico deixou de referir, ou está subjacente no elemento “desafio”, a existência dos sujeitos (desafiantes, contenedores), uma vez que no segundo elemento indicado, o personagem desempenha a “função terceira”, o que, no campo jurídico estaria representado pela substituição das partes pelo Juiz. De forma que é importante trazer à luz o que no campo jurídico chamamos de partes. Como já vimos acima, a ideia de relação jurídica é importantíssima para o estudo do processo.

Temos para nós que algumas elementares sociológicas nos direcionam a um conceito de processo na perspectiva jurídica, a saber: (1) relação jurídica, (2) procedimento, (3) contraditório e (4) pretensão. A combinação das elementares resulta

⁵³⁶ LÉVY-BRUHL, Henn. *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, Sirey, 1960.

⁵³⁷ BOURDIEU, Pierre. *La force du droit; pour une sociologie du champ juridique*, in *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n. 64, Paris, sept. 1986, p. 4-19.

⁵³⁸ ARNAUD. *Dicionário...* Op. cit., p. 623.

que o processo é um procedimento realizado em contraditório⁵³⁹, animado por uma relação jurídica⁵⁴⁰, teleologicamente dirigido ao julgamento ou atendimento prático de uma pretensão⁵⁴¹.

Com o escopo de encontrar um conceito de processo penal, impende apenas realçar a natureza da pretensão a ser satisfeita. Estando a pretensão fundada em uma norma penal ou processual penal, ela será penal, posto que, ao contrário, será civil ou trabalhista⁵⁴².

Isto posto, o processo penal é um procedimento realizado em contraditório, animado por uma relação jurídica, teleologicamente dirigido ao julgamento ou atendimento prático de uma pretensão punitiva ou de liberdade⁵⁴³.

1.1.5.2 O processo através do realismo de Kafka

A obra de Franz Kafka é extremamente rica e permite as mais diversas leituras, como a estritamente literária, as biográficas, psicanalíticas, teológica, relacionadas à identidade judaica, sociopolíticas e mesmo as pós-modernas. A leitura que nos conduzirá é a de Michel Löwy⁵⁴⁴, que é a sociopolítica.

Os escritos de Kafka podem ser situados no plano da realidade histórica contemporânea. Não tratava o autor de Praga de um futuro imaginário. Para ilustrar tal conclusão, pesquisas sobre a fonte de inspiração para o clássico “O Processo” indicam para os grandes processos anti-semitas de sua época, como o caso Tisza (Hungria, 1882), Dreyfus (França, 1894-1899), Hilsner (Tchecoslováquia, 1899-1900) e Beiliss (Rússia, 1912-1913).

⁵³⁹ FAZZALARI, Elio. *Il Processo Ordinario di Cognizione*. Vol. I Turim, UTET, Ristampa, 1990, p. 153.

⁵⁴⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. *Execução Civil*. Vol. 01, São Paulo, RT, 2ª. Edição, 1987, p. 97.

⁵⁴¹ JARDIM, op. cit., p. 27.

⁵⁴² JARDIM, op. cit., p. 27.

⁵⁴³ JARDIM, op. cit., p. 27.

⁵⁴⁴ LÖWY, Michael. *Franz Kafka, sonhador insubmisso*. Tradução: Gabriel Cohn. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2005.

Embora o caso Tisza não o tenha tocado diretamente, uma vez que Kafka nasceu em 1883, em uma carta dele de 1916 a Felice Bauer, sua eterna noiva, vê-se referência a uma peça de Arnold Zweig (*Assassinato Ritual na Hungria*) dedicada a tal caso⁵⁴⁵.

Quanto ao caso Hilsner, Kafka contava com apenas 16 anos, mas ainda teria captado a inquietante magnitude do caso, revelando em conversas a amigos que teria sido este o seu ponto de partida na sua conscientização da própria condição de judeu, ou seja, de *um individuo desprezado, considerado pelo mundo circundante como um estranho meramente tolerado... Um pária*. Ademais, nas cartas à Milena há referência expressa ao caso Hilsner. Não se pode olvidar ainda que há relatos de que Kafka teria escrito um conto sobre o processo do sapateiro judeu Mendel Beiliss (Kiev, 1913), que teria sido queimado pouco antes de sua morte⁵⁴⁶.

Desta forma, embora seja uma hipótese, a influência dos processos anti-semitas na obra do escritor de “O Processo” é muito provável, mormente diante da intensidade desta obra e destes casos.

Uma das grandes polêmicas em torno de Kafka é a sua inserção no “realismo”. Neste rumo *A Metamorfose* dá um grande contributo para se negar o realismo kafkiano, já que logo no início desse trabalho o personagem Gregor Samsa é transformado em um inseto monstruoso⁵⁴⁷.

Giörgy Lukács foi um dos grandes nomes que, em seus escritos de 1955, pôs em causa o realismo em Kafka, tendo o comparado a Thomas Mann, por seu caráter “não-realista”. O pensador húngaro concebe a obra de Kafka como produto de uma visão subjetivista, na qual a realidade se dissipa num vazio abstrato, sem conteúdo⁵⁴⁸.

Certa feita, Kafka ficou diante de várias obras de Pablo Picasso nas quais se retrata naturezas-mortas cubistas e outras obras pós-cubistas. Gustav Janouch, que o acompanhava, comentou que o pintor espanhol distorcia os seres e as coisas. Kafka

⁵⁴⁵ LÖWY, Franz...Op. cit., p. 114.

⁵⁴⁶ LÖWY, Franz...Op. cit., p. 115-116.

⁵⁴⁷ “Quando certa manhã Gregor Samsa despertou, depois de um sono intranquilo, achou-se em sua cama convertido em um monstruoso inseto. Estava deitado sobre a dura carapaça de suas costas, e ao erguer um pouco a cabeça viu a figura convexa de seu ventre escuro, sulcado por pronunciadas ondulações...” (KAFKA, Franz. *A Metamorfose*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 13.

⁵⁴⁸ LÖWY, Franz...Op. cit., p. 187.

responde que ele apenas registra as deformidades que ainda não penetraram em nossa consciência, afirmando, ainda, que a arte é um espelho que adianta como um relógio, sugerindo que Picasso antecipava algo que se tornaria comum à percepção⁵⁴⁹.

Cumprir destacar que, para alguns especialistas, Kafka desrealiza o real e realiza o irreal - e é exatamente aí que ele desmascara a ideologia, visto que esta, como fachada, tende a contrabandear a aparência pela realidade⁵⁵⁰.

Contam que Lukács em 1956 fez sua primeira revisão a sua concepção de Kafka. O filósofo marxista húngaro teria relatado aos seus discípulos que após a invasão soviética e a queda da República húngara em 1956, fora internado em um castelo-fortaleza na Romênia aguardando julgamento. Na ocasião, não teve acesso à ata de acusação e não pôde se defender. Da mesma forma desconhecia seus juízes, não sabia se seriam magistrados húngaros ou soviéticos, ou ainda uma comissão mista. Mais tarde Lukács fora libertado pelo benefício da dúvida. Mas enquanto aguardava o fim deste misterioso caso a ser julgado, teria confidenciado a sua mulher: “Kafka era um realista, apesar de tudo” e em 1965, em um ensaio, apresenta uma nova visão oposta a que apresentou em 1955 afirmando que *Kafka põe em cena toda uma época de desumanidade* e que *seu universo ganha uma qualidade comovente e profunda*⁵⁵¹.

É por esta marca realista da obra de Kafka que resolvemos ver o processo em sua dimensão do real, do mundo do “ser”. Acreditamos que, realista ou não, a obra de Kafka, em função de seu distanciamento permanente em relação às instituições sociais, demonstra *o poder de iluminação profana da literatura*, usando a expressão de Walter Benjamim. Kafka foi considerado por André Breton o *maior vidente deste século* por ser capaz de *inspecionar o invisível e ouvir o inaudito*, embora muitos tenham chegado a considerá-lo um sociólogo que se expressava de forma literária^{552 553}.

⁵⁴⁹ JANOUGH, Gustav. *Conversas com Kafka*. Trad. Celina Luz. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

⁵⁵⁰ CARONE, Modesto. *O Realismo de Franz Kafka*. Novos Estudos – CEBRAP (SciELO Brasil), In http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002008000100013&script=sci_arttext, consultado em 25/11/2009.

⁵⁵¹ LÖWY, Franz...O p. cit., p. 190-191.

⁵⁵² LÖWY, Franz...O p. cit., p.196-197.

⁵⁵³ Vale lembrar que Kafka formou-se em Direito.

Acreditamos ser enriquecedor o diálogo entre direito e literatura e tornaremos a fazê-lo em outra passagem. Os meios de expressão literária são capazes de alargar nosso conhecimento sobre o mundo e as pessoas. A literatura enriquece nossa percepção da realidade social, iluminando de forma diferente os conceitos científicos⁵⁵⁴.

Particularmente Kafka, sustenta Carrouges (Carrouges⁵⁵⁵ *apud* Löwy, 2005), abdica do ponto de vista corporativo dos homens da lei, que seriam pessoas bens instruídas e bem criadas, convencidas de que conhecem a verdade sobre as leis. Ele passa a ver a lei e os seus senhores, do ponto de vista da massa miserável que suporta a opressão sem compreender. Mas por outro lado, a obra genial de Kafka desmascara tudo o que há de ignorância humana no saber jurídico e de saber humano na ignorância dos sujeitados.

Seus romances são escritos sob a ótica dos vencidos, dos que são triturados na engrenagem racional e impessoal da máquina burocrática, o que produz um efeito que é precisamente descrito por Walter Benjamin quando afirma que as obras de Kafka *escovam a contrapelo a imagem demasiado tranqüilizadora do poder jurídico e estatal moderno*⁵⁵⁶.

Em nossa investigação temos a pretensão de compartilhar da mesma dialética que permitiu ao autor tcheco analisar criticamente a transformação da racionalidade em seu contrário. De nossa parte, pretendemos fazer exatamente este trabalho de escovar a contrapelo e perceber a imagem real que aparece e que transforma o processo (garantia fundamental) em uma imagem e realidade sinistras como “o aparelho” de “Na Colônia Penal”.

Para tanto bebemos da melhor fonte, Kafka! Não é por acaso que este autor virou adjetivo em diversas línguas, em português kafkiano, em francês *kafkaïen*, em

⁵⁵⁴ LÖWY, Franz...Op. cit., p. 198-199.

⁵⁵⁵ CARROUGES, Michel. *Dans le rire et les larmes de la vie. Cahiers de la Compagnie Madeleine Renaud' Jean Louis Barrault*. Outubro de 1957, p. 114-115.

⁵⁵⁶ LÖWY, Franz...Op. cit., p. 206-207.

alemão *Kafkaesk*, em inglês *Kafkaesque*. Por sua vez, não é fácil precisar o significado destes termos geralmente associados a aspectos sinistros da opressão⁵⁵⁷.

O conjunto da obra de Kafka é imenso, reúne contos, romances, cartas, etc. Em nossa singela análise destacaremos três obras: “O processo”, como não poderia deixar de ser, “O castelo” e “Na Colônia Penal”.

1.1.5.2.1 O Processo

Já nas primeiras páginas do romance encontra-se a constatação que vai ao encontro do pensamento de Agamben reproduzido no prólogo desta, no sentido de que o estado de exceção convive no seio do Estado de Direito e de que a vida nua graça neste Estado, sendo o campo de concentração a matriz oculta da política em que ainda vivemos, ou seja, é um paradigma da modernidade (e mesmo da contemporaneidade). A contextualização político-jurídica do romance é a seguinte: “Entretanto, K. vivia em um Estado Constitucional no qual reinava a paz, no qual todas as leis estavam em vigor, de modo que quem eram aqueles que se atreviam a invadir a sua casa?”⁵⁵⁸.

O Romance de 1925 conta o misterioso caso em que Josef K. enfrenta um processo no qual acaba por ser julgado e condenado por um crime que nem mesmo sabe qual foi.

Nesta obra ele já captava as tendências sinistras dos Estados constitucionais europeus do século XX e revelava que a exceção – que passa a ser a regra - massacra o indivíduo através dos aparelhos estatais, ao arrepio da lei. Como destaca Löwy, *O processo enfrenta a natureza alienada e opressiva do Estado moderno, compreendido nisso aquele que autodesigna como “Estado de Direito”*. Através de “O Processo” o

⁵⁵⁷ “Não é fácil descrever esse termo, que entrou nos dicionários e enciclopédias: ele remete a uma “atmosfera opressiva” (*Robert*), a um “mundo de pesadelo” em que “sinistras forças impessoais controlam os afazeres humanos” (*Twentieth Century Words*), a uma situação “misteriosa, inquietante (*unheimlich*) e ameaçadora” (*Duden*), a uma “organização absurda e esquizofrenicamente racional, com tortuosos procedimentos burocráticos e totalitários, em forma de labirinto”, em que “o indivíduo, desprovido de bússola, perdeu-se” (*Penguin Enciclopeida*, 2003). A maioria dos dicionários acentua o aspecto sinistro, negligenciando a dimensão irônica, que, no entanto, é essencial no uso comum do adjetivo. De fato, a “situação kafkiana” descreve um leque de experiências que vai do absurdo ridículo do funcionamento cotidiano das instituições burocráticas até as manifestações mais mortais do poder “administrativo” (LÖWY, *Franz...* Op. cit., p. 202-203).

⁵⁵⁸ KAFKA, Franz. *O Processo*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Marin Claret, 2008, p. 42.

autor parece acompanhar a tendência dos anarquistas de sua época, de vislumbrar no Estado existente uma hierarquia autoritária baseada na ilusão e na mentira⁵⁵⁹.

Por trás de seu romance é possível vislumbrar um espírito antiautoritário, crítico, que recorre à ironia para desnudar as hierarquias burocráticas e jurídicas do poder. A precisa descrição da realidade do funcionamento destes sistemas burocráticos e opressivos de poder, certamente foi inspirada em razão de seu trabalho como jurista burocrata de uma agência de seguro onde trabalhava com vítimas de acidentes profissionais e era testemunha de relações jurídicas autoritárias e opressoras⁵⁶⁰. Aliás, devemos confidenciar que o pertencimento a uma estrutura burocrática de poder - que é potencialmente opressora - é um ponto que também nos une, já que é impossível desvencilhar o olhar investigativo que nos orienta de nossas vivências como magistrado que observa de perto e de dentro o (des)funcionamento da máquina judicial.

Voltando ao romance, o fato é que sua essência é o funcionamento de uma hipócrita máquina burocrática na qual o herói foi inocentemente capturado (Arendt⁵⁶¹ *apud* Löwy, 2005). No fundo, trata da natureza desumana e mortífera dos aparelhos institucionais jurídicos do Estado. Trata-se de uma lógica autorreferente que assume forma de mero funcionalismo, perdendo a razão de ser ou servindo efetivamente ao que se presta⁵⁶².

Bertolt Brecht destacou pioneiramente que as democracias burguesas conduziam no fundo a ditadura fascista, e que Kafka apontou com sua imaginação o que seriam os campos de concentração, ou seja, a ausência total de garantias legais e a

⁵⁵⁹ LÖWY, Franz...Op. cit., p. 112-113.

⁵⁶⁰ Mesmo em sua atividade profissional na seguradora, onde em tese deveria velar por certa neutralidade profissional, há relatos de que Kafka revelava preferência pelos oprimidos. Conta-se que em um relatório sobre acidente de trabalho na indústria civil ele teria deplorado a ausência de escolha dos trabalhadores na discussão sobre medidas de segurança atribuindo esta falta a baixa organização operária (LÖWY, Franz...Op. cit., p. 65).

⁵⁶¹ ARENDT, Hannah. *Franz Kafka*. In *Sechs Essays*. Heidelberg. Lambert Schneider, 1948, p. 128.

⁵⁶² HARTMANN, Helen. *À Guisa de Introdução ao "Direito e Psicanálise: interseção a partir de O Processo, de Franz Kafka*. In: *Direito e Psicanálise: Interseção a partir de O processo, de Franz Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3.

autonomia absoluta do aparelho do Estado⁵⁶³. O processo era uma verdadeira profecia da justiça dos Estados totalitários, daí mais uma vez se extrai o realismo de Kafka.

Neste romance, Josef K. é julgado por juízes inacessíveis e a defesa não é reconhecida, não há diálogo com ela, há apenas tolerância em relação à defesa⁵⁶⁴. O sistema de justiça desenhado neste romance intrigante é marcado por uma hierarquização infinita, com comportamento inexplicável e imprevisível, sendo infalível e fora do alcance do acusado. Este, por sua vez, não tem a menor chance de defender-se e livrar-se da desconhecida acusação. Como se extrai do romance, “*os expedientes da justiça e, especialmente, o escrito de acusação, eram inacessíveis para o acusado e seu defensor... apenas por um feliz acaso esse primeiro escrito [referindo-se à ideia de apresentar uma defesa escrita] podia conter algo que realmente conviesse à causa*”⁵⁶⁵.

O processo de Josef K. transforma-se em uma espécie de triângulo das bermudas, onde misteriosamente a lei desaparece ou é inexistente, mas a presença robusta do aparato repressor está nela fundada.

Josef K. apresenta uma primeira defesa perante o juiz de instrução através de seu depoimento. Nesta ocasião revela sua indignação com a arbitrariedade institucional, sua violência e obscuridade, usando palavras ríspidas e agressivas. A platéia, por sua vez, responde com gargalhadas. Neste trecho, descortina-se o confronto entre o discurso do “sujeito de direito” – risível para a platéia – e a lógica do “tribunal totalitário” que se mantém através de um “cinismo neutralizador de qualquer crítica”. A centralidade não está no discurso eloquente de Josef K. e sim na imunidade do tribunal em relação aos direitos do protagonista⁵⁶⁶.

⁵⁶³ BRECHT, Bertolt. *Sur la littérature tchécoslovaque moderne*. (1937). In *Le siècle de Kafka*. Paris: Centre Georges Pompidou, 1984, p. 162

⁵⁶⁴ “Certamente que, em tais ocasiões, a defesa se achava em uma situação muito desfavorável e difícil; mas também isto era deliberado, porque no fundo a lei não admitia nenhuma defesa, mas tão-somente a tolerava e até pareceria perguntar-se se verdadeiramente não seria mister pôr em tela de juízo aqueles pontos dos códigos segundo os quais teria ao menos de admitir a defesa” (KAFKA, *O Processo...* Op. cit., p. 145).

⁵⁶⁵ KAFKA, *O Processo...* Op. cit., p. 145.

⁵⁶⁶ PEDROSA, Pablo Galas. *Peneiras Autopoiéticas. Duplicação paródica do pensamento de Niklas Luhmann na escrita de Franz Kafka*. Brasília: Dissertação de Mestrado defendida em junho de 2008 no Departamento de Teoria Literária e Literaturas do Instituto de Letras da Universidade de Brasília – UnB, p. 12.

No último capítulo Josef K. após um breve desejo de resistir, acaba por afirmar: “não irei mais longe” e percebe que é inútil a resistência e passa a se comportar de modo complacente.

Apesar da carga de subjetividade, trata-se inegavelmente de um romance marcado pela universalidade e sob a ótica daqueles que *tombam sob as rodas do carro triunfal da justiça*. Esta universalidade e este olhar acabaram por fazer de *O Processo* uma das obras literárias de maior impacto no século XX.

Em que pese o aparente conformismo de seu final, na verdade, o desfecho do romance, com execução de K. entregue ao sistema pode ser lido como um convite à resistência⁵⁶⁷, um convite a transformar o “ser” no “dever ser”.

Uma das passagens mais intrigantes de *O Processo*, aliás, um dos textos mais discutidos e inatingíveis de Kafka é a parábola “*Diante da Lei*”. Narra a história de que diante da lei está postado um guarda e dele se aproxima um homem do campo que lhe pede para entrar na lei. O sentinela diz que não é possível entrar naquele momento. O homem passa sentado dias e anos sem entrar na lei. A beira da morte indaga ao guarda porque ninguém havia entrado e este responde: “*Ninguém senão você podia entrar aqui, pois esta entrada estava destinada apenas a você. Agora eu me vou e a fecho*”⁵⁶⁸. Intermináveis são as interpretações encontradas para o texto. Não obstante, a leitura que nos parece adequada a presente investigação é a que parte do referencial antiautoritário de Kafka.

O guardião representa a autoridade que acaba por tornar inacessível a própria lei, a própria verdade. Quanto Joseph K. está convencido que o homem do campo foi enganado, o padre tenta lhe convencer que duvidar da dignidade do guardião (da autoridade) seria “duvidar da própria lei”. Sintomático é o trecho em que o autor coloca a autoridade acima de tudo: “*Qualquer que seja o modo sob o qual se manifeste a nós,*

⁵⁶⁷ “Não existe nos escritos dos povos desde a origem outro texto que ajude tanto o oprimido a resistir na dignidade e, ao mesmo tempo, na indignação contra uma ordem do mundo que se revelou ser o inimigo mortal quanto o fim do romance *O processo*, no qual Joseph K., o herói, é arrastado para o abate e ele mesmo acelera sua própria execução” (HADKE, Peter. *Discours de réception Du prix Kafka*, 1979, *In Le Siècle de Kafka*, p. 248 *apud* Löwy, 2005).

⁵⁶⁸ KAFKA, *O Processo*... Op. cit., p. 239-240.

é, **apesar de tudo** [grifo nosso], *um servidor da lei que por fim pertence à lei, o que o coloca acima de qualquer juízo humano*”⁵⁶⁹.

Em seguida uma frase utilitarista, ou seja, “*não é preciso considerar verdadeiro tudo o que diz* [referindo-se ao que diz o guarda]. *É preciso considerá-lo apenas necessário*”⁵⁷⁰. O guardião da lei, embora “investido” do poder, não representa a justiça (ou o direito, ou os direitos fundamentais), mas, ao contrário, uma ordem do mundo fundada na mentira.

O utilitarismo que em nossos tempos é usado para justificar violações a direitos fundamentais aparece na parábola, onde a posição do guardião não é verdadeira, mas seria “necessária”.

O guardião das portas da Lei, os juízes de *O processo*, os funcionários de *O Castelo* ou o oficial de *Na Colônia Penal* não representam a justiça ou a divindade (o direito, os direitos fundamentais), mas sim a não-liberdade, a não redenção, a autoridade arbitrária e injusta do Estado opressor.

O autor apresenta como única via de “salvação” a não submissão, a não sujeição, que seja ultrapassado o portal que impede que se chegue à lei, à verdade, à liberdade (porque não aos direitos fundamentais).

Não foi a força que impediu o homem do campo de entrar e alcançar a lei, e sim a obediência a uma “falsa” autoridade. Ele deixou-se intimidar pelo medo. O homem do campo falhou porque não quis atravessar o portal, sem autorização, ao encontro da Lei. O medo do homem do campo é exatamente o que dá força ao guardião de barrar-lhe o caminho.

Com efeito, para além da descrição realista do mundo em que vivemos a mensagem final desta parábola e mesmo de todo o romance, é o estímulo para que o homem lute pela liberdade, lute contra a autoridade arbitrária. Trata-se de uma mensagem de não aceitação do “ser” e de luta pelo “dever ser”.

⁵⁶⁹ KAFKA, *O Processo...* Op. cit., p. 244-245.

⁵⁷⁰ KAFKA, *O Processo...* Op. cit., p. 245.

1.1.5.2.2 O Castelo

O castelo é um romance inacabado de Kafka, como todos, enigmático e inspirador de interpretações diversas. Trata-se da história de um agrimensor K. que se desloca, abandonando tudo para desenvolver suas funções de agrimensor, “aceitando um contrato” para trabalhar em uma aldeia. Não obstante, ao lá chegar, em uma noite imersa em neve, tem uma recepção estranha e tudo então passa a ser inexplicável. O Agrimensor não consegue penetrar no Castelo e nem sequer ter acesso aos seus superiores que o teriam contratado. Tudo então se resume aos contatos de K. com os moradores da aldeia, os funcionários do castelo e mensageiros.

A arquitetura da história é edificada através de três eixos: o castelo, a aldeia e o agrimensor K., deixando ao largo as diversas interpretações. Veremos no Castelo nada mais que a sede do poder, o Estado. A autoridade reaparece na obra de Kafka, diante do “povo” representado pela aldeia. O castelo (poder) distante e arbitrário governa a aldeia (povo) através de um aparato burocrático e sem sentido. O edifício (poder) é impenetrável e inacessível.

Através da ironia, nesta obra, Kafka põe em relevo o despotismo do Estado moderno, que mesmo com seu aparato “democrático”, através de uma hierarquia e de grande impessoalidade (ou desumanidade), mostra-se autoritário e alienado.

O romance demonstra que os integrantes desta máquina “acreditam” – não sabemos se ingenuamente – no sistema, notadamente em sua infalibilidade. A organização administrativa é “sem falhas”, como se extrai de alguns diálogos. Para quem exerce o poder, “os erros não ocorrem jamais”, afirma o prefeito⁵⁷¹.

Através do humor, Kafka chega ao cerne da modernidade, desnudando sua impessoalidade e seu mecanicismo. A percepção de Kafka sobre a burocracia só é comparável à da análise sociológica, como a de Max Weber e de seu irmão Alfred

⁵⁷¹ “Autoridade tem por princípio de trabalho que não se conte nem com a possibilidade de uma falha (...) Claro que não estão destinados a descobrir falhas no sentido bruto dessa palavra, posto que tais falhas não se produzem...” (KAFKA, Franz. *O Castelo*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 85).

Weber, se destacando o romancista por colocar no centro de sua atenção, os desvalidos, os párias, os simples indivíduos que se perdem nos labirintos da burocracia⁵⁷².

O Castelo traz muita similitude com O Processo, pois também é inacessível como os tribunais. Os funcionários do castelo, da mesma forma, são distantes e intocáveis, dotados de frieza e impessoalidade. Os administrados são completamente desconsiderados, como afirma o personagem Bûrgel. A única forma de se diminuir a impessoalidade seria através da realização das atividades oficiais durante a noite, quando então tudo ganhava “um ponto de vista mais particular” e as alegações das partes durante os interrogatórios noturnos “adquirem maior peso do que lhes corresponde”, a noite dá lugar ao um “estranho intercâmbio das pessoas, absolutamente inadequado” afirma Bûrgel⁵⁷³. Nota-se, aliás, que as únicas relações humanas que os funcionários tentam manter são relações sexuais coma as mulheres da aldeia⁵⁷⁴.

Vê-se no romance a crença na completude do sistema, “*contudo, também ao senhor já deve ter-lhe chamado a atenção a falta de claros ou brechas na organização oficial*”, sustenta Bûrgel⁵⁷⁵. A impessoalidade somada à crença na perfeição produz um resultado desastroso. Danem-se os direitos dos administrados, o sistema sempre funciona. Nota-se que o prefeito chega a reconhecer a possibilidade de “pequena falha” como a que levou K. a pensar que teria sido contratado. Afirma que se trata de falha ridícula, a menor das menores, mas em seguida o agrimensor, com certa ironia, diz estar satisfeito em ter tido oportunidade de conhecer o “*ridículo embrulho de que em determinadas circunstâncias depende a existência de um homem*”⁵⁷⁶. Ora, o que o prefeito chamou de pequena, a menor das menores falhas, modificou por completo a existência do agrimensor.

Diferentemente do que ocorre em *O Processo*, *O castelo* não exhibe um carrasco e não há execução, mas, da mesma forma, a dominação é absurda, pesando sobre os aldeãos que vivem sob o medo e, portanto, obedientes.

⁵⁷² LÖWY, Franz...Op. cit., p. 168.

⁵⁷³ KAFKA, *O Castelo*... Op. cit., p. 275.

⁵⁷⁴ O segredo de Amália ilustra bem esta questão, cf. KAFKA, *O Castelo*... Op. cit., p. 204.

⁵⁷⁵ KAFKA, *O Castelo*... Op. cit., p. 278.

⁵⁷⁶ KAFKA, *O Castelo*... Op. cit., p. 80-84.

Um importante elemento revelado neste romance é a estigmatização. Aqueles que, como Amália, são marcados pelo poder, não sofrem apenas a sua punição, mas também um processo de estimatização social intenso. Amália e toda a sua família são banidos não só pelo poder (o castelo) mas por toda a população da aldeia que os evita, como se tivessem contaminados por uma doença infecto contagiosa. A população passa a tratá-los como se não mais fossem humanos (como se não possuíssem direitos fundamentais)⁵⁷⁷.

Aqui, a atualidade do romance é assustadora quando percebemos que, não obstante o sigilo que deve acobertar o inquérito policial há verdadeira devassa. As mídias exibem até as vísceras dos indiciados e arguidos, como se já culpados fossem no curso da investigação e do processo, em que pese a existência do direito fundamental à presunção de inocência. Não raro, basta que haja uma acusação, ou mesmo uma mera suspeita seguida de investigação, para que o indivíduo “perca” sua condição de ser humano e com isso a proteção pelos direitos fundamentais, ficando submetido não só aos caprichos dos aparelhos estatais de poder, como também à estigmatização social.

Neste aspecto Elias Canetti (Canetti *apud* Löwy, 2005) sintetiza com perfeição o tema do romance *O Castelo*, afirmando ser “a humilhação pelo poder”. Este, a nosso sentir, é um elemento diferenciador da manifestação do poder entre os dois romances, aqui nota-se, com tintas fortes, a humilhação pelo poder, a estigmatização social.

Kafka neste romance ilustra também o fenômeno da biopolítica. O narrador em certa passagem destaca a cautela que K. deveria ter em relação à autoridade, pois se não estivesse “sempre alerta”, apesar de “toda amabilidade das autoridades” um dia qualquer, por imprudência, poderia cair “enganado pelo favor aparente” e então “a autoridade – sempre delicada e amável e como contrariando sua própria vontade”, mas em nome da ordem pública desconhecida, seria obrigada a intervir e “eliminá-lo”. Indaga o autor: “que era, na realidade, essa vida restante?”. Responde Agamben: vida nua! E conclui o narrador: “*Em nenhuma parte antes vira K. tão entrelaçadas à*

⁵⁷⁷ KAFKA, *O Castelo...* Op. cit., p. 218-234.

autoridade e a vida, tão traçadas que às vezes podia parecer que a autoridade e a vida tivessem permutado seus lugares” ⁵⁷⁸.

Outro aspecto interessante é a afigura do “estranho”, do “estrangeiro”, do “forasteiro”, um verdadeiro esboço da figura do inimigo no direito penal. A patroa do albergue descreve bem esta figura através do agrimensor K. *“E quem é o senhor? Não é do castelo, não é da aldeia; não é nada. Mas por desgraça o senhor, contudo é algo: um forasteiro [estrangeiro] um que se torna supra numerário [que está sobrando] e está sempre por aí, molestando; alguém por cuja causa se têm constantemente embaraços...”* ⁵⁷⁹. Não obstante a força atrativa de uma leitura do trecho sob a ótica da identidade judaica é possível também perceber um universalismo no personagem, e porque não associá-lo ao estrangeiro, ou ao imigrante, os ciganos, os que estão sob suspeito de terrorismo ou o suspeito de tráfico de drogas, quem sabe os negros, quem sabe os excluídos, quem serão os inimigos...?

Destaque-se, contudo, que o agrimensor não é um estrangeiro qualquer, é aquele que critica que quer ter direitos, alguém que recusa a “servidão voluntária”, alguém que não demanda “favores do castelo”, mas seus direitos. Mas estes são obstaculizados pela burocracia e sua existência é ameaçada. É o estranho paradoxo que se passa com os processos, isto é, o processo é uma garantia fundamental, um instrumento que tutela a liberdade em face do poder estatal (o dever ser), mas quando ele se instaura, inexplicavelmente sua existência (o ser) o subverte em um verdadeiro pesadelo para o indivíduo.

O que *O Castelo* exhibe também é como tudo ocorre diante de todos e há uma submissão (voluntária) social. Todas as arbitrariedades são assistidas pelos aldeãos (da aldeia global) que encaram tudo com normalidade, quiçá aplaudem. As violações dos direitos não causam mais espantos ⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ KAFKA, *O Castelo...* Op. cit., p. 79.

⁵⁷⁹ KAFKA, *O Castelo...* Op. cit., p. 70.

⁵⁸⁰ Neste sentido é bem ilustrativa a afirmação de Olga: “Assim é que Sortini me espanta; espanta-me a possibilidade de que possa haver semelhante abuso de poder, que nesse caso se malogrou, por ter sido expresso profundamente e sem subterfúgios e porque se apresentava assim com transparência absoluto, encontrando, além do mais, um adversário superior em Amália, mas que pode obter êxito pleno em mil

Para muitos, o estrangeiro é o único a não se inclinar diante dos poderosos insistindo nos direitos humanos por ter a ideia do que é uma simples vida no mundo (Arendt⁵⁸¹ *apud* Löwy, 2005). Na verdade no romance há outros personagens que demonstram resistência à servidão. Para além do personagem da servidora Pipi, Amália é uma personagem forte, que encarna a insubmissão e a dignidade humana, não se prestando a “favores sexuais” e pagando caro por isso, simbolizando que não é apenas o estrangeiro que tem coragem para resistir. Desta forma, Amália também é um representante deste espírito libertário de Kafka.

1.1.5.2.3 Na Colônia Penal

Para Günther Anders, o êxito de Kafka, para além de outros aspectos, residiu na elaboração de uma visão totalmente negativa da vida humana num mundo mecanizado. Para Anders, suas obras só poderiam ser bem entendidas como parábolas sobre como a nossa vida não deve ser. Por tal razão, seus textos são essenciais para traçarmos em nossa mente as condutas que não poderíamos ter para fazermos justiça à reivindicação de sermos humanos⁵⁸².

Ocorre que, contextualizando Kafka no realismo fantástico, embora não descartemos a leitura de Anders, o fato é que estamos convencidos de que Kafka não deve ser entendido como uma advertência de como nossa vida “não deve ser” e sim, lido como um ilustrador do “ser”, para daí extrairmos o “como deve ser”, sendo neste sentido nossa análise do processo a partir desta literatura realista.

O conto “Na Colônia Penal”, desnuda certo fetichismo⁵⁸³ pela máquina, diríamos nós, pela tecnologia. Como destaca Rüdiger⁵⁸⁴, deste conto é possível uma

outros casos, em casos apenas ligeiramente mais desfavoráveis, e subtrair-se a toda observação, mesmo à observação da própria vítima do abuso” (KAFKA, *O Castelo...* Op. cit., p. 209)

⁵⁸¹ ARENDT, Hannah. *Franz Kafka*. In *La tradition cachée*, p. 105.

⁵⁸² ANDERS, Günther. *Kafka: pró e contra*. São Paulo: Perspectiva, 1969, p. 106.

⁵⁸³ O sentido de fetiche aqui empregado corresponde a objeto feito pelo homem ao qual se atribui poder sobrenatural e se presta a culto, idolatria, uma perversão que produz subserviência total. (HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário de Língua Portuguesa*. 3ª edição, Curitiba: Editora Positivo, 2004, p. 891).

⁵⁸⁴ RÜDIGER, Francisco. *Fetichismo Tecnológico e Pensamento Pós-Humanista: Sobre “A Colônia Penal”, de Franz Kafka*. Liinc em Revista, v.4, n.1, março 2008. Rio de Janeiro, p.6-11, <http://www.ibict.br/liinc>

reflexão profundamente perturbadora sobre as relações entre homem e máquina - ampliaríamos nós - entre homem e tecnologia.

Na Colônia Penal o autor narra a história de um explorador que visita uma colônia e é convidado a assistir a execução de um soldado por insubordinação. Sua condenação deu-se mediante procedimento arbitrário, violadores dos direitos fundamentais, sem a mínima garantia de defesa e condenado sem mesmo conhecer sua sentença. Os personagens centrais são o explorador, o oficial, o condenado, um soldado, e, no epicentro do conto, “o aparelho”, uma estranha máquina de torturar e matar “realizando a justiça”. Trata-se indiscutivelmente de uma crítica à exaltação da tecnologia, destacadamente quando usada em detrimento dos direitos humanos.

A máquina mostra-se como um instrumento infalível de administração de justiça. Na centralidade do conto encontra-se a máquina e como um coadjuvante, o homem condenado. Trata-se de uma crítica à sociedade moderna que usa a tecnologia para desumanizar o homem.

Conta Michael Löwy que um dos poucos amigos de Kafka que teve oportunidade de conhecer foi Hugo Bergmann. Certa feita, estava em uma tarde de sábado de 1963, na casa de Bergmann em Jerusalém, quando este transmitiu uma flexão sobre a vida moderna a partir de uma cena da vida cotidiana que assistiram. Um casal de namorados no parque estava absorvido pelas palavras de um rádio transmissor que ouviam. Daí constatou Bergmann que nossa sociedade *está em vias de perder sua capacidade de diálogo e escuta recíproca: assiste-se a uma crise da comunicação humana, a um declínio do intercâmbio direto das pessoas, em benefício de aparelhos impessoais*⁵⁸⁵.

É esta mesma sensibilidade e apelo ao humano que encontramos no conto em apreço. Nele também reside gritante atualidade, basta ilustrar a impessoalidade do chamado interrogatório por videoconferência em detrimento do “Day in Court”, ou seja, no direito de fornecer a cada cidadão seu dia na corte, em outras palavras, o direito de

⁵⁸⁵ LÖWY, Franz...Op. cit., p. 16.

participação no processo⁵⁸⁶. O interrogatório ingressa na ordem brasileira como uma panacéia, sem fazer distinção se o acusado deve consentir nesta modalidade do ato de defesa (Lei 11.900/09), diferentemente do que ocorre na Europa que, por força do Art. 10, n. 9, da Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre Estados-Membros da União Européia, de 16 de Outubro de 2001, o interrogatório do arguido só pode ocorrer por videoconferência com o consentimento deste.

Esta é uma pequena mostra da atualidade do confronto tecnologia e direitos fundamentais no processo penal, o que já era abordado por Kafka neste conto de 1914 e nas conversas de Bergmann, em 1963.

Voltando ao conto, o sistema que ele apresenta é tão fechado em si que as transformações tornam-se muito difíceis, Narra o oficial que a instalação da colônia ocorreu por um antigo comandante e que mesmo após a sua morte, *a organização dela é tão fechada em si mesma, que o seu sucessor, mesmo tendo na cabeça milhares de planos novos, não poderia mudar nada, pelo menos durante muitos anos*⁵⁸⁷.

Em sede de prólogo, destacamos a existência cada vez mais íntima de simbiose entre o soberano, o jurista, com o médico, com o cientista, com o perito e com o sacerdote⁵⁸⁸. No conto, nota-se uma fusão interessante entre a inquisição e a biopolítica, pois perplexo indagava o explorador: “*Então ele reunia em si mesmo todas as coisas? Era soldado, juiz, construtor, químico, desenhista?*” Respondeu o oficial: “*certamente*”⁵⁸⁹.

A inversão de valores no conto, como na realidade em que vivemos, é absurda. O princípio da presunção de inocência, não raro, é substituído pelo princípio que rege a colônia, a saber: *O princípio segundo o qual tomo decisões é: a culpa é sempre indubitável*⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ FISS, *Um Novo...* Op. cit., p. 2007-2008.

⁵⁸⁷ KAFKA, Franz. *Na Colônia Penal*. Tradução Modesta Carone. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 8.

⁵⁸⁸ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p. 128.

⁵⁸⁹ KAFKA, *Na Colônia...* Op. cit., p. 12.

⁵⁹⁰ KAFKA, *Na Colônia...* Op. cit., p. 15.

Aqui, como no romance *O Castelo*, são reconhecidas “pequenas falhas”, *verbis*: “A máquina é muito complexa, aqui e ali alguma coisa tem de rebentar ou quebrar, mas não se deve por isso chegar a uma falso julgamento do conjunto” ⁵⁹¹.

Interessante a revelação da verdade escondida, o oficial afirma que tanto o procedimento como a execução não têm mais adeptos “declarados” ⁵⁹², ou seja, mas há adeptos não declarados. Os direitos fundamentais são enunciados que ninguém viola declaradamente, mas no plano real, “não declaradamente”, são inúmeras as violações, nem se mencione a tolerância às violações.

O conto desmascara também o quanto a sociedade tolera e, não raro, aplaude as violações de direitos. Exclama o oficial: “*Como era diferente a execução nos velhos tempos! Já um dia antes o vale inteiro estava superlotado de gente*” ⁵⁹³.

O desfecho da história é surpreendente. Quando o oficial percebe que não há mais como sustentar aquele regime desumano e que o procedimento e a execução estão fadados ao fim, seu fascínio pela máquina é de tal ordem que ele comete um suicídio. A morte pareceu ao oficial melhor que a impossibilidade de não mais exercer o poder sem limites. A adoração pela máquina (pela tecnologia) foi mais forte que o apego por sua própria vida, por sua própria humanidade. O oficial se entrega ao aparelho como uma desforra na humanidade. Ao se aproximar do aparelho o explorador “*viu quase contra sua vontade o rosto do cadáver. Estava como tinha sido em vida; não se descobria nele nenhum sinal da prometida redenção*” ⁵⁹⁴.

O desafio da humanidade é não ser tragada, destruída pela tecnologia. O desafio do processo penal é manter-se humanizado no plano do dever ser e fazer-se real e humanizado, realizando-se no plano do “ser”. Embora saibamos como o processo “deve ser”, através de Kafka, descobrimos como ele realmente ainda “é”, como podemos ver nos estudo de caso que segue.

⁵⁹¹ KAFKA, *Na Colônia...* Op. cit., p. 24.

⁵⁹² KAFKA, *Na Colônia...* Op. cit., p. 27.

⁵⁹³ KAFKA, *Na Colônia...* Op. cit., p. 28.

⁵⁹⁴ KAFKA, *Na Colônia...* Op. cit., p. 48.

1.1.5.3 Situação Kafkiana: estudo de um caso do século XXI.

1.1.5.3.1 Introdução ao caso

O caso em exame se refere a um processo no qual 17 pessoas foram acusadas de associação para o tráfico de drogas - art. 35 da Lei 11.343/06, na forma do art. 40 da mesma lei.

O nosso processo emblemático tramitou em uma comarca do interior do Estado do Rio de Janeiro, ou seja, em um juízo de direito vinculado ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sendo identificado por processo 0003089-16.2008.8.19.0044 (antigo 2008.044.003070-0).

Deter-nos-emos mais a situação de um acusado específico, pelo fato de sua defesa ter recorrido aos tribunais superiores, o que melhor nos permitirá observar a situação kafkiana. Trata-se do acusado que será chamado nesta análise de L.C.B.L. Sem prejuízo, haverá referências a situação de outros acusados.

L.C.B.L. era motorista profissional, tendo por mais de 04 anos a carteira assinada por uma conceituada empresa de prestação de serviços, vínculo este que existia quando de sua prisão. Contava o acusado, aproximadamente, 50 anos de idade, dois filhos, um menor com sérios problemas de saúde e uma jovem de, aproximadamente, 20 anos. Ambos os filhos dependiam, para o sustento, da verba alimentar que recebiam do pai que era motorista profissional.

O acusado L.C.B.L. nunca ostentou qualquer antecedente criminal, nunca foi preso ou processado criminalmente antes deste fato, ao contrário, possuía histórico de atividade laboral com sua carteira assinada por mais de vinte anos, tendo desenvolvido atividade como empregado de empresa de ônibus, marmoraria e por último motorista. Ademais, comprovadamente sempre exerceu atividade de suinocultor, sendo um homem simples, voltado também a trabalhos no campo, designadamente em relação à criação e comércio de animais, vocação esta advinda de sua família, proprietária de pequena gleba de terra em área rural.

Em síntese, tratava-se de acusado primário, com bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, tudo comprovado com robustez.

1.1.5.3.2 Do início da investigação: juiz inquisidor

Toda investigação teve início quando o Juiz da Comarca recebeu uma notícia anônima de que em um determinado bar da cidade havia exploração sexual de crianças. Desta forma, o magistrado levou formalmente o fato ao conhecimento da autoridade policial que, através de diligência, não confirmou a suspeita. Não obstante, em uma dessas diligências policiais, acabou por prender um sujeito por violência doméstica, sujeito este que se encontrava portando uma pequena quantidade de droga para seu consumo.

Por ocasião desta prisão, esse usuário de drogas portava uma carteira, na qual foram encontradas anotações e um pedaço de papel que continha inúmeros números de telefones, dentre os quais, o de L.C.B.L. A partir de tal dado, a autoridade policial requereu autorização judicial para interceptar incontáveis números de telefones, dentre os quais o de L.C.B.L.

O próprio Juiz que levou a notícia à autoridade policial foi quem apreciou e concedeu as interceptações telefônicas requeridas.

Este fato, por si só, compromete todo o sistema acusatório, sendo certo que o Juiz não tinha mais o distanciamento necessário ao julgamento, já que foi o autor da notícia crime e agora, dava-se a exercer jurisdição cautelar, autorizando escutas telefônicas. Surge aqui então, a figura bem ilustrada em Kafka, do Juiz total, o Juiz interessado-investigador-persecutor-e-julgador. Mais tarde, este mesmo juiz decreta a prisão e mantém-na, praticamente, até o fim do processo, quando então, ele mesmo julga o fato.

1.1.5.3.3 Da interceptação telefônica – o fetichismo tecnológico

As interceptações perduraram por vários meses, aliás, elas ocorreram, de certa forma, contemporaneamente ao debate nacional sobre abuso de interceptação telefônica, que gerou inclusive a instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito, a fim de apurar os abusos no uso deste meio investigatório.

Na verdade, o Brasil passou (ou passa) por um momento em que as escutas são praticamente o único recurso investigatório. Uma panacéia. Recorre-se à escuta telefônica de forma frenética e não excepcional, que é o caráter que reveste a medida. O

uso, e quase endeusamento desta tecnologia, é uma grande prova da exceção que virou regra, confirmando a crítica de Agamben, que destacamos no prólogo.

Há uma admiração cega pelo emprego deste método tecnológico de investigação e, notadamente, em sua infalibilidade, que nos remete para o conto Na Colônia Penal e o romance *O Castelo*. Qualquer frase que se diga ao telefone pode ser considerada indício de crime. Como afirma o oficial na Colônia Penal, “a culpa é sempre indubitável”.

No caso em exame, não obstante o fato de os investigados serem pedreiros, padeiros, donos de bar, suinocultores, dentre outros ramos profissionais, palavras como “cerveja”, “vinho”, “cimento”, “taipa”, “martelo”, “carne” e “churrasco” tomaram as conotações mais suspeitas, como se se referissem à droga.

Em que pese a Lei 9296/96 estabelecer o prazo de 15 dias, prorrogáveis por mais 15 dias⁵⁹⁵, para a interceptação telefônica, no caso vertente (e não raro esta é a regra no Brasil), as escutas se estenderam por, aproximadamente, 06 meses.

Vale dizer que a jurisprudência, verdadeiramente, esvazia o sigilo das comunicações ao sustentar que a renovação pode ocorrer sem qualquer limitação. No STJ tem se entendido que não havendo restrição legal ao número de vezes, a renovação pode ocorrer tantas vezes quando forem comprovadamente necessárias⁵⁹⁶.

Na doutrina brasileira, a voz abalizada do Professor e Desembargador Geraldo Prado é no sentido de que manter a interceptação por tempo indeterminado corresponde a suprimir o sigilo constitucional das comunicações. Ademais, mesmo no Estado de Defesa, a Constituição estabelece a restrição ao sigilo da comunicação telefônica por 30 dias e uma vez mais, por igual prazo, não sendo admissível que uma mera investigação permita a frustração do sigilo⁵⁹⁷. Vale lembrar que regra restritiva de direitos fundamentais não pode ser interpretada de forma extensiva e sim de forma restritiva, de

⁵⁹⁵ Lei 9296/96, art. 5º - A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

⁵⁹⁶ STJ, HC nº131057, Min. Napoleão Nunes Maia Filho: “Nos termos da Lei 9.296/96, que regulamentou a escuta telefônica autorizada judicialmente, o prazo definido para a interceptação é de 15 dias, permitida a renovação por igual período; todavia, não há qualquer restrição legal ao número de vezes em que pode ocorrer essa renovação, desde que comprovada a sua necessidade. Precedentes do STJ”.

⁵⁹⁷ PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 38-43.

maneira que o (suposto) silêncio da lei não pode ser lido como possibilidade de renovações ilimitadas.

Cumprе registrar que bons ventos já começam a soprar no STJ através de voto que adota boa doutrina sobre o tema. A referência é ao acórdão relatado pelo Ministro Nilson Naves, que por unanimidade declarou a ilicitude das renovações sucessivas⁵⁹⁸.

Mas o fato é que, no caso ilustrativo, foram meses de interceptação com conversas que, destacadamente em relação ao acusado L.C.B.L., nada demonstravam relativamente a indícios de envolvimento com tráfico de drogas, ou associação para tal fim.

1.1.5.3.4 Do (inconstitucional) segredo no inquérito policial

Após longos meses de interceptação, ocorre o ápice da situação kafkiana. O Juiz decreta a prisão temporária dos indiciados, é efetuada mais de uma dezena de prisão, dentre as quais a de L.C.B.L. O curioso e kafkiano, é que foi decretado também o segredo do inquérito, de forma que os presos, e também seus advogados - acredite-se - e os familiares, desconheciam as razões da prisão e o conteúdo da investigação. O inquérito foi mantido em sigilo em relação a tudo que já constava dos autos e não só no tocante às diligências em curso.

O sigilo só foi quebrado por força de um *habeas corpus* concedido através de liminar, por um Desembargador do TJRJ, que se encontrava no plantão noturno.

⁵⁹⁸ STJ, HC 76686: “Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade. 1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”. 2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – “renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”. 3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. 4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano). 5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito”.

Note-se que o Juiz de primeiro grau manteve o sigilo do inquérito ao arrepio da Constituição e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que neste assunto é categórica no sentido de que não é possível opor o sigilo do inquérito à defesa em relação às diligências que não estejam em curso⁵⁹⁹.

⁵⁹⁹ STF – “Descabe indeferir o acesso da defesa aos autos do inquérito, ainda que deles constem dados protegidos pelo sigilo”. (HC 92331, Min. Marco Aurélio, 18/03/2008); “Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluam os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. Habeas corpus de ofício deferido, para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial e a obtenção de cópias pertinentes, com as ressalvas mencionadas”. (HC 90232, Min. Sepúlveda Pertence, 18/12/2006). Mesmo no STJ tal entendimento é consistente: “PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. SIGILO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. DEFERIMENTO DE LIMINAR. ACESSO AOS AUTOS DO INQUÉRITO PELO ADVOGADO CONSTITUÍDO DO INVESTIGADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Hipótese de flagrante ilegalidade, apta a ser sanada de ofício pela via do Habeas Corpus. 2. Conforme orientação firmada pelo Pretório Excelso e por este STJ, não se pode negar o acesso do Advogado constituído aos autos de procedimento investigatório, ainda que nele decretado o sigilo. Contudo, tal prerrogativa não se estende a atos que por sua própria natureza não dispensam a mitigação da publicidade (v.g., futuras interceptações telefônicas, dados relativos a outros indiciados) 3. Parecer do MPF pela concessão da ordem. 4. Habeas Corpus concedido” (HC 95979, 05/06/2008); “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE ACESSO AOS AUTOS DE INQUÉRITO POLICIAL. ADVOGADO CONSTITUÍDO. INDEFERIMENTO. SIGILO DAS INVESTIGAÇÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. INCOMPATIBILIDADE COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO INDICIADO. PRECEDENTES DO PRETÓRIO EXCELSE E DESTA CORTE. 1. A teor do entendimento desta Corte e do Pretório Excelso, mesmo na hipótese de decretação de sigilo, afigura-se possível o acesso do advogado constituído aos autos do inquérito policial. 2. Há de se ressaltar, porém, que, além da necessidade da demonstração de que o seu cliente está sendo, efetivamente, alvo de investigação no inquérito policial, o acesso conferido aos causídicos deverá se limitar aos documentos já disponibilizados nos autos, não sendo possível, assim, sob pena de ineficácia do meio persecutório, que a defesa tenha acesso, “à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso.” (HC n.º 82354/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24/09/2004). 3. Ordem concedida para assegurar ao advogado constituído do ora Paciente o direito de consultar os autos do inquérito policial e a obter as cópias pertinentes, relativas, ressalve-se, tão-somente às provas já concluídas” (HC 58377, 03/06/2008). Esta jurisprudência também ecoa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, vale referir: Apelação 2007.050.06066 Des. Gilmar Teixeira Não permitir ao advogado o livre acesso a todos os atos já documentados no inquérito policial, é esvair os dois direitos acima citados, pois se o indiciado

Este é o ponto alto, a conjunção entre o nosso acusado real L.C.B.L. e a “ficção” de Josef K. ou do condenado da Colônia Penal.

1.1.5.3.5 O “sigilo” da acusação – inépcia da denúncia

Não obstante o artigo 41 do código de processo penal brasileiro dispor que a denúncia conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, no caso em exame o Ministério Público formulou denúncia contra L.C.B.L. com apenas um parágrafo com três linhas, não havendo imputação de fato, em manifesta violação aos termos do art. 41 do CPP. Vale transcrever a denúncia em relação a três acusados: *“Aos demais integrantes desta quadrilha, H., L.C. [L.C.B.L.], G. e J. R. cabiam as funções de guarda, depósito e venda dos entorpecentes em Porciúncula - RJ”*.

Para além da qualificação do acusado, este é o único parágrafo no qual consta o nome de L.C.B.L., assim mesmo, o Promotor de Justiça utilizou as três pequenas linhas para “acusar” 04 (quatro) pessoas. Desta forma não há como deixar de notar que a acusação é oculta, desconhecida. Por tal razão, em um *habeas corpus* indagava a defesa: *onde guardavam ou mantinham depósito? Que tipo de droga? Maconha? Cocaína? Vendiam a quem? Por quanto? Quando? Como? Onde?*

Curioso ainda que nenhuma droga foi encontrada com o L.C.B.L. ou com qualquer outro acusado. Daí a perplexidade, *como mantinham em depósito?* A denúncia sequer diz que guardavam e vendiam em **associação**. A técnica utilizada na acusação inviabiliza a defesa, pois não há fato imputado, apenas elementares do tipo.

Não obstante, L.C.B.L. *vivia em um Estado Constitucional de Direito, e todas as leis estavam em vigor* - tal qual narra *O Processo* - e, no caso atual, inclusive o STF já decidia que denúncias genéricas, que não descreve fato, vulneram os postulados do

desconhece as provas contra ele já carreadas na fase inquisitorial, posto que sonegadas, não terá elementos para saber se o melhor é calar ou falar. Já o advogado, com absoluta ignorância do que já foi apurado, transforma a sua presença em mero cumprimento de uma formalidade, eis que a defesa técnica não pode ser construída por absoluto desconhecimento daquilo que permanece em segredo. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Estado de Direito⁶⁰⁰. Como ousam em pleno século XXI acusarem alguém desta forma?

Todavia, esta acusação foi chancelada pelo Juiz que recebeu a denúncia inepta, pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁶⁰¹, que não concedeu *habeas corpus* deixando de reconhecer a inépcia, pelo STJ, que em decisão não fundamentada (fundamentação genérica cabível para indeferir liminar em qualquer processo) não concedeu a ordem de *habeas corpus*⁶⁰², e também pelo STF, que da mesma forma a indeferiu⁶⁰³.

1.1.5.3.6 A devassa aparentemente não realista: 26 mandados de busca – 0,02g de maconha apreendida

Após aproximadamente seis meses de escuta telefônica, finalmente chega “o grande dia” da devassa. O juiz autoriza 26 mandados de busca e apreensão e 17 mandados de prisão.

A dita “quadrilha” foi submetida à verdadeira devassa e, no entanto, não se apreendeu nenhuma arma, tampouco droga. Para não dizer, em uma casa foi encontrada uma faca, como se as casas não pudessem ter faca. Em outra residência foi encontrado 0,02g (dois decigramas) de maconha, praticamente um cigarro.

Como um trabalho de “inteligência” de seis meses, com dezenas de telefones monitorados, 26 domicílios vasculhados, mais de uma dezena de pessoas presas, pôde se resumir a “um cigarro de maconha”? A cena é digna de um romance de Kafka, mas o caso não é ficção, é realidade pura, que consta dos autos.

Tratava-se de uma quadrilha para fins de tráfico que não tinha drogas em depósito, tampouco armas. Qual o fundamento das prisões e dos processos? A tecnologia. Tudo se fiava nas escutas telefônicas, “elas não falham” - diria algum personagem de Kafka - ou ainda, “mesmo se houver uma ou outra falha, será pequena,

⁶⁰⁰ STF, HC 84409 - Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. No mesmo sentido: STF, HC 85658, e ainda no STJ, RHC 12663.

⁶⁰¹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ, Segunda Câmara Criminal, HC 200805908639.

⁶⁰² STJ, HABEAS CORPUS Nº 124.822 – RJ, Decisão em anexo.

⁶⁰³ STF, HC 97581 (Decisão em Anexo).

mínima, nada que coloque em jogo a boa reputação do sistema”, tal qual se lê em O Castelo ou Na Colônia Penal.

Desta forma, 0,02g de maconha e algumas frases que permitiam (com esforço imaginativo) interpretação não literal, justificaram a prisão de inúmeras pessoas, durante longos e vários meses.

1.1.5.3.7 A hierarquia do arbítrio

Na obra de Kafka tem-se oportunidade de se observar a hierarquia infinita e a sucessão de arbítrio no sistema de justiça, organizado de forma burocrática, que muitas vezes se transforma em um fim em si mesmo em razão de seu caráter hermético. No caso vertente, podemos visualizar este aspecto através dos sucessivos *habeas corpus* impetrados pela defesa de L.C.B.L.

A defesa impetrou três *habeas corpus* perante o TJRJ, três perante o STJ e três perante o STF, todos indeferidos e a maior parte sem fundamentação. Um deles, no STF, foi curioso, pois o parecer da Procuradoria Geral da República opinava pelo não conhecimento do *habeas corpus*⁶⁰⁴ com base na súmula 691 do STF⁶⁰⁵, mas, no mérito, reconhecia a ilegalidade da prisão. O parecer do Procurador da República conseguiu identificar toda a ilegalidade da prisão. Impõe-se a transcrição:

Como se vê, no caso, as razões expostas não justificam a prisão preventiva. **São argumentos genéricos. Não cita fatos concretos**, não bastando a mera indicação dos requisitos do art. 312 do CPP. Quer nos parecer, de consequente, que se trata de um caso peculiar. E, no ponto, vale, mesmo an passant, correr os olhos sobre a denúncia e os diálogos da interceptação telefônica, quanto ao paciente, **para se perguntar se a sua prisão não é um grande equívoco, que se arrasta há vários meses**, desde setembro de 2008. De outro lado, não foi preso em flagrante. Em sua residência, que foi objeto de busca de apreensão, nada foi encontrado. Tem ocupação lícita, **nem seu possível envolvimento, nas circunstâncias, se encontra claro na denúncia, data venia**. Aliás, essa descreve a atuação dos demais réus, mas não a do paciente, quem “cabia as funções de guarda,

⁶⁰⁴ “Preliminarmente, opino pelo não conhecimento da impetração, mesmo porque, na prática, ataca ato de juiz singular e não do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Assim, há supressão de instância, não admitida ante a redação do verbete da Súmula 691, dessa Corte Suprema” (PARECER Nº 6.411/ WG – nos autos do HC 97281 – STF).

⁶⁰⁵ STF – súmula 691: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

depósito e venda dos entorpecentes em Porciúncula-RJ (*destaques nosso*).

Em seguida, o parecer do Ministério Público colaciona jurisprudência evidenciando a ilegalidade da prisão.

Mesmo assim, a decisão do Ministro relator é categórica. Em seu relatório destaca que o Ministério Público opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* e que, no mérito, caso fosse vencida a preliminar, pela concessão da ordem em razão da ilegalidade da prisão por falta de indicação de elementos concretos. Contudo, ao examinar a questão, o Ministro relator deixou de conhecer o *habeas corpus* com base na súmula 691 do STF. Assim, mesmo com a Constituição tendo consagrado o *habeas corpus* como remédio incondicionado para violação do direito de ir e vir; mesmo sendo o *habeas corpus* medida que se deve deferir *ex officio*, dado o valor que a liberdade representa, mesmo em se tratando de uma garantia fundamental, o Ministro relator deixou de conceder a ordem com base em uma súmula, não obstante a flagrante ilegalidade da prisão.

O Ministro do STF tolerou a ilegalidade em “respeito” a uma súmula que teve nítida interpretação burocrática e irracional do sistema. Subjaz à decisão a seguinte conclusão: dane-se a liberdade individual e o direito fundamental, pois não é possível “suprimir instâncias”. Isso não é Kafka puro em pleno século XXI?

É de se notar que há julgados do próprio STF afastando a referida súmula 691 quando se trata, como no caso em exame, de flagrante ilegalidade⁶⁰⁶. Há precedentes também no STJ⁶⁰⁷.

Nesta quadra, o que impressiona (para não dizer que causa horror) é o fato de que mesmo tendo sido reconhecida pelo Ministério Público a ilegalidade, opinou pelo não conhecimento – (ir)racionalidade burocratizante – em detrimento do direito fundamental de liberdade do acusado. Em última análise, se quis dizer que: realmente, a prisão é ilegal, o juiz de primeiro grau e os Tribunais não reconheceram isso

⁶⁰⁶ STF, HC 87619.

⁶⁰⁷ “PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. CABIMENTO. PERDA DE OBJETO. Incabível ordem de habeas corpus contra decisão que indefere liminar em outro writ, **senão quando manifestamente evidente a coação ilegal**, aferível de plano” (STJ - HC 25805/SP).

liminarmente, embora fosse possível, mas, em razão da súmula 691, não reconheceremos a ilegalidade, e deixe que este “equívoco que se arrasta por meses” (diria Prefeito de O Castelo “um pequeno equívoco, o menor dos menores”), continue a operar, até que as instâncias inferiores o corrija, o que só se deu após, aproximadamente, 07 meses de prisão.

1.1.5.3.8 A defesa sequer é tolerada (ou será temida?)

No romance *O Processo* chega-se a conclusão de que a defesa era apenas tolerada,⁶⁰⁸ como já destacamos em outra passagem. Mas fora da “ficção” de Kafka, o quadro é muito pior. A defesa sequer é tolerada.

Uma situação tão peculiar quanto arbitrária ocorreu no caso L.C.B.L. Como é sabido, no sistema brasileiro, o *habeas corpus* é uma ação autônoma com pretensão de liberdade, cuja legitimidade é ampla, podendo ser exercida por qualquer pessoa em favor de quem sofre a ilegal coação, chamado de paciente.

Um dos *habeas corpus* em favor de LCBL foi impetrado perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Ocorre que um advogado auxiliava na defesa de L.C.B.L em razão da dificuldade que o Defensor Público, que atuava no caso, tinha para acompanhar e atuar nos recursos que tramitam na Capital do Estado, e alguns deles em Brasília, já que seu órgão de atuação era no interior do Estado, na comarca na qual tramitava o processo.

O referido advogado inclusive impetrou inúmeros *habeas corpus* em favor de LCBL, sendo, pois, perfeitamente possível, em sede de *habeas corpus*, a atuação conjunta da Defensoria Pública e do advogado, seja em razão da ampla legitimação para esse tipo de ação, seja em função do princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, CRF/88).

Ocorre que no *habeas corpus* nº 200805907288, impetrado pela Defensoria Pública, como o defensor da longínqua Comarca não poderia fazer a sustentação oral na capital do Estado, o advogado que auxiliava a defesa se apresentou no julgamento com o intuito de falar em favor de L.C.B.L. Mesmo tendo o causídico requerido a juntada da

⁶⁰⁸ KAFKA, *O Processo...* Op. cit., p. 145.

procuração outorgada por L.C.B.L., a Câmara do Tribunal de Justiça indeferiu a sustentação oral ao argumento de que a ação constitucional libertária tinha sido impetrada pela Defensoria Pública, razão pela qual não lhe era possível exercer, na tribuna, a defesa técnica. Para melhor compreensão é imperiosa a reprodução da ementa da decisão:

A UNANIMIDADE DETERMINOU A JUNTADA DA PROCURACAO DO ADVOGADO E INDEFERIRAM O USO DA PALAVRA PELO MESMO, PORQUANTO O PACIENTE ESTA ASSISTIDO PELA ILUSTRADA DEFENSORIA PUBLICA, SEM QUE HOUVESSE RENUNCIA POR PARTE DO REPRESENTANTE DA ASSISTENCIA JUDICIARIA, QUE GOZA DE GARANTIA CONSTITUCIONAL, COMO INSTITUICAO ESSENCIAL A FUNCAO JURISDICCIONAL, CONSOANTE O DISPOSTO NO ART. 134 DA C.F., INCUMBINDO-LHE A ORIENTACAO JURIDICA E A DEFESA, EM TODOS OS GRAUS, DOS NECESSITADOS, NA FORMA DO ART. 5o., LXXXIV DA C.F, DENEGANDO A ORDEM, NA FORMA DO VOTO DO E. DES. RELATOR. (TJRJ - HC 200805907288)

A decisão parte de duas premissas completamente equivocadas e que prestigiam a (ir)racionalidade burocrática em detrimento de direitos fundamentais. Primeiro por que alega que a Defensoria não “renunciou”. Ora, a Defensoria não havia nada que renunciar, já que nunca lhe fora outorgado nenhum mandato procuratório. A impetração de *habeas corpus* é feita por legitimidade autônoma, em nome da própria instituição. Ademais, fora o caso de *habeas corpus* no qual há uma legitimação autônoma da Defensoria e concorrente com todas as pessoas que desejarem defender a liberdade do paciente, inclusive o próprio paciente por si ou por advogado constituído, como era o caso, a exibição de instrumento procuratório, a toda evidência, afasta automaticamente a atuação da Defensoria Pública, não sendo necessária renúncia por parte desta.

O segundo “equivoco” é a afirmação de que a instituição goza de garantia constitucional e não poderia ser substituída naquele ato por advogado que ostentava procuração. Ora, nada naquele momento era maior que garantia constitucional do paciente à ampla defesa. Ademais, a intervenção que se pretendia era exatamente para fortalecer os interesses da própria Defensoria. Cuida-se de verdadeiro sofisma afirmar que não é possível a intervenção de advogado que agiria na defesa dos interesses pelos quais a própria Defensoria Pública lutava, ao argumento de que com isso estar-se-ia

defendendo prerrogativa da instituição Defensoria Pública. A toda evidência, admitindo-se, por absurdo, que o interesse institucional da Defensoria Pública prevalecesse em relação ao interesse da ampla defesa do paciente, certo é que a Defensoria estaria mais bem prestigiada se o advogado tivesse efetuado a sustentação oral de seu *habeas corpus* do que ter sido castrado de atuar em benefício do seu assistido.

Este é mais um exemplo claro da realidade que marca a obra de Kafka. Será que toda a questão jurídica não era bem compreendida ou simplesmente não se desejou sequer tolerar a defesa? Seria uma demonstração de poder? Muitas indagações podem ser feitas sobre as razões que conduziram a decisão. Mas o fato é que, através de argumentos burocráticos, negou-se o sagrado direito de defesa a L.C.B.L.

1.1.5.3.9 “Conclusão” do Processo

Após longos meses de prisão o acusado L.C.B.L. foi solto, sem que houvesse qualquer alteração fática. Simplesmente, um belo dia, o Juiz resolveu revogar a prisão diante do mesmo quadro fático. Desta forma, a mesma decisão poderia ter sido dada 07 (sete) meses antes. Em seguida, o acusado L.C.B.L. foi absolvido por falta de provas.

Este foi apenas parte do resultado do processo, diríamos nós a parte boa, pois, ademais, o acusado ganhou a liberdade após sete meses de prisão, quando já tinha perdido seu emprego.

L.C.B.L. saiu da prisão completamente transtornado e abalado psicologicamente após ter vivenciado situações impensáveis, como uma rebelião ocorrida na casa de custódia quando quase morreu sufocado com a fumaça produzida pela queima de colchonetes. Aqueles meses, certamente deixaram marcas perenes por toda uma existência.

Da mesma forma sua família sofreu. Os filhos privados do pai no natal de 2008. A ex-mulher e a filha se submetendo a revistas íntimas, desnudadas e sob ordem de agachamento⁶⁰⁹, aceitavam as condições para ingresso na casa de custódia, prática esta

⁶⁰⁹ Esta modalidade de Intervenção Corporal será analisada a frente.

de humanidade e admissibilidade que, nesta altura pode-se, ao menos, taxar-se de duvidosa.

Por fim, após os apontamentos fidedignos sobre este caso emblemático, como se pode conferir nos documentos anexos, é possível concluir que Kafka não só era realista como também, futurista, visionário, tinha visão além do alcance, além do século XX, chegando ao atual século XXI. Isto é “o processo”.

II. O PROBLEMA DA VERDADE NA FILOSOFIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES À VERDADE PROCESSUAL

Não obstante os incessantes esforços em busca da fidelidade, o “verdadeiro” nunca é o “real”. A realidade independe do homem, enquanto a verdade pertence à ordem do discurso ou da representação⁶¹⁰.

No curso da história, a verdade foi estudada de diferentes maneiras pela filosofia. A indagação sobre a natureza da verdade pertence à metafísica. Já o problema

⁶¹⁰ CLÉMENT *Et al.* *Dicionário...* Op. cit., p.389.

da preservação da verdade é de ordem lógica. Por sua vez, a questão do conhecimento da verdade é tarefa epistemológica⁶¹¹.

Parece haver certo consenso, desde Tomas de Aquino, no século XVIII, conceber a verdade como correspondência, isto é, adequação entre inteligência ou espírito que concebe e a realidade. Com efeito, a verdade é uma propriedade da linguagem e não do real. Não obstante, há quem aponte a verdade como coerência, e não como correspondência⁶¹².

As concepções de verdade variam desde o dogmatismo extremo ao ceticismo extremo. Entende-se por dogmatismo, primeiramente, toda filosofia que afirma certas verdades, sendo, assim a oposição ao ceticismo. Em uma segunda leitura, posterior a Kant, a palavra ganha, com frequência, um sentido pejorativo, não como oposição ao ceticismo, mas sim como oposição à crítica e ao criticismo⁶¹³. O Ceticismo, por seu turno, seria uma doutrina segunda a qual o espírito humano não é capaz de alcançar, com certeza, qualquer verdade de ordem geral ou especulativa⁶¹⁴. Em outros termos, o ceticismo propõe “praticar a dúvida”⁶¹⁵.

Os filósofos dogmáticos formularam teorias com a pretensão de responder as grandes questões que desafiam a inteligência humana. Já os filósofos céticos se ocuparam de avaliar e discutir racionalmente, sob a premissa de que sempre as tentativas podem estar erradas. Desta forma, dogmatismo e ceticismo marcam os limites extremos, estando, no meio, o campo no qual ocorrem os exames filosóficos mais produtivos⁶¹⁶.

Uma das grandes contribuições sobre a verdade vem dos filósofos vinculados ao pragmatismo, para os quais a verdade é essencialmente dependente dos resultados

⁶¹¹ SCHORN Remi. *O Problema da Verdade do Conhecimento no Racionalismo Crítico*. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2008, p. 34.

⁶¹² CLÉMENT *Et al.* *Dicionário...* Op. cit., p.390.

⁶¹³ LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁶¹⁴ ALVES, Manuel dos Santos. *História da Filosofia*. Porto: Porto Editora, 1989, p. 44.

⁶¹⁵ CLÉMENT *Et al.* *Dicionário...* Op. cit., p. 56.

⁶¹⁶ SCHORN. *O Problema...* Op. cit., p. 27.

práticos e da utilidade para o homem⁶¹⁷. Neste contexto, as concepções de verdade de Nietzsche são preciosas.

Para Nietzsche, a verdade é relativa à instância de avaliação que a institui como pretensamente incondicional. A concepção de verdade absoluta é falsa e está vinculada a interesses, a vontade de poder⁶¹⁸. O referido autor ousou questionar a razão que nos faz querer a verdade e se ela merece mesmo ser procurada, asseverando que a verdade é uma escolha e podemos gostar mais de outras coisas do que da verdade⁶¹⁹.

Interessa-nos, nesta altura, destacar o falibilismo. Trata-se de uma doutrina filosófica segundo a qual não podemos ter a certeza de qualquer forma de conhecimento. O falibilista não incide nem no ceticismo radical, isto é, não afirma que nenhuma forma de conhecimento é válida, e nem no relativismo radical, pois, também não admite qualquer forma de conhecimento como válida. Para os filósofos falibilistas, existem formas de conhecimento mais válidas, legítimas e frutíferas que outras, mesmo que não tenhamos certeza delas.

Um dos grandes nomes do Falibilismo é Karl Popper, um kantiano preocupado principalmente com a epistemologia⁶²⁰, considerado um dos filósofos mais influentes do século XX. Foi um filósofo social e político, defensor da democracia liberal. Para ele, as sociedades liberais ou abertas convivem melhor com a concorrência das teorias, enquanto as sociedades fechadas se assentam em explicações totalizadoras e irrefutáveis do mundo, de forma que a reflexão epistemológica desemboca numa ética da verdade própria das sociedades democráticas⁶²¹.

Popper afirma que a verdade, em sua epistemologia, funciona como ideia regulativa da correspondência entre a asserção e aquilo a que a asserção se refere⁶²². O que distingue a filosofia popperiana é sua concepção de verdade como ideia regulativa, em contexto falibilista, e seu criticismo como remédio para o dogmatismo e o ceticismo.

⁶¹⁷ ALVES. *História...* Op. cit., p. 141.

⁶¹⁸ GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. *Nietzsche & Para Além de Bem e Mal*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 18.

⁶¹⁹ CLÉMENT *Et al.* *Dicionário...* Op. cit., p. 391.

⁶²⁰ SCHORN. *O Problema...* Op. cit., p. 32.

⁶²¹ CLÉMENT *Et al.* *Dicionário...* Op. cit., p. 307-308.

⁶²² SCHORN. *O Problema...* Op. cit., p. 34.

No âmbito da crítica, o falibilismo é busca da verdade em condições de incerteza. No falibilismo, encontra-se a negação da possibilidade de demonstração absoluta da verdade, embora também não negue absolutamente a possibilidade da verdade⁶²³.

Na mesma esteira, encontramos Charles Sanders Peirce, um dos grandes filósofos norte-americanos, apontado como o criador do pragmatismo e da semiótica moderna⁶²⁴. Para ele, *em geral, não podemos, de nenhum modo atingir certeza nem exatidão perfeitas. Não podemos estar absolutamente certos de nada, nem podemos, com alguma probabilidade determinar o valor exato de qualquer medida ou proporção geral* (Peirce⁶²⁵ apud Salatiel 2009).

Na teoria do conhecimento de Peirce, o falibilismo é uma das teses centrais e um dos argumentos principais é que todo juízo é potencialmente errôneo ou não verdadeiro⁶²⁶.

Diante de tamanho problema filosófico em torno da verdade, causa-nos espécie a associação que se faz do processo penal com a chamada busca da verdade material, ou real. Com efeito, a presente proposta é assentar a verdade que se busca no processo aos limites impostos pelos direitos fundamentais e defender uma concepção falibilista de verdade para o processo penal. Impõe-se, então, uma nota sobre a busca da verdade no processo penal.

2.1 O Suposto Princípio da Verdade Real

Não é rara, muito ao contrário, a convicção de que, no processo penal, vigora o princípio da verdade real, o que importa, inclusive, no dever do Juiz, desenvolver, no curso do processo, atividade instrutória, uma vez que não se pode contentar com a verdade produzida pelas partes.

A doutrina tradicional no Brasil e em Portugal, há muito consagra a existência do chamado princípio da verdade real. Não são poucos os valorosos autores que

⁶²³ SCHORN. *O Problema...* Op. cit., p. 254.

⁶²⁴ SALATIEL, José Renato. *Falibilismo e Matemática em Charles S. Peirce*. Revista de Filosofia Argumento. Ano 01, nº 2, 2009, p. 7.

⁶²⁵ PIERCE, Charles S. *Reasoning and the Logic of Things: The Cambridge Conferences Lectures of 1898*. Kenneth Laine Ketner (Ed.). Cambridge/London: Harvard University Press.

⁶²⁶ SALATIEL. *Falibilismo...* op. cit., p. 8.

pontificam que, diferentemente do que ocorre no Processo Civil, no Processo Penal, o Juiz é dotado de poderes inquisitivos⁶²⁷, em decorrência do princípio da verdade real⁶²⁸.

No Brasil, afirma-se que o art. 156 do CPP é o supedâneo legal de tal princípio, vez que autoriza expressamente o Juiz a produzir provas de ofício, com o escopo de afastar dúvidas que ainda parem após a atividade das partes.

Os mesmos autores que advogam a importância dos poderes instrutórios do Juiz para a satisfação do interesse público na descoberta da verdade material (substancial ou real) afirmam, também, que a principal característica da atividade do Juiz deve ser a imparcialidade. Neste sentido ensinam Mirabete⁶²⁹, Figueiredo Dias⁶³⁰ e Greco Filho arrematam: *é evidente que a imparcialidade é garantia essencial*⁶³¹.

Em que pese o respeito por aqueles que cultivam a ideia de verdade real, ousamos discordar deste entendimento e fazer duas afirmações: 1) Não existe o princípio da verdade real; 2) Não pode o Juiz gozar de poderes instrutórios (inquisitivos). Tais assertivas não são incompatíveis com o modelo continental europeu, e muito menos podem ser tidas como adequadas apenas ao sistema anglo-saxão. Ao contrário, a negativa dos poderes instrutórios do juiz é uma exigência de qualquer sistema que preze pela imparcialidade do julgador.

O Processo Penal do Brasil, iluminado pelas bases da Constituição de 1988, não busca a verdade real. Como adverte Barros⁶³², alguns justificam a necessidade de se encontrar a verdade real em razão da supremacia do interesse público. Todavia, a própria Constituição elegeu a dignidade da pessoa humana (art.1º, III) como valor fundamental à República Federativa do Brasil.

⁶²⁷ Alguns autores chamam de “poderes instrutórios”. Cf. BARROS, Marco Antonio. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 135.

⁶²⁸ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito...* op. cit., p. 193; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, p. 216; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Ed. Atlas, 2000, p. 413.

⁶²⁹ MIRABETE. *Código...* Op. cit., p. 544.

⁶³⁰ DIAS, *Direito...* Op. cit., p. 315.

⁶³¹ GRECO FILHO. *Manual...* Op. cit., p. 67.

⁶³² BARROS. *A Busca...* Op. cit.

Este princípio apresenta-se como o primeiro limite imposto à busca da verdade no processo, exigindo que a verdade seja fruto de uma construção ou descoberta ética, respeitando a pessoa do réu enquanto fim em si mesmo.

Temos, ainda, na Constituição do Brasil, outro aviso sobre a opção constitucional de renúncia a uma verdade afinada ao dogmatismo como é a verdade real. Trata-se do art. 5º, inciso LVI, que proclama como inadmissíveis no processo as provas ilícitas. Deixou claro a Constituição que não lhe interessa a verdade absoluta, real ou material. Ao contrário, repita-se, almeja ela uma verdade eticamente construída⁶³³. Do contrário, não vedaria a admissão das provas ilícitas.

Não é diferente a conclusão quando analisamos o tema à luz da Constituição Portuguesa de 1976 que, em seu art. 32º, 8, prescreve: *São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa a integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.*

Retornando à Constituição Brasileira de 1988, deparamo-nos com o art. 98, I, no qual se vê a possibilidade de transação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo. A inserção de um espaço de consenso no Processo Penal demonstra, uma vez mais, a opção constitucional de renúncia a qualquer forma absoluta de verdade, uma vez que, através da transação penal, não há investigação da verdade, resolvendo-se o caso penal através de um “acordo” entre o Ministério Público e o suposto autor do fato. Também no Processo Penal Português, existem espaços de consenso, como a suspensão provisória do processo (art. 281º do CPP Português) e a perspectiva de uma política de mediação penal.

Isto posto, é inarredável a conclusão no sentido de que a Constituição (no Brasil e em Portugal) optou por um Processo Penal Democrático, adotando um sistema acusatório com espírito garantista e abraçando a ideia de verdade mínima⁶³⁴ possível, descoberta sob o crivo do contraditório, da ampla defesa e com respeito às garantias

⁶³³ ANDRADE, Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 15.

⁶³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução Ana Paula Zomer... et al. São Paulo: RT, 2002., paginas 38, 434-440.

processuais, dentre as quais a dignidade da pessoa humana⁶³⁵ e a imparcialidade do Julgador.

A busca da verdade está limitada pelos direitos fundamentais. Para não transformar o processo em um espetáculo de horrores, justifica-se *o sacrifício do ideal de obtenção de uma verdade processual mais próxima à realidade dos fatos*⁶³⁶. Portanto, não há que se falar em princípio da verdade real à luz de um processo penal afinado com as garantias fundamentais do ser humano, quando este suposto princípio encontra nítida barreira nos direitos fundamentais.

Nesta altura, o que nos interessa é, em uma investigação sobre as intervenções corporais, em que uma de suas faces se apresentam como meio de obtenção da verdade, destacar do sistema de direitos fundamentais, anteriormente examinado, aqueles princípios que atuam especificamente como limitadores axiológicos de tais medidas. Passaremos, então, a trazer algumas notas, menos genéricas, sobre a dignidade humana, a presunção de inocência e o *nemo tenetur se detegere*.

2.2 A DIGNIDADE HUMANA COMO LIMITE A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

O princípio da dignidade da pessoa humana já restou desenvolvido no prólogo. Todavia, como se inicia uma etapa de especificação dos princípios, mostra-se conveniente, nesta altura, extrair algumas considerações importantes sobre ela, como sínteses úteis à concretização que se pretende.

Ab initio, cabe destacar que a dignidade humana é um valor intrínseco da pessoa humana, irrenunciável e inalienável. É algo inerente ao ser humano, qualificado como princípio fundamental.⁶³⁷

Ressalta-se que a dignidade, como qualidade intrínseca do ser humano, nunca pode ser sacrificada, não obstante possa ser harmonizada em razão da igual dignidade de todos os seres humanos.⁶³⁸

⁶³⁵ Neste sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 99.

⁶³⁶ GOMES FILHO, *Direito à...* Op. cit., p. 99.

⁶³⁷ SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 42-43.

No que tange a sua eficácia, em relação ao Brasil a Portugal, pode-se afirmar que é imediata, uma vez que a Constituição do Brasil e de Portugal assim preconizam, respectivamente, nos artigos 5º §1º da CRF/1988 e art. 18 da CRP.

Embora a densificação da dignidade humana e sua concordância prática seja de grande dificuldade, a chamada *teoria de cinco-componentes*⁶³⁹ e a *fórmula-objeto* de Dürig são de importância ímpar na regência do tema concernente às intervenções corporais.

A primeira teoria eleva a integridade física e espiritual do homem como aspectos irrenunciáveis de sua individualidade e consagra a autonomia individual através da limitação dos poderes públicos, relativamente aos conteúdos, formas e procedimentos do Estado de Direito⁶⁴⁰. A segunda postula que a dignidade humana é atingida quando a pessoa humana se torna um mero objeto do agir estatal⁶⁴¹.

As intervenções corporais, inegavelmente, mostram-se como incursões sobre a dignidade humana e ambas as teorias dão sentido concreto e iluminam a dignidade humana, permitindo sua proteção. Não há dúvida de que as intervenções corporais afetam o corpo e podem transformar o homem em um objeto. Buscando uma imagem de Kafka, através das intervenções, é possível que o homem amanheça como um inseto⁶⁴², desprovido de qualquer proteção, ou na expressão de Agamben, simplesmente vida nua.

A dignidade humana deve, então, iluminada pelas referidas teorias, incidir especialmente na vedação de certos meios de provas e no tratamento que se dá ao arguido, que não perde sua condição de pessoa humana por estar frente ao Estado-juiz

⁶³⁸ SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 74.

⁶³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição, Almedina, 2003, p. 249.

⁶⁴⁰ CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 248-249.

⁶⁴¹ KLOEPFER, Michael. *Vida e Dignidade da Pessoa Humana*. Tradução: Rita Dostal Zanini. In *Dimensões da Dignidade*. (Ingo Wolfgang Sarlet: organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 164.

⁶⁴² “Quando certa manhã Gregor Samsa despertou, depois de um sono intranquilo, achou-se em sua cama convertido em um monstruoso inseto” (KAFKA, Franz. *A Metamorfose*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 13).

ou sob a mira da investigação criminal. O Estado não só deve respeitá-lo como pessoa, mas tutelar tal condição humana.

Por fim, sempre se deve ter em mente que a dignidade é o fim do próprio Estado. Dessa maneira, toda atividade estatal deve estar sempre voltada à tutela, à realização e ao respeito à dignidade humana, o que não exclui a atividade persecutória estatal, seja através da investigação criminal, seja no exercício da ação penal, seja no curso do processo, seja ainda na execução penal, já que o Estado pode até privar o homem de sua liberdade, mas jamais de sua dignidade.

2.3. Princípio da presunção de inocência⁶⁴³

A origem histórica da presunção de inocência encontra-se na reforma do sistema repressivo pela revolução liberal do século XVIII.⁶⁴⁴

Na idade média, na Europa continental, a autoridade do Estado se sobrepunha à liberdade individual do cidadão. O Juiz acumulava as funções de instrução, acusação e de julgamento, ocupando uma posição de superioridade sobre o acusado, que não possuía nenhum tipo de garantia. O processo era totalmente escrito, secreto e praticamente sem contraditório.⁶⁴⁵ Em conformidade com as práticas inquisitivas, vigorava a presunção de culpabilidade do acusado. No processo penal inquisitivo, em caso de dúvida sobre o fato delitivo e sua autoria, prevalecia o *favor societate* ao invés do *favor rei*. A prisão preventiva não se encontrava sujeita a limites temporais, possuindo expresse caráter retributivo. Portanto, conclui-se que o princípio da presunção de culpabilidade considerava o acusado como mero objeto de investigação.⁶⁴⁶

⁶⁴³ Reproduziremos aqui algumas ideias já traçadas por ocasião de nossa dissertação de mestrado. Os apontamentos aqui basicamente não trazem inovações de enfoque, mas continuam sendo importantes como referencial para a leitura crítica que faremos das intervenções corporais. Na verdade, o aprofundamento principiológico que almejamos nesta fase de doutoramento reside na articulação-aproximação deste princípio com o *nemo tenetur*, no qual se insere também o direito ao silêncio, como princípios correlatos à presunção de inocência.

⁶⁴⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.09.

⁶⁴⁵ VILELA, Alexandra. *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.29.

⁶⁴⁶ COSTA, Breno Melaragno. *Princípio constitucional de presunção de inocência*. In: os princípios da constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.342.

Na idade Moderna, reformadores como Beccaria e Pufendorf passaram a reagir contra o referido processo inquisitório. Clamaram por um conjunto de reformas para o processo penal, defendendo postulados como o princípio da presunção de inocência. Na precisa lição de Beccaria, um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode negar-lhe a sua proteção pública, senão quando for decidido que violou os pactos com os quais se comprometeu⁶⁴⁷. Essas ideias obtiveram grande sucesso na Itália e, rapidamente, difundiram-se na França, principalmente pelo filósofo Voltaire.

A presunção de inocência teve sua primeira previsão expressa com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, precisamente em seu inciso 9º, cujo texto *in verbis* foi incluído no cabeçalho da Constituição Francesa de 1791: *Todo homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecendo como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efectuar, deve ser severamente reprimido pela lei.*⁶⁴⁸

Em 1873, o princípio da presunção de inocência é elevado a postulado fundamental da ciência processual e ao patamar de garantia primeira e fundamental por Francisco de Carrara.⁶⁴⁹

Apesar de o presente princípio ter sido consagrado na França, foi na Europa, através de suas escolas, que se assistiu a um grande debate acerca da presunção de inocência.

A Escola Clássica, classificada como dualista, defendia dois objetivos: castigar os delinquentes e evitar a condenação dos inocentes, sendo que este último prevalecia sobre o primeiro – via na presunção de inocência uma absoluta condição de legitimidade de procedimento penal, com o propósito de restringir a ação do acusador e

⁶⁴⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 37.

⁶⁴⁸ VILELA. *Considerações...* Op. cit., p. 33-34.

⁶⁴⁹ FERRAJOLI. *Direito...* Op. cit., p. 550.

do juiz, a fim de evitar o arbítrio e o erro. Carrara defendia que é preferível deixar impune um criminoso a condenar um inocente.⁶⁵⁰

No entanto, a presunção de inocência passa a sofrer imensas críticas, sobretudo pela Escola Positivista, representada por processualistas como Raffaele Garofalo, que postulava a prisão provisória obrigatória e geral para os delitos mais graves, e Enrico Ferri, que defendia modelos de justiça sumária.

Surgiram ainda, críticas mais duras por parte da Escola Técnico-Jurídica, a qual via no processo um meio de repressão da criminalidade. Esse pensamento jurídico inspirou o Código de Processo Penal Italiano de 1931, que, por sua vez, inspirou o código de Processo Penal brasileiro de 1941.⁶⁵¹

Manzini passou a atacar a presunção de inocência, considerando-a um absurdo extraído do empirismo francês. Ele valorizava os institutos da prisão provisória e do segredo sumarial, afirmando que não ser considerado culpado não equivale a ser considerado inocente.⁶⁵²

Apenas em 1948, a presunção de inocência passa a ser prevista na constituição da Itália. E, em função do debate, geram-se sequelas no pensamento e na cultura penalista italiana. A presunção de inocência foi debilitada nos dois significados garantistas que lhe são associados: como regra de tratamento do imputado e como regra do juízo.⁶⁵³

Ressalta-se que tais marcas também atingiram o Brasil, tendo em vista que o nosso código de 1941, ainda em vigor, baseou-se na ideologia fascista do código Italiano de 1931. Somente em 1988, com o advento da Constituição republicana, que se contemplou o princípio da presunção de inocência no art. 5, LVII.

É notório que a presunção de inocência foi sendo incorporada às constituições e leis processuais em momentos de crescimento democrático das nações. Com o fim da

⁶⁵⁰ VILELA. *Considerações...* Op. cit., p. 37.

⁶⁵¹ GOMES FILHO. *Presunção...* Op. cit., p. 17.

⁶⁵² MANZINI, Vecenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale*. Vol. I, 1920, p.180.

⁶⁵³ FERRAJOLI. *Direito...* Op. cit., p. 551.

Segunda Guerra Mundial, tal princípio foi incorporado a diplomas internacionais e aos poucos passou a compor os ordenamentos jurídicos europeus.

A Organização das Nações Unidas, em 1948, proclamou o princípio no art. 11, 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, com a adesão futura do Brasil, assim como a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, em Roma, e o Pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembléia Geral da ONU em 1966. Posteriormente, em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, trouxe no artigo 8º, 2 *que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*. Esta convenção foi ratificada e promulgada pelo Brasil (Decreto 678 de 6/11/1992), em consonância com o art. 5º § 2 da CRF/88.⁶⁵⁴

A constituição Espanhola de 1978 trouxe a presunção de inocência em seu art. 53º, nº 1. Já a Constituição da República Portuguesa a prevê em seu art. 32º/ 2, o qual preleciona que *Todo arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*.

Feitas estas considerações, resta-nos reconhecer que tanto no sistema constitucional português, como no brasileiro, está contemplado o princípio da presunção de inocência como garantia fundamental do processo penal democrático.

Todavia, Geraldo Prado ressalva que o modelo de processo penal brasileiro atual balança entre exigências normativas garantistas e práticas autoritárias.⁶⁵⁵ Em outras palavras, o tratamento da prisão, as práticas das delegacias de polícia e dos tribunais brasileiros ainda possuem resquícios do regime fascista que o expirou.

⁶⁵⁴ GOMES FILHO. *Presunção...* Op. cit., p. 31.

⁶⁵⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 3.

2.3.1 As três dimensões da presunção de inocência

Primeiramente, importante elucidar o significado etimológico da palavra “inocência”, a qual vem do latim “in” (não) mais “nocens” (nocivo), formando o termo “não nocivo”. Este significado gera uma ideia errada de uma presunção de “não-nocividade” do imputado, baseada em uma crença na bondade inerente aos homens.⁶⁵⁶ A presunção de inocência deve ser sempre interpretada como uma norma de dever ser e não norma baseada na realidade ou na natureza: o indivíduo deve ser considerado inocente durante o processo penal por opção política do legislador.

O princípio da presunção de inocência possui três faces ou três dimensões, ou seja, pode ser visto como regra de tratamento, regra de julgamento e regra de garantia.⁶⁵⁷

2.3.1.1 A presunção de inocência como regra de tratamento

Quanto a esta primeira dimensão, impõe-se ressaltar que embora recaiam sobre o imputado suspeitas de práticas criminosas, no curso do processo deve ele ser tratado como se fosse inocente até que seja proferida condenação definitiva, não podendo ver-se diminuído social, moral, nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo.

Deste modo, a presunção de inocência inspira a liberdade pessoal do imputado, de tal forma que se, ao longo do processo, for necessária a aplicação de alguma medida de coação, esta não poderá ser aplicada como uma sanção, uma vez que é vedada a execução provisória da sentença de condenação e a antecipação da pena.⁶⁵⁸

Portanto, essa dimensão atua sobre a exposição pública do imputado, sobre sua liberdade individual, funcionando, neste último caso, como limite às restrições de

⁶⁵⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens*. Tradução: Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 52.

⁶⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Estudo de Direito e Processo Penal*, São Paulo: RT, 1998, p.101-107.

⁶⁵⁸ VILELA. *Considerações...* Op. cit., p. 58.

liberdade do acusado antes do trânsito em julgado. Em outros termos, o princípio atua como limitação teleológica à aplicação das prisões cautelares.⁶⁵⁹

Com relação a esta dimensão e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Antônio Magalhães Gomes Filho alega que o texto, ao dispor que “ninguém será considerado culpado...”, refere-se a uma condição de “não culpabilidade” do imputado, diferentemente da expressão “presunção de inocência”, que está mais relacionada com a regra de orientação do juiz no momento da decisão. Para este autor, esta diferença sutil demonstra que o art. 5º, LVII da CRF/88 privilegiou a temática do tratamento do acusado durante todo o processo, de forma que não poderá ser considerado culpado até a sentença definitiva. Esta regra constitucional tem como premissa o respeito à dignidade dos suspeitos, indiciados e acusados, sendo ilegítimos quaisquer efeitos negativos provenientes exclusivamente da imputação.

No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior defende que a presunção de inocência como regra de tratamento do imputado obriga o juiz a manter mais do que uma postura negativa em relação ao mesmo⁶⁶⁰. O juiz deve tratar o acusado efetivamente como inocente, o que pressupõe a sua imparcialidade, não devendo nunca agir como parte acusatória.⁶⁶¹ Ao recair a intervenção do processo penal sob o acusado, seus direitos não podem ser restringidos durante o processo e nem mesmo durante o inquérito policial.

Essa face da presunção de inocência pressupõe a igualdade de armas entre a defesa e a acusação através de um efetivo processo penal contraditório,⁶⁶² onde se deve assegurar ao acusado o direito de contraprova e contestação em pé de igualdade com o ônus da acusação de provar a materialidade e autoria delitiva. *Deve-se assegurar, no âmbito da justiça criminal, a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo, através de um processo justo.*⁶⁶³

⁶⁵⁹ VILELA. *Considerações...* Op. cit., p. 113.

⁶⁶⁰ LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.176.

⁶⁶¹ FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. *Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de pronúncia* – Considerações. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, ano 11, n.41, janeiro-março de 2003.

⁶⁶² LOPES JR. *Introdução...* Op. cit., p. p.178.

⁶⁶³ GOMES FILHO. *Presunção...* Op. cit., p. 37.

Nos dias atuais, resta-se mais do que notória a publicidade abusiva dos atos jurisdicionais pela imprensa, o que ofende a presunção de inocência, uma vez que utilizam os acusados como bodes expiatórios e os estigmatizam como verdadeiros monstros. Assim, nesse patamar, é essencial que haja uma harmonização do princípio da inviolabilidade do direito à intimidade, previsto no art. 5º, X da CRF/88 e da presunção de inocência com os princípios que garantem a liberdade de informação e a publicidade dos atos judiciais. É necessário que a imprensa não viole a presunção de inocência, pois muitas vezes confere o status de culpado ao indivíduo quando nem ocorreu o trânsito em julgado, não raro sequer tenha havido acusação formal, o que causa prejuízos irreparáveis ao imputado e fere de maneira brutal a sua dignidade.

Devido a esta situação crítica, a Comissão Europeia de Direitos Humanos passou a tomar certas atitudes para combater as campanhas da imprensa contra os acusados. Defende que a atuação da mídia pode prejudicar o direito ao devido processo legal e que o direito à liberdade de informação deve se limitar a informações objetivas sobre o desenrolar do processo, de forma a se evitar a antecipação da condenação.⁶⁶⁴ Portanto, o princípio da presunção de inocência gera para o Estado o dever de controlar as atitudes da imprensa.

Por fim, não se pode esquecer de que é necessário que haja uma mudança nas práticas habituais dos tribunais, a fim de proporcionar maior efetividade ao princípio da presunção de inocência. Deve-se abandonar o lugar de inferioridade do réu em face do poder punitivo no plenário do Júri, o uso de algemas como regra, revistas pessoais por parte de policiais, imposição de prisão provisória como antecipação de pena, entre muitas outras.

2.3.1.2. A presunção de inocência como regra de julgamento

É possível também verificar o princípio da presunção de inocência como uma regra do direito processual penal ligada ao julgamento e com incidência no campo probatório. Esta face do princípio está ligada à estrutura do processo, ou seja, na técnica

⁶⁶⁴ BACIGALUPO, Enrique. *O significado dos direitos humanos no moderno processo penal*, Tradução: Ricardo Breier. In: Revista da AJURIS (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul), ano XXXII, n. 99, setembro de 2005, p. 290.

de averiguação dos fatos praticados, que deve ser realizada de maneira que o acusado se encontre desobrigado de provar sua inocência, enquanto a acusação possui a tarefa de provar sua culpa. Certo é que, no caso de dúvida sobre a culpabilidade ou insuficiência de provas sobre autoria e materialidade delitiva, é dever do juiz absolver o réu.⁶⁶⁵

O indivíduo a quem se imputa a prática de um crime é presumido inocente até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A presunção de inocência exige que a acusação seja submetida à prova e à contestação por parte da defesa, como condição de averiguação da culpa do imputado.⁶⁶⁶

Portanto, a presunção de inocência compõe-se de um critério pragmático de solução de dúvida no processo penal, que se desdobra na regra *in dubio pro reo*, contribuindo para a determinação da verdade processual.

Essa dimensão do princípio em exame ressalta que o acusado não está obrigado a fornecer provas de sua inocência. Deste modo, o interrogatório do réu deve ser utilizado como meio de defesa, sendo-lhe garantido o direito ao silêncio, sem que lhe gere prejuízos.

Importante destacar que a presunção de inocência é uma garantia ligada diretamente ao devido processo legal. São princípios que se complementam e devem ser interpretados em conjunto com os demais direitos e garantias previstos na CRF/88.⁶⁶⁷

Por derradeiro, chega-se à conclusão de que a presunção de inocência como regra de julgamento deve estar contida no âmbito de um regime de garantias de transcendência imediatamente epistemológica, cujos elementos estruturais são elevados à categoria de direitos fundamentais de natureza processual pela CRF/88: *ônus probandi* pela acusação, ampla defesa, contraditório e decisão judicial motivada e imparcial. Apenas quando tais direitos são respeitados é que se pode dizer que os pressupostos

⁶⁶⁵ VILELA. *Considerações...* Op. cit., p. 59.

⁶⁶⁶ FERRAJOLI. *Direito...* Op. cit., p. 549.

⁶⁶⁷ GOMES FILHO. *Presunção...* Op. cit., p. 46.

jurídicos e cognoscitivos do juízo e da legitimidade da decisão judicial foram satisfeitos.⁶⁶⁸

2.3.1.3. A presunção de inocência como regra de garantia

Por fim, vê-se, ainda, na presunção de inocência, uma regra de garantia. Na convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º), ficou assentado claramente este aspecto quando se diz que *toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*.

Para Germano Marques da Silva, o referido princípio impõe ao Ministério Público o dever de apresentar, em juízo, todas as provas de que disponha, sejam desfavoráveis, sejam favoráveis ao imputado. Preceitua, ainda, estreita legalidade na atividade policial e na do Ministério Público, projetando-se no próprio funcionamento dos tribunais.⁶⁶⁹

Segundo Gomes, *viola-se a presunção de inocência como regra de garantia quando, na atividade acusatória ou probatória, não se observa estritamente o ordenamento jurídico*⁶⁷⁰. Em nosso ordenamento constitucional, esta dimensão do princípio da presunção de inocência veio destacada no art., 5º, LVI da CRF/88, que consagra a inadmissibilidade das provas ilícitas.

Deste modo, a colheita das provas deve respeitar o *Due Process of Law*. Para se evitar o que vem acontecendo nos dias de hoje, como as chamadas denúncias genéricas e as gravações telefônicas ilegais. Com efeito, a presunção de inocência exibe-se como uma regra de garantia, isto é, garantia de legalidade, vedando a admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos.

⁶⁶⁸ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (orgs.). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005, p. 70-71.

⁶⁶⁹ SILVA, Germano Marques da. *Princípios Gerais do Processo Penal e Constituição da República Portuguesa*. Direito e Justiça, v. III, 1987-1988, p.165 e seg.

⁶⁷⁰ GOMES. *Estudos...* Op. cit., p. 116.

Ademais, o princípio da presunção de inocência impõe limites ao legislador e, em consequência disso, os preceitos penais que estabeleçam a responsabilidade do imputado baseado em fatos presumidos ou em presunções de culpabilidade serão nulos.

2.3.2 Delimitação da presunção de inocência em face de outros institutos do processo penal

a) A presunção de inocência e o favor rei

O princípio do *favor rei* é um critério superior de liberdade e princípio geral que informa o direito processual penal, presente em qualquer norma ou instituto que venha revelar-se mais favorável ao réu. Vai além da tutela da inocência e atua independentemente desta. Mesmo quando aceita a culpabilidade do imputado, ele funciona, oferecendo o seu manto tanto aos inocentes como aos culpados, reafirmando que, independente da condição de culpado, o réu é pessoa.⁶⁷¹

Opera o *favor rei* no impedimento da *reformatio in pejus*, na aplicação da lei mais benéfica ao acusado, na previsão de instrumentos processuais exclusivos da defesa, como a revisão criminal e os embargos infringentes ou de nulidade.

O princípio do *favor rei* faz com que o Tribunal siga a tese mais favorável ao imputado toda vez que a acusação não tenha conseguido apresentar provas suficientes para se alcançar a condenação. É neste aspecto que este princípio se enlaça com a presunção de inocência, ou seja, a presunção de inocência representa a cristalização do princípio do *favor rei* quando é chamada para solucionar questões concernentes aos ônus da prova.⁶⁷²

b) A presunção de inocência e o in dubio pro reo

⁶⁷¹ VILELA. *Considerações...* Op. cit., p. 73-75.

⁶⁷² VILELA. *Considerações...* Op. cit., p. 74.

A garantia da presunção de inocência dá origem ao *in dubio pro reo*, um importantíssimo postulado do processo penal que vigora no Estado democrático de direito. Ambos são expressões concretas do *favor rei* ⁶⁷³. Destaca-se, ainda, que a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* atuam sobre o campo da prova. Assim, muitos autores vêem, no último, um aspecto do primeiro, não os distinguindo.

Deve-se ter em mente que a tutela da liberdade do indivíduo precisa se sobrepôr ao poder punitivo do Estado, o que na realidade se traduz na vedação à autotutela, abarcada pelo princípio *nulla poena sine iudicio*, o qual prevê que não se pode ter imposição de pena sem o devido processo legal. Esse processo não poderá culminar em uma condenação se não restar provado que o fato realmente ocorreu e que foi realmente o imputado que o praticou, uma vez que o Estado democrático de direito não pode assumir o risco de punir alguém que pode ser realmente inocente. ⁶⁷⁴

Feitas estas considerações, cabe ressaltar que existem sim diferenças entre a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*. A primeira delas refere-se ao momento processual em que se manifestam. Enquanto a presunção de inocência atua durante todo o curso do processo, desde o inquérito até a sentença transitada em julgado, o *in dubio pro reo* tem incidência em sede de acusação e no julgamento, quando surgir a dúvida. A segunda esclarece que o princípio da presunção de inocência atua em qualquer caso e o *in dubio pro reo* só atuará em caso de dúvida, como último recurso a ser utilizado. E por fim, a terceira elucida que a presunção de inocência apresenta-se como um verdadeiro direito subjetivo do cidadão de ser considerado inocente e, portanto, colocando sobre a acusação o ônus da prova, enquanto o *in dubio pro reo* é regra de interpretação dirigida ao juiz, que, diante da dúvida, não pode tomar outra decisão senão absolver o réu. ⁶⁷⁵

2.3.3. Aplicação da presunção de inocência em matéria de Prova

Cabe destacar, primeiramente, que prova é o instrumento ou o meio através do qual as partes pretendem formar a convicção do julgador em um determinado processo. A prova está ligada à busca da verdade, através dela, busca-se convencer o juiz sobre

⁶⁷³ VILELA. *Considerações...* Op. cit., p. 76.

⁶⁷⁴ KARAM, Maria Lúcia. *Escritos Sobre a Liberdade* vol. 5. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p.5.

⁶⁷⁵ VILELA. *Considerações...* Op. cit., p. 79-80.

uma verdade, sobre um conhecimento. O termo tem origem no latim *probatio*, ou seja, experimentação, exame, confirmação, reconhecimento.

No Brasil, o legislador constitucional traçou o desenho constitucional do processo, no qual se veem os mecanismos de busca da verdade precisamente no art. 5º, LVI da CRF/88, ao estabelecer que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*, ou seja, adotando o processo com ampla defesa e contraditório como meio de realizar a justiça. Assevera ainda, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos. Deste modo, previu o princípio da presunção de inocência quanto a sua terceira dimensão – regra de garantia.

A opção por este sistema de prova representa mais do que a racionalização dos meios de prova e sim uma opção (política) quanto à forma do exercício do poder. Vale dizer que tal escolha foi feita desde a abertura da Constituição, precisamente no art. 1º da CRF/88, ao erigir um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana.

Na lição de Costa Andrade, citando Amelung, o fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais. Esta demonstração será frustrada se o próprio Estado violar o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena.⁶⁷⁶

Portanto, a presunção de inocência nunca pode ser enxergada desvinculada da liberdade individual e, obrigatoriamente, há de ser critério de inspiração quando se trate de estabelecer restrições a essa mesma liberdade individual.

É necessário se ter em mente que o acusado acima de tudo, é uma pessoa e, apesar de estar sendo imputada a ele uma conduta criminosa, deve ser considerado honesto até que se reste comprovado, por parte da acusação, a materialidade e a autoria do crime, e todas as circunstâncias relevantes à aplicação da pena. Nesse patamar, para se aplicarem medidas restritivas de liberdade, devem-se encontrar fundamentos

⁶⁷⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 15.

legítimos através de uma apreciação das situações de fato autônomas de juízos de pré-culpabilidade.⁶⁷⁷

Agora um aspecto que muito interessa à presente investigação, a saber: a presunção de inocência também deve ser observada na utilização do acusado como meio de prova, devendo-se respeitar a vontade daquele, isto é, a participação do imputado deve ser sempre limitada pelo integral respeito a sua vontade durante todo o processo penal, desde a fase de inquérito até o trânsito em julgado da sentença penal. O acusado deve ser livre para realizar participações e declarações, não devendo sofrer consequências negativas se optar pelo silêncio. Conforme Figueiredo Dias: *só no exercício de uma plena liberdade da vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objecto do processo.*⁶⁷⁸

Ressalta-se que não é suficiente qualquer prova para desconstituir o status de inocente, é preciso que esta seja produzida de acordo com certas garantias e de maneira que sirva para cumprir o seu propósito, qual seja: a busca da verdade ⁶⁷⁹, a verdade construída eticamente, fundada em bases democráticas.

Contudo, é muito comum vermos, nos dias atuais, as declarações do imputado, tal como os demais meios de prova, interessando apenas como meio de prova contra ele próprio, seja na medida em que se consiga obter a confissão, seja como meio de descobrir provas contra ele. Destarte, o acusado vem atuando como uma testemunha, mas uma testemunha suspeita no que declarar ao seu favor e insuspeita no que declarar contra si. Aceitar tais atitudes é responder ao mal social do crime com o mal social do processo e acabar sacrificando inocentes, porque forçados e encurralados pelo intuito persecutório, acabam sendo incriminados por condutas que muitas vezes não cometeram⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ VILELA. *Considerações...* Op. cit., p. 92-93.

⁶⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal*. Jornadas de direito processual penal. Direito processual penal. Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Almedina, 1995, p.27.

⁶⁷⁹ LÓPES, Mercedes Fernández. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel, 2005, p.139.

⁶⁸⁰ MOUTINHO, José Lobo. *Arguido e imputado no processo penal Português*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000, p. 8-9.

2.3.3.1 A presunção de inocência e o ônus da prova

Inicialmente, após já ter mencionado *en passant* o conceito de prova, cabe destacar o que vem a ser o ônus da prova. Pode-se dizer que ele está ligado à faculdade que tem um sujeito de agir no sentido de alcançar uma situação favorável no processo.

O ônus da prova não se confunde com a obrigação. Aquele difere essencialmente desta, como ensina Fenech⁶⁸¹, na medida em que o sujeito obrigado deve agir para a satisfação de um interesse alheio, enquanto o sujeito que possuiu um ônus age em busca de um interesse próprio. Enquanto a obrigação implica uma sanção jurídica, o ônus implica a insatisfação de um interesse perseguido.

Destarte, ônus da prova é a faculdade que tem a parte de demonstrar, no processo, a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se põe como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal.⁶⁸²

A distribuição do ônus da prova, tanto no processo civil, como no processo penal, é feita de modo que a prova de uma alegação cabe apenas a quem fizer tal alegação. É uma regra da vida em geral. Pois quem alega qualquer coisa contra alguém tem a obrigação de provar que o que está alegando é verdadeiro. O acusado não possui obrigação de provar nada, o que cabe a ele é se defender, se quiser.⁶⁸³

Portanto, não cabe ao réu provar que não cometeu o crime que lhe é imputado, a inverdade da acusação e a sua inocência. Uma vez que sua inocência é presumida, assim como a inocência de qualquer indivíduo.

É dever do Ministério Público ou, excepcionalmente, do ofendido, provar a certeza da ocorrência dos fatos configuradores do alegado crime e a certeza de ter o réu praticado o mesmo. É deles o ônus de provar os fatos de maneira indubitosa.⁶⁸⁴

Além do mais, quando o Ministério Público ou o querelante na ação penal privada imputam ao réu um crime, devem provar todos os elementos – tipicidade,

⁶⁸¹ FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal* vol. I. Barcelona: Editora Labor S.A, 1952, p.713.

⁶⁸² JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.209.

⁶⁸³ KARAM. *Escritos...* Op. cit., vol. 5, p. 13.

⁶⁸⁴ KARAM. *Escritos...* Op. cit., vol. 5, p. 15.

ilicitude e culpabilidade – com o escopo de afastar a presunção de inocência. Em havendo dúvida sobre qualquer elemento, esta dúvida favorece ao réu, pois não se pode mitigar o princípio *in dubio pro reo*, aplicando-se parcialmente.⁶⁸⁵

Neste sentido, ensina Ferrajoli⁶⁸⁶ que este princípio de civilidade representa o fruto de uma posição garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, mesmo que isto importe custo da impunidade de algum culpado, uma vez que interessa mais ao corpo social que todos os inocentes sejam protegidos.

Com efeito, na ação penal condenatória, o ônus da prova no aspecto formal deixa de ter importância, na proporção em que a iniciativa da produção da prova é das partes – que tem interesse no processo. Já em sentido material, a discussão é essencial e, neste aspecto, como ensina Afrânio Silva Jardim⁶⁸⁷, o ônus da prova é todo da acusação, que deverá provar o fato típico, ilícito e culpável, com todas as suas circunstâncias, pois, do contrário, sofrerá o prejuízo, não obtendo, assim, a posição de “vantagem” almejada no processo, ou seja, a condenação nos termos pretendidos, uma vez que a absolvição do réu, assim como qualquer favorecimento em sua situação jurídico- profissional, se contenta com a dúvida (*in dubio pro reo*).

Deve-se observar, por fim, que o ônus da prova também implica a limitação quanto ao recolhimento de provas em lugares reservados e não acessíveis livremente ao público, como o domicílio, cuja busca necessita de autorização do juiz.⁶⁸⁸

2.3.4. A presunção de inocência e as medidas de coação – o impacto sobre a prisão no curso do processo

A presunção de inocência servirá de farol também para análise das medidas de coação, seara na qual a prisão merece destaque.

O vocábulo prisão significa tanto o ato de prender como local de clausura⁶⁸⁹, é signo da supressão da liberdade. Como bem ensina Tornaghi, a prisão pode ser sanção

⁶⁸⁵ JARDIM. *Direito...* Op. cit., p. 205-221.

⁶⁸⁶ FERRAJOLI. *Direito...* Op. cit., p. 441.

⁶⁸⁷ JARDIM. *Direito...* Op. cit., p. 205-221.

⁶⁸⁸ GONÇALVES, Fernando; ALVES, João Manuel. *A prisão preventiva e as restantes medidas de coação. A providência do Habeas Corpus em virtude de prisão ilegal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p.56.

ou providência⁶⁹⁰, revelando as duas formas de prisão, quais sejam: a prisão definitiva e a prisão cautelar.

Interessam-nos, neste momento, as prisões cautelares, ou seja, aquelas que ocorrem no curso do processo, antes, portanto, da sentença penal condenatória. É uma forma de preservação de um eventual direito de punir.

Nos sistemas constitucionais democráticos, a opção clara é sempre no sentido de fazer da liberdade a regra e da prisão processual, a exceção. Assim, dispõem as Constituições do Brasil e de Portugal ao consagrarem o *due process of law* ou o processo justo, como pressuposto da perda da liberdade. Nos termos da Constituição do Brasil, ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem judicial, e que ninguém será mantido preso quando for possível a liberdade provisória, com ou sem fiança, determinando, ainda, que a prisão ilegal seja relaxada.

Andaram bem os constituintes a fim de evitarem nefastas e injustas contrições à tão relevante direito fundamental. A prisão processual é alvo de preocupações desde Carnelutti, ao afirmar que *en la práctica tales inconvenientes son de una gravedad excepcional; baste decir que no dejan de ser frecuentes los casos de absolución de imputados, que son dejados en custodia*, e após algumas reflexões e críticas, arrematar, *lo que importa es reducir al mínimo el riesgo de injusticia, que la custodia preventiva lleva consigo*.⁶⁹¹

Deste modo, a prisão processual não pode se afastar de sua natureza excepcional, cautelar, instrumental, associada à estreita necessidade de preservar o processo e sua efetividade.⁶⁹²

Não custa lembrar que a excepcionalidade de tais medidas está prevista em preceitos inscritos nas declarações internacionais de direitos e inúmeras Constituições

⁶⁸⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio*. Editora Nova Fronteira. 1ª edição, 8ª impressão, p.1139.

⁶⁹⁰ TORNAGHI, Hélio. *Manual de Processo Penal*. Freitas Bastos, 1963, vol. I .p. 190.

⁶⁹¹ CARNELUTTI, Francesco. *Princípios del Processo Penal*. Tradução de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires. 1971, vol.II, p.188-190.

⁶⁹² GOMES FILHO. *Presunção...* Op. cit., p. 70.

democráticas,⁶⁹³ o que demonstra a não evitável obediência que se deve ter a esta característica.

A excepcionalidade impõe que a prisão tenha apenas a função de assegurar que o processo instaurado ou a ser instaurado contra o acusado se desenvolva de maneira normal e que eventual condenação prolatada ao seu término possa ser executada.⁶⁹⁴

Destarte, a presunção de inocência institui uma diferença essencial entre a prisão cautelar e a prisão definitiva. Tal diferença se encontra na inafastável natureza cautelar de que se revestem as prisões processuais, que, não decorrendo de sentença penal condenatória transitada em julgado, e, portanto, não sendo e não podendo ser penas, são prisões impostas quando o processo penal ainda está em andamento.⁶⁹⁵

É bem verdade que alguns doutrinadores defendem que a prisão cautelar constitui um atentado à presunção de inocência e, necessariamente, à liberdade individual do acusado. Enquanto em um polo encontra-se o acusado possuidor do status de inocente, do outro, a necessidade da aplicação da prisão cautelar devido ao interesse social da manutenção da segurança e da eficácia na perseguição dos crimes⁶⁹⁶. Todavia, deve-se entender que a prisão cautelar tem previsão constitucional tanto no Brasil como em Portugal e convive com o princípio da presunção de inocência, sem qualquer incompatibilidade entre as duas regras, atuando a presunção de inocência com o escopo de evitar a antecipação da pena⁶⁹⁷. A verdade é que, apenas quando tivermos uma prisão subvertida no curso do processo, com o caráter satisfativo, é que estaremos diante de uma violação à presunção de inocência.

Diante disso, entendemos que a prisão com fundamento na manutenção da ordem pública ou econômica, como prevista no Código de Processo Penal do Brasil, é inconstitucional. A conclusão decorre do fato de que não há instrumentalidade na garantia da ordem pública ou econômica, isto é, a tutela da ordem pública não serve como tutela do processo, e sim como tentativa de satisfação de um interesse ligado à

⁶⁹³ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos no art. 9.3; Art. 5º LXI e LXVI da Constituição Federal Brasileira.

⁶⁹⁴ KARAM. *Escritos...* Op. cit., vol. 6, p. 2-3.

⁶⁹⁵ KARAM. *Escritos...* Op. cit., vol. 6, p. 3.

⁶⁹⁶ VILELA. *Considerações...* Op. cit., p. 97.

⁶⁹⁷ GOMES FILHO. *Presunção...* Op. cit., p. 70.

segurança pública. Não podemos esquecer a origem nazi-fascista do termo ordem pública, tampouco olvidar sua indeterminação e ausência de sentido, A ideia de que a ordem pública não guarda qualquer relação com o processo é intransponível⁶⁹⁸.

Entretanto, no processo penal brasileiro, os requisitos da prisão cautelar estão inseridos no art. 312 do CPP, que reza: *a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência de crime e indício suficiente de autoria*. Tal dispositivo é aplicado sem constrangimento em relação à ordem pública.

Vale registrar, também, que, em que pese o caráter excepcional da prisão preventiva, relata-se que Portugal, em plena década de 90, era apontado como um dos países da Europa que possuía o maior número de presos preventivos⁶⁹⁹.

Por fim, conclui-se que a decretação da prisão provisória deve ocorrer em *ultima ratio*, ou seja, apenas quando se resta demonstrado que a aplicação de qualquer outra medida de coação não se revela suficiente a cumprir os fins a que se destina, uma vez que a presunção de inocência é baseada nos princípios da democracia e da liberdade e, essencialmente, no respeito pela dignidade humana. Por sua vez, todas as medidas de coação na medida em que possuem o condão de serem restrições ou limitações às liberdades fundamentais, devem ser vistas, também, por força da presunção de inocência, sob a ótica da excepcionalidade.

Com estas considerações, estamos confiantes em poder refletir mais à frente sobre as intervenções corporais constritivas de liberdade (vigilância eletrônica) no curso do processo.

⁶⁹⁸ LOPES JR, Aury. *Crimes Hediondos e a Prisão em Flagrante como Medida Pré-cautelara: Uma leitura Garantista*. In *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.115 e 116.

⁶⁹⁹ VILELA. *Considerações...* Op. cit., p. 99.

2.4 O princípio *nemo tenetur se detegere*

Alguns autores defendem que as raízes do princípio *nemo tenetur se detegere* são impossíveis de serem identificadas, devido ao fato de ele estar inserto entre as regras gerais de direito⁷⁰⁰.

Todavia, é de suma importância traçar seu histórico para que seja possível a compreensão do desenvolvimento posterior do princípio e da dimensão por ele assumida em vários ordenamentos jurídicos.

De início, cabe ressaltar que este princípio também é conhecido como *nemo tenetur edere contra se, nemo tenetur se ipsum accusare, nemo testis contra se ipsum, nemo tenetur se ipsum prodere, nemo tenetur detegere turpitudinem suam*. Em suma, tais expressões significam que ninguém é obrigado a se descobrir⁷⁰¹, ou seja, a autoincriminar-se.

Nos primórdios, o direito hebreu considerava que as confissões e as provas circunstanciais eram alijadas dos procedimentos criminais, sendo privadas de qualquer valor probatório que pudesse incriminar o imputado. A confissão era considerada uma forma de suicídio⁷⁰².

No direito Grego, o interrogatório era concebido como meio de defesa e como meio de prova. Utilizava-se tortura em busca da verdade, com o objetivo de extrair confissões dos acusados e obter a delação de seus cúmplices⁷⁰³.

Em Roma, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* só foi aplicado durante a República, momento em que não era exigido a autoincriminação do acusado. A tortura existia, mas era aplicada como pena e não como meio de investigação. Entretanto, com

⁷⁰⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.5.

⁷⁰¹ QUEIJO. *O direito...* Op. cit., p. 4.

⁷⁰² RISTORI, Adriana Dias Paes. *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal Português*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 20.

⁷⁰³ MACHADO, Eduardo Muniz. *Delimitação do sentido e alcance do direito ao silêncio: Um estudo sobre a natureza jurídica e aplicabilidade do inciso LXIII do art. 5º da CF, que garante o direito de permanecer calado*. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6153>>. Acesso em 6 de janeiro de 2010.

a ascensão do Império Romano, a tortura passou a ser utilizada para se descobrir infrações penais⁷⁰⁴.

Na Idade Média, os bárbaros adotavam o sistema das provas “irracionais”, que vigorou, aproximadamente, até o século XIII. O acusado era incumbido de provar sua inocência, e, para tanto, se submetia aos ordálios ou juramentos purgatórios⁷⁰⁵.

Já no período do movimento iluminista, o princípio do *nemo tenetur se detegere* ganhou força. Os iluministas eram contra o emprego de tortura e a imposição de juramento ao acusado no interrogatório. Entendiam que era imoral forçar o acusado a autoincriminar-se⁷⁰⁶.

Todavia, a construção teórica iluminista deste princípio foi controvertida. Beccaria, em sua obra clássica *Dos delitos e das Penas*, apresentava a contradição existente entre a lei, que impunha o dever de dizer a verdade ao acusado e os sentimentos naturais de defesa e liberdade⁷⁰⁷. Maria Elizabeth Queijo, analisando seus escritos, explica que: *existe um contrassenso em sua obra, na medida em que sustenta que o dever de dizer a verdade, imposto ao acusado pelo juramento, é antinatural, mas entende que o acusado silente deve ser apenado gravemente, por constituir ofensa à Justiça*⁷⁰⁸.

Na contemporaneidade, vários julgados norte-americanos e ingleses contribuíram para a consagração do *nemo tenetur se detegere* no direito ocidental. No século XX (1966), nos Estados Unidos, a decisão do caso *Miranda v. Arizona* tornou-se emblemática por estabelecer que: *No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*⁷⁰⁹.

Por fim, alguns diplomas internacionais passaram a reconhecer o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

⁷⁰⁴ AMARAL, Thiago Bottino do. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.38.

⁷⁰⁵ RISTORI. *Sobre o...* Op. cit., p. 27.

⁷⁰⁶ QUEIJO. *O direito...* Op. cit., p. 8.

⁷⁰⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000.

⁷⁰⁸ QUEIJO. *O direito...* Op. cit., p. 9.

⁷⁰⁹ ANDRADE. *Sobre as proibições...* Op. cit., p. 124.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, fez referência à presunção de inocência e estabeleceu a não utilização da tortura, mas não fez menção expressa ao princípio. O primeiro documento internacional a afirmar expressamente o direito do indivíduo de não se autoincriminar foi o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 16/12/1966, que trouxe o texto: *Toda pessoa acusada de um delito terá direito, com plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...), a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem se confessar culpada*⁷¹⁰.

Em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, reproduziu esta garantia, estabelecendo-a no art.8º, parágrafo segundo, “g”, o qual dispõe que: *Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem se confessar culpada.*⁷¹¹

Atualmente, o princípio apresenta-se como um direito fundamental do arguido, permitindo que este não seja obrigado a produzir prova contra si mesmo e que tenha o direito de permanecer em silêncio e de decidir se quer cooperar ou não com as investigações policiais e judiciais.

2.4.1 O princípio do *nemo tenetur se detegere* no direito brasileiro

O princípio do *nemo tenetur se detegere* passou a ser previsto no direito brasileiro através da ratificação e incorporação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁷¹². Todavia, antes mesmo do ingresso do referido tratado, poderíamos verificar sua existência no próprio texto constitucional, através do que chamamos de abertura do catálogo de direitos fundamentais.

⁷¹⁰ AMARAL. *O direito...* Op. cit., p. 52.

⁷¹¹ RAMOS, Vânia Costa. *Corpus Juris 2000- imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*. In Revista do Ministério público, ano 27, Out-Dez 2006, número 108, p.140.

⁷¹² QUEIJO. *O direito...* Op. cit., p. 65.

O §2º do art. 5º da CRF afirma que os direitos fundamentais decorrem também *do regime e dos princípios* adotados pela Constituição. Desta forma, é possível inferir o princípio em tela das garantias, dentre outras, do devido processo legal, da ampla defesa, da presunção de inocência, do direito ao silêncio e da vedação da tortura, princípios expressos na CRFB, em seu art. 5º, LIV, LV, LVII, LXIII e III.

Com efeito, o referido princípio integra o rol dos direitos fundamentais e possui *status* de norma constitucional, gozando de toda a proteção e eficácia próprias deste núcleo de direitos.

O *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, faz parte dos direitos de primeira geração, ou seja, os direitos da liberdade. O titular de tais direitos é o cidadão, que deve ser resguardado diante do Estado. Todavia, não se pode esquecer que também é de interesse do Estado que a jurisdição seja exercida de maneira correta. Portanto, o *nemo tenetur se detegere*, além de ser considerado um direito, deve ser considerado uma garantia⁷¹³.

Nesse sentido, o princípio *nemo tenetur se detegere* tem como finalidade proteger o indivíduo contra os excessos praticados pelo Estado durante toda persecução penal. Ele garante que o indivíduo não seja obrigado a cooperar na investigação e apuração do delito e que tenha o direito de permanecer em silêncio.

No âmbito da jurisprudência brasileira, é importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal vem corroborando com o acima exposto ao afirmar que *o privilégio contra a autoincriminação - nemo tenetur se detegere -, foi erigido em garantia fundamental pela Constituição*⁷¹⁴.

Além disso, mesmo que o *nemo tenetur se detegere* não tivesse sido adotado pelo ordenamento brasileiro e não fosse possível extraí-lo dos princípios acima elencados, ele deveria ser respeitado, uma vez que está intimamente relacionado com a proteção da dignidade humana.

⁷¹³ QUEIRO. *O direito...* Op. cit., p. 55.

⁷¹⁴ BRASIL. STF, 1ª Turma, HC 80949/ RJ, em 14/12/2001.

Deste modo, considerando que o *nemo tenetur se detegere* é representativo da tutela à dignidade humana, expressão máxima dos direitos humanos, consolidada expressamente no art.1º, III da CRFB como fundamento da República, pode ser considerado imanente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, o *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, não pode ser suprimido nem por emenda constitucional. Sua existência recomenda, então, cautela na interpretação dos dispositivos infraconstitucionais que versem sobre interrogatório e as provas que dependam da colaboração do acusado para sua produção, a fim de não se violar tão relevante direito fundamental.

2.4.2 O princípio do *nemo tenetur se detegere* no direito português

Durante muito tempo a participação do acusado foi exigida por lei em Portugal. Quando o juiz não se convencia da sua colaboração, submetia-o aos tormentos ou multa.

Com o Decreto de 28 de dezembro de 1910, o acusado passou a não ser mais obrigado a responder as perguntas do juiz, excetuando as que diziam respeito a sua identidade. Prelecionava o art. 8º que: *as perguntas ao réu em ato de julgamento foram autorizadas para que o mesmo réu se defenda, querendo, e não para que dê argumentos ou prova para sua própria acusação*. Isso esclarece que o interrogatório era visto como um meio de defesa⁷¹⁵.

Desta forma, grande parte da doutrina entendia que o acusado podia permanecer em silêncio perante o juiz, sem que isso fosse interpretado de maneira desfavorável a ele. Todavia, Figueiredo Dias⁷¹⁶ defendia que o silêncio do acusado poderia lhe causar prejuízos quando deixasse de esclarecer fatos dos quais só ele conhecia.

Do mesmo modo que ocorrera no Brasil, o princípio *nemo tenetur se detegere* passou a fazer parte do ordenamento português com a ratificação do Pacto internacional sobre direitos civis e políticos.

⁷¹⁵ RISTORI. *Sobre o...* Op. cit., p. 58.

⁷¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora Ltda. 1974, p.449.

A doutrina, majoritariamente, defende que os tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos fundamentais possuem hierarquia equivalente à das leis internas. Entretanto, Vieira de Andrade afirma que: *os direitos fundamentais internacionais fazem parte integrante do direito português, por constituírem princípios de direito internacional geral (art. 8º, n. 1 da Constituição) e quando constem de convenções internacionais ratificadas e publicadas (art. 8º, n.2 da Constituição). E em qualquer dos casos, são perfeitados pela ordem jurídica portuguesa com o caráter de direitos fundamentais*⁷¹⁷.

Entendemos, todavia, que o art. 16º, n.1 da Constituição da República Portuguesa abre a possibilidade de direitos fundamentais presentes nas convenções internacionais ao integrar o ordenamento jurídico português com natureza constitucional, e não como lei ordinária.

Portanto, o *nemo tenetur se ipsum accusare*, ainda que não fosse considerado um direito fundamental abarcado pela ampla defesa e pela presunção de inocência, pode ser invocado pelo Pacto internacional sobre direitos civis e políticos, na qualidade de norma constitucional, sendo este princípio aplicável a todas as fases do processo penal⁷¹⁸. Vale dizer, contudo, que é assente na doutrina portuguesa a vigência do referido princípio, mormente diante da regra do art. 32, nº. 4 da CRP, não bastassem o princípio da liberdade, da dignidade e da presunção de inocência⁷¹⁹.

Destaca-se que este princípio é considerado um direito fundamental proveniente de norma constitucional internacional, assim como é uma garantia assegurada pelo princípio da dignidade humana.

2.4.3. O princípio *nemo tenetur se detegere* e o interrogatório do acusado

Ab initio, salienta-se que o interrogatório do acusado está previsto no capítulo III do título VII (Da prova) do Código de Processo Penal Brasileiro. sendo também relevante para esse assunto o capítulo IV que trata da confissão.

⁷¹⁷ ANDRADE, *Os direitos...* Op. cit., p.37, 38 e 71.

⁷¹⁸ RISTORI. *Sobre o.* Op. cit., p. 92.

⁷¹⁹ ANDRADE, *Sobre as...* Op. cit., p. 125-126.

O interrogatório no direito brasileiro é composto de duas partes: a qualificação do acusado, que abrange o fornecimento de dados de identificação por parte deste, como por exemplo, nome, idade e estado civil; e o interrogatório de mérito, que diz respeito às indagações sobre o fato imputado ao acusado.

Prevalece na, doutrina brasileira, o entendimento de que o direito ao silêncio só é cabível no interrogatório de mérito. Ou seja, o acusado tem o direito de não responder às indagações formuladas a respeito do fato em apuração e suas circunstâncias, mas não pode deixar de responder às indagações com referência à sua identificação⁷²⁰.

Ocorre que, em alguns casos, ao fornecer seus dados pessoais, no momento da qualificação, acaba o acusado se autoincriminando. Portanto, alguns autores entendem que é necessário se tutelar integralmente o princípio do *nemo tenetur se detegere*, para que ele possa abranger o interrogatório como um todo.

Um dos artigos mais importantes que permeia o tema, o art. 186 do CPP do Brasil, preleciona que: *depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas*.

Tal dispositivo ganha mais força, ainda, quando interpretado conjuntamente com o art. 198 que dispõe que o silêncio não importará confissão.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 passou a reconhecer o direito ao silêncio em seu art. 5, LXIII. Diante disso, a maioria dos doutrinadores passou a enxergar o interrogatório como meio de defesa, e não mais como meio de prova.

Salienta-se que o princípio *nemo tenetur se detegere* assegura, no interrogatório, a liberdade moral do acusado, podendo este determinar seu próprio comportamento processual, sem imposições externas⁷²¹.

⁷²⁰ QUEIRO. *O direito...* Op. cit., p. 200.

⁷²¹ QUEIRO. *O direito...* Op. cit., p. 189.

Neste sentido, Tourinho Filho entende que o interrogatório é o momento em que o acusado tem para se defender da acusação, podendo o fazer permanecendo em silêncio, se preferir, ou agir da maneira que achar melhor para seu benefício; de qualquer forma, o silêncio não poderá ser interpretado como prova em seu desfavor⁷²².

Por sua vez, em Portugal, o Código de Processo Penal (art. 61º, nº. 1 alínea d) garante ao arguido o total e absoluto direito ao silêncio, o que deve sempre lhe ser esclarecido sob pena de proibição de valoração de suas declarações.

2.4.4. O direito ao silêncio

Existe uma grande tendência de se equiparar o princípio *nemo tenetur se detegere* ao direito ao silêncio, principalmente devido à existência da famosa máxima de que *ninguém é obrigado a declarar contra si mesmo*.

É bem verdade que o *nemo tenetur se detegere* e o direito ao silêncio são indissociáveis, uma vez que o direito de calar é uma das dimensões do direito de não produzir prova contra si mesmo. O direito ao silêncio decorre do *nemo tenetur se detegere*, sendo inclusive a sua mais tradicional manifestação⁷²³.

Todavia, não se pode restringir o princípio do *nemo tenetur se detegere* apenas ao direito ao silêncio, pois ele é muito mais amplo, compreendendo também a liberdade do acusado de decidir se quer ou não colaborar com as investigações policiais e judiciais, como, por exemplo, cedendo ou não o seu corpo para produção de provas.

A etimologia da palavra silêncio deriva tanto do termo *silentium*, significando a abstenção do ato de falar, o estado de uma pessoa que se cala, quanto do termo *sileo, es, ere, ni*, exprimindo a situação daquele que não exprime seu pensamento⁷²⁴.

Conforme já citado acima, o direito ao silêncio está previsto no art. 5º, LXIII da CRFB, o qual possui a seguinte redação: *o preso será informado de seus direitos, entre*

⁷²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*, 3º vol. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 275.

⁷²³ QUEIJO. *O direito...* Op. cit., p. 190.

⁷²⁴ RISTORI. *Sobre o...* Op. cit., p. 96.

os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. Passemos, então, para a análise dos vocábulos presente neste artigo.

Quanto ao vocábulo “preso”, destaca-se que interpretar tal dispositivo de maneira limitada aos indivíduos presos não é coerente com o papel da garantia do direito ao silêncio na estrutura do sistema processual, uma vez que o princípio *nemo tenetur se detegere* é considerado um direito fundamental, do qual decorre o direito ao silêncio. Além do mais, o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, responsáveis pela incorporação expressa do *nemo tenetur se detegere* no direito brasileiro, não fazem nenhuma distinção quanto a sua aplicação para o acusado preso ou solto⁷²⁵. Portanto, o direito ao silêncio deve ser reconhecido também àqueles que se encontram em liberdade.

Neste sentido, entendeu a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, substituindo a palavra “preso” pela expressão: *qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado*⁷²⁶.

Ressalta-se, porém, que existe um tratamento diferenciado para a testemunha devido a ela ter o dever de dizer a verdade, sob pena de falso testemunho. Logo, o direito ao silêncio só incide com referência às perguntas cujas respostas conduzam à sua autoincriminação⁷²⁷.

Com referência ao alcance da garantia para além do direito de calar, apenas em 1991, o STF reconheceu no julgamento do HC nº. 68.742-3/DF, que o direito ao silêncio não se resume ao direito de permanecer calado, sendo algo mais amplo⁷²⁸.

Inclusive, O Ministro Celso de Mello, não se refere ao art.5, LXIII da CF como “direito ao silêncio”, mas, [sic] como “privilégio contra a autoincriminação”, vinculando-o ao devido processo legal e afirmando ser o primeiro uma expressão

⁷²⁵ QUEIJO. *O direito...* Op. cit., p. 198-199.

⁷²⁶ AMARAL. *O direito...* Op. cit., p. 102.

⁷²⁷ QUEIJO. *O direito...* Op. cit., p. 197. Corrobora com este entendimento a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: HC 79.244-8, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 26-4-1999; HC 73.035/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13-11-1996.

⁷²⁸ AMARAL. *O direito...* Op. cit., p. 118.

concretizadora do segundo. Ou seja, ele amplia a garantia do silêncio para abarcar também a falsa negativa e proteger valorações negativas⁷²⁹.

Portanto, a Suprema Corte do Brasil vem entendendo que a Constituição da República garante ao indivíduo a não participação em diligências de reconstrução simulada da cena do crime (HC nº69. 026-2/DF, Primeira Turma) e a recusa em colaborar com a investigação fornecendo material gráfico (HC nº77. 135-8/SP, Primeira Turma), ou padrões vocais (HC nº. 83.096-0/RJ, Segunda Turma) para exame pericial⁷³⁰.

Para a efetiva aplicação do direito ao silêncio, é de suma importância que o arguido seja advertido quanto a esse direito e quanto às consequências de seu exercício. Tal advertência deve ser formulada quando da prisão do suspeito e sempre repetida em todos os interrogatórios aos quais venha a ser submetido, independentemente da fase processual em que se encontre.

O imputado também deve ser informado de que o exercício do direito ao silêncio não lhe gerará consequências negativas. Deste modo, a autoridade policial não deve assumir uma postura intimidativa ao informá-lo sobre esta garantia, mas, sim, objetiva, seca, sucinta⁷³¹.

Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal entende atualmente que a inobservância do dever de informação do direito ao silêncio gera nulidade absoluta⁷³².

Como já foi dito inúmeras vezes, o acusado não tem obrigação de colaborar com a Justiça e não pode ser obrigado a apresentar elementos que contribuam para a sua autoincriminação. Daí surge a indagação se o acusado tem o direito de mentir.

A inexistência do dever de dizer a verdade é outra decorrência do *nemo tenetur se detegere*. Em virtude dele, afasta-se o juramento, não sendo admissível a aplicação de

⁷²⁹ AMARAL. *O direito...* Op. cit., p. 121.

⁷³⁰ AMARAL. *O direito...* Op. cit. p.181.

⁷³¹ QUEIJO. *O direito...* Op. cit., p. 145.

⁷³² Brasil, STF, HC nº80. 949-9/RJ.

sanção com relação às mentiras, porque não podem ser valoradas como indício de culpabilidade ou para agravar a pena⁷³³.

O direito brasileiro não reconhece, propriamente, a existência do direito de mentir,⁷³⁴ pois o acusado pode ocultar a verdade, utilizando a mentira como estratégia defensiva. Mas, uma vez acusando falsamente outra pessoa ou a si mesmo, praticará o delito previsto no art. 341 do Código Penal, tendo em vista que esta atitude atinge o interesse do Estado em descobrir a verdade sobre os fatos.

Por fim, elucida-se que, para melhor assegurar o respeito aos direitos fundamentais do acusado durante todas as fases do processo penal, designadamente o *nemo tenetur se detegere* é de suma importância que o ordenamento brasileiro se espelhe na legislação portuguesa quanto ao estabelecimento de obrigatoriedade de entrega ao acusado, por escrito, do rol de direitos e deveres. E caso, não haja a referida ciência do acusado, suas declarações deverão ser inutilizadas⁷³⁵.

2.4.5 O princípio “nemo tenetur se detegere”, o direito à prova e à busca da verdade real

Não se pode negar que o princípio do *nemo tenetur se detegere* se mostra como uma barreira à atividade investigatória e probatória por parte do Estado. Na realidade, existe um conflito entre o interesse público, que visa à busca da verdade, e o interesse individual, que almeja a aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

Todavia, deve-se levar em consideração que faz parte do interesse público a existência de um processo penal ético, no qual se respeita os direitos do acusado, assegurados pela Constituição.

Diante disso, de acordo com Maria Elizabeth Queijo, mostra-se necessária uma ponderação de interesses, já que todos os dois são públicos. Não se pretende inviabilizar a persecução penal pelo reconhecimento dos direitos fundamentais, mas também não se deve admitir que o *nemo tenetur se detegere* não seja observado para possibilitar um

⁷³³ AZEVEDO, David Teixeira de. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v.682, p.288, agosto, 1992.

⁷³⁴ QUEIJO. *O direito...* Op. cit., p. 235.

⁷³⁵ QUEIJO. *O direito...* Op. cit., p. 209.

direito ilimitado à prova e à busca irrestrita da verdade, sobretudo com a colaboração obrigatória do acusado⁷³⁶.

⁷³⁶ QUEIRO. *O direito...* Op. cit., p. 244-245.

III – PROVAS E INTERVENÇÕES CORPORAIS

3.1 INTERVENÇÕES CORPORAIS: ASPECTOS GERAIS

Ángela Matallín Evangelio ao buscar um significado gramatical para a expressão “intervenção corporal” chega à conclusão de que se trata de *medidas restritivas de direitos fundamentais* através de *ingerências no corpo*⁷³⁷. Neste sentido, cumpre recordar que no campo do processo penal, podemos ter ingerências sobre o corpo em duas ordens, (i) através da investigação ou instrução criminal, o que chamaríamos de campo probatório e (ii) através das medidas cautelares, na esfera da cautelaridade processual. Nossa investigação incidirá nestes dois âmbitos, embora a doutrina, de forma geral, analisa a intervenções corporais geralmente preocupados apenas com o tema das provas e da investigação.

Não obstante a expressão “prova” tecnicamente só se referir à atividade realizada através do princípio contraditório, quando enunciamos a questão das

⁷³⁷ EVANGELIO, *Intervenciones Corporales...* Op. cit. p. 15.

intervenções corporais no campo probatório, estamos também incluindo a atividade investigatória no curso do inquérito, o que em termos estritos não poderia ser considerado prova, mas o fazemos por ser a investigação criminal matéria intimamente afeta a questão probatória.

Começaremos, pois, nosso estudo pelas intervenções corporais no campo probatório, para em outro capítulo nos determos sobre a relação das intervenções corporais e as medidas cautelares.

Ademais, cumpre esclarecer que buscaremos de início apresentar uma visão geral das intervenções corporais com base no quadro doutrinário e jurisprudencial, reservando para momento oportuno nossa análise crítica e tomada de posição.

3.1.1 Intervenções corporais: conceito

Elaborar um conceito sobre intervenção corporal não é tarefa fácil, designadamente diante do vazio normativo e jurisprudencial que o tema produz, seja no Brasil seja na Europa.

É precisamente na doutrina Espanhola que iremos encontrar razoável debate sobre o assunto. Asencio Mellado sustenta que as intervenções corporais se resumem *utilización del cuerpo del propio imputado mediante actos de intervención en el a los efectos de investigación y comprobación de los delitos*⁷³⁸.

Etxeberria aponta para as intervenções corporais indicando três notas fundamentais, a saber: (i) são diligências de investigação, (ii) cuja prática causa restrição ou afetação, geralmente grave, aos direitos fundamentais dos sujeitos passivos das diligências, (iii) e finalmente, são diligências probatórias antecipadas, por serem irrepetíveis em certos casos. Ademais, na definição deste autor há expressa alusão a inadmissibilidade da coação direta para sua realização⁷³⁹.

⁷³⁸ ASENCIO MELLADO, José Maria. *Prueba Prohibida y prueba preconstituída*. Madrid, Trivium, 1989, p. 137.

⁷³⁹ ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. *Las Intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*. Madrid, Trivium, 1999, p. 90.

Já Gomez Amigo as define como diligências preliminares de investigação y de obtenção e acautelamento de fontes de prova que recaem e são praticadas sobre a matéria física da pessoa, com o objetivo de comprovar a existência do fato punível e a participação do imputado, bem como o grau de responsabilidade, restringindo ou limitando assim, seus direitos fundamentais no tocante a integridade física ou intimidade corporal, com caráter geral, e que são praticadas sem o consentimento do imputado, devendo ser decretadas no curso do processo em julgamento⁷⁴⁰.

Por sua vez, González-Cuéllar⁷⁴¹ conceitua as intervenções corporais como medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade de obtenção de consentimento, por meio de coação física se preciso for, com o fim de descobrir circunstâncias fáticas que sejam de interesse para o processo, em relação com as condições ou estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o fim de encontrar objetos escondidos nele.

Como se nota, o debate doutrinário ao redor do conceito de intervenções corporais tangencia alguns pontos que merecem destaque.

Primeiramente os autores de modo geral situam as intervenções corporais no campo da investigação criminal e instrução probatória. Em segundo lugar os autores, também de forma geral apontam para a incidência na esfera corporal do imputado, e para alguns, do imputado, vítimas e até testemunhas. O terceiro destaque, também comumente aceito é a restrição ou limitação que elas provocam nos direitos fundamentais. Por fim, um elemento que aparece com frequência nos conceitos, embora controvertido, é a questão do consentimento para a intervenção.

De nossa parte, após uma breve análise crítica dos elementos acima, talvez possamos chegar a um conceito, ainda que meramente operacional.

Inicialmente vale dizer que situar as intervenções corporais apenas no campo da investigação e da produção de prova é por demais limitador. Já de início destacamos

⁷⁴⁰ AMIGO, Luis Gómez. *Las Intervenciones Corporales como Diligencias de Investigación Penal*. Navarra: Aranzadi, 2003, p. 26.

⁷⁴¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Editorial Clex, 1990, p. 290.

que analisaremos a intervenção corporal tanto em matéria de prova, como nas medidas cautelares, como é o caso da vigilância eletrônica. Para além deste aspecto que por si já transborda o universo da investigação e da prova.

Para ilustrar destacamos as intervenções corporais no âmbito da disciplina penitenciária onde são muito comuns as revistas com desnudamento integral e até mesmo exames nas cavidades vaginais e anais, exames, etc.⁷⁴² Mesmo na esfera civil podemos encontrar discussões relevantes que dizem respeito às intervenções corporais, como a transfusão de sangue compulsória ou mediante suprimento do consentimento, ou ainda a subministração forçada de alimentos⁷⁴³ como nos típicos casos de greve de fome o que pode ocorrer também no âmbito penitenciário⁷⁴⁴.

O segundo ponto está por certo ângulo isento de qualquer crítica. É fato incontroverso que as intervenções corporais incidem sobre o corpo, notadamente, o corpo vivo. Por outro lado, o que não se pode é reduzir a intervenção corporal ao âmbito do imputado, já que não faltaram casos em que estas possam incidir sobre o corpo vivo das vítimas e mesmo de testemunhas.

Também é inconteste o fato de que as intervenções corporais se supõem ou se apresentam, ou querem pertencer ao campo das chamadas restrições ou limites dos direitos fundamentais.

Por fim, a questão do consentimento do sujeito passivo. Entendemos que este não pode ser incluído como elemento conceitual das intervenções corporais. Para nós, serão intervenções, tanto quando houver consentimento como quando este não ocorrer. A questão do consentimento, embora seja um dos aspectos mais nevrálgicos, poderá incidir sobre a ilicitude, o regime e a forma de intervenção, mas não sobre o conceito.

Com efeito, os elementos essenciais ao conceito de intervenções corporais são: (i) A ingerência sobre o corpo vivo da pessoa humana e (ii) a afetação dos direitos fundamentais.

⁷⁴² AMIGO, *Las Intervenciones...* Op. cit., p. 119-124.

⁷⁴³ EVANGELIO, *Intervenciones Corporales...* Op. cit., p. 17.

⁷⁴⁴ AMIGO, *Las Intervenciones...* Op. cit., p. 125.

Tais ingerências podem ser com ou sem consentimento e podem estar ou não ligadas à investigação ou instrução criminal e ainda, podem recair sobre o corpo de qualquer pessoa, não apenas do indiciado ou acusado.

De forma que para os efeitos da presente, conceituamos intervenções corporais como ingerências sobre o corpo vivo da pessoa humana que afetam seus direitos fundamentais.

Por outro lado, a par das diversas áreas em que se pode analisar as intervenções corporais, nos deteremos no que tange a matéria probatória, às intervenções corporais não consentidas que se revelam mais palpitantes, e no que é pertinente às intervenções corporais em sede de medidas cautelares, a análise será indistinta quanto ao consentimento.

É bem verdade que na Alemanha distingue-se entre **investigação corporal**, como investigação sobre o próprio corpo, tal qual o exame de alcoolemia; e os chamados **registros corporais**, que se traduzem na busca de objetos escondidos na superfície ou nas cavidades naturais do corpo⁷⁴⁵. Tal distinção pode ter certa consequência prática em razão da chamada busca pessoal não invasiva, a qual em certos ordenamentos pode ser feita pela própria polícia, sem necessidade de intervenção judicial⁷⁴⁶. É o que ocorre no Brasil nos termos do art. 244 do CPP⁷⁴⁷ e de certa forma

⁷⁴⁵ GONZÁLEZ-CUÉLLAR, *Proporcionalidad...* Op. cit., p. 290.

⁷⁴⁶ Na Espanha há quem faça distinção entre registros corporais e registros superficiais, estes últimos seriam as revistas, apalpamento, na superfície do corpo (*cacheos*) enquanto os primeiros seriam exames nas cavidades naturais. Para alguns, os chamados registros superficiais (*cacheos*) sequer seriam classificados como intervenções corporais e estariam insertos no poder de polícia. Neste sentido: “*En cuanto a los cacheos – registros superficiales de la persona, que afectan únicamente a la superficie externa del cuerpo, a su ropa y a los objetos que porta -, entendemos que se trata de actuaciones distintas de las intervenciones corporales, que se atribuyen a la policía para el cumplimiento eficaz de su misión de prevenir y perseguir la criminalidad*” (AMIGO, *Las Intervenciones...* Op. cit., p. 98-99 e 107-108). Por outro lado, há quem veja nos registros superficiais verdadeira intervenção corporal *verbis*: “*Medida de intervención corporal de especial relevância, atendida su frecuencia práctica, es la del denominado “cacheo”, que lleva consigo el acto de palpar superficialmente, al tacto manual, el perfil corporal del sospechoso de haber cometido un delito, con la finalidad de detectar armas ou otros instrumentos peligrosos para la vida o la integridad física de los funcionarios intervinientes o de terceros...*” (HERNÁNDEZ, *Intervenciones Corporales...* Op. cit., p. 69.)

⁷⁴⁷ CPP, Art. 244 - A busca pessoal independará de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

em Portugal, já que o art. 174 do CPP português faz previsão de algumas hipóteses na quais será dispensada a autorização judicial para as revistas⁷⁴⁸.

Na jurisprudência espanhola⁷⁴⁹ diz-se que as inspeções e registros corporais afetam o direito à intimidade corporal, enquanto as intervenções corporais (em sentido estrito) atingem a integridade física. Daí se extrai a classificação em **intervenções corporais em sentido amplo**, o que abrange as inspeções e registros corporais e as **intervenções corporais em sentido estrito**.

Segundo a sentença 207/96 do Tribunal Constitucional da Espanha, as inspeções ou registros corporais (intervenções corporais em sentido amplo) consistem em qualquer gênero de reconhecimento do corpo humano, seja para determinar a autoria do delito, como os reconhecimentos (em roda), exames dactiloscópicos, etc.; ou de circunstâncias relativas à materialidade do fato, como eletrocardiogramas e exames ginecológicos, etc.; ou ainda para descobrimento do corpo de delito, como as inspeções anais e vaginais. Segundo a sentença, através destes registros não se tem lesão ou menoscabo, isto é, uma diminuição do corpo, não há afetação à integridade física e sim a intimidade corporal.

Por sua vez, para o Tribunal Constitucional, as intervenções corporais em sentido estrito seriam as extrações de determinados elementos externos ou internos do corpo para serem submetidas à perícia, como as análises de sangue, urina, pêlos, unhas, etc., também com o objetivo de averiguar circunstâncias relativas à materialidade e autoria de um crime. Neste caso há lesão, ou menoscabo do corpo, ainda que seja relativa à aparência externa, afetando assim a própria integridade física.

⁷⁴⁸ Art. 174 – CPP Português: 1. Quanto houver indícios de que alguém oculta na sua pessoa quaisquer objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova, é ordenada a revista. 3. As revistas e as buscas são autorizadas ou ordenadas por despacho pela autoridade judiciária competente, devendo esta, sempre que possível presidir à diligência. 5. Ressalvam-se das exigências contidas no nº 3 as revistas e as buscas efectuadas por órgão de polícia criminal nos casos: a) De terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa; b) Em que os visados consentam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado; ou c) Aquando de detenção em flagrante por crime a que corresponda pena de prisão.

⁷⁴⁹ Espanha, STC 207/1996.

De nossa parte, trataremos tudo sob o título de intervenções corporais como tradicionalmente faz a doutrina.

3.1.2 Direitos afetados

Como já se observou anteriormente, não se pode conceber a dignidade humana como um direito, e sim como qualidade inerente a todo ser humano. Ademais, a dignidade humana é o valor que dá unidade de sentido aos direitos fundamentais. Portanto, importante destacar os direitos fundamentais afetados pelas intervenções corporais e da mesma forma seus reflexos sobre a dignidade humana.

Adotando a teoria dos cinco componentes como referencial de densificação da dignidade humana e considerando a integridade física e espiritual como um dos componentes da dignidade, é inconteste que as intervenções corporais devem ser analisadas em relação à possível lesão ou degradação da dignidade humana. Para além deste componente, a autonomia do indivíduo, que também compõe a dignidade é afetada. Portanto, a relação intervenção corporal e dignidade humana deve ser cuidadosamente vista, também para se aferir sobre a transformação do homem no curso de um processo, em um objeto do processo, adotando-se aqui como critério de aferição da violação da dignidade a já referida “formula-objeto”.

Os ordenamentos jurídicos, de modo geral, protegem a integridade física e moral do indivíduo como direito fundamental. Assim é que a Constituição Portuguesa em seu art. 24º e 25º consagra como inviolável o direito a vida e a integridade física e moral, vedando ainda a pena de morte, a tortura, os tratamentos degradantes e desumanos.

Da mesma forma a Constituição Espanhola em seu art. 15 é categórica em afirmar que *todos tienen derecho a vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.*

No Brasil a Constituição também esculpiu como direito fundamental no art. 5º a integridade física e moral, ao declarar inviolável o direito à vida e a liberdade, vedando a tortura e os tratamentos desumanos e degradantes⁷⁵⁰.

O direito à integridade física pode ser compreendido como direito à saúde física, no sentido de não ser privado de nenhum membro ou órgão do corpo. A não ser submetido à enfermidade, que não seja perturbado seu bem estar corporal e psíquico através de sensações de dor e sofrimento. Ademais, insere-se aí o direito à própria aparência pessoal, ou seja, a imagem externa do indivíduo (Mourullo⁷⁵¹ *apud* Hernandez, 1995).

Inerente ao direito à integridade física está o direito à saúde e é indubitoso que as intervenções corporais podem produzir danos à saúde. Para ilustrar, basta pensar no caso de exame radiológico em uma mulher grávida.

No âmbito das intervenções que mais nos interessam em matéria de prova, ou seja, as intervenções corporais não consentidas, a toda evidência há afetação ao direito de liberdade se uma vez for levada a efeito coercitivamente, sendo certo que a liberdade apresenta-se, da mesma forma, como um direito fundamental protegido.

A Constituição do Brasil assegura no art. 5º *caput* o direito a liberdade e no inciso II afirma que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, indicando assim que poderá haver limitação do direito de liberdade por via de lei, por expressa autorização constitucional.

A Constituição portuguesa já é mais detalhada, afirma que todos têm direito à liberdade e a própria Constituição estabelece às restrições possíveis, em catálogo que não dispõe sobre as intervenções corporais.⁷⁵²

⁷⁵⁰ CRF/88, art. 5º, *caput* e inciso III.

⁷⁵¹ MOURULLO, Rodríguez. *Comentários al Código Penal*. (Organizador Manuel Cobo Del Rosal), Tomo I, Ed. Edersa, Madrid, 1992.

⁷⁵² Artigo 27.º (Direito à liberdade e à segurança) 1. Todos têm direito à liberdade e à segurança. 2. Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança. 3. Exceptua-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes: a) Detenção em flagrante delito; b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite

Por sua vez, o direito à intimidade é claramente alvo das intervenções corporais, desde as mais simples como as revistas (buscas pessoais) até as buscas vaginais, anais e bocais. A privacidade/intimidade, em um primeiro sentido, corresponde ao necessário *entrancheiramento do homem contemporâneo nos espaços de acção e interacção pessoais, densificados de “encantamento” e emoção e sem directa valência sistémico-social*⁷⁵³.

Haveria simplesmente a destruição do organismo humano se o Estado e a sociedade pudessem permanentemente intervir nos espaços mais recônditos da existência. Portanto, há necessidade de se proteger, como direito fundamental, a privacidade/intimidade que seria o direito de estar separado e livre da sociedade e do estado, sem estar sendo observado por outros, tendo poder de decisão sobre quando e como os eventos de sua vida pessoal podem ser revelados na medida em que prevalentes interesses comunitários não exijam a revelação (Benda⁷⁵⁴ *apud* Andrade, 1996).

O homem não pode ser perturbado ou inibido pela discussão pública de sua vida privada. Não obstante, a definição de privacidade e intimidade não são estáveis e fixos, ao contrário, são dotados de relatividade histórico-cultural que faz oscilar a fronteira entre o público e o privado em razão das transformações da civilização.

A tarefa de definição das fronteiras da intimidade não é fácil e desafia a jurisprudência e a doutrina. A chamada teoria das três esferas, ou três graus, tem

máximo seja superior a três anos; c) Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão; d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente; e) Sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente; f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente; g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários; h) Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente. 4. Toda a pessoa privada da liberdade deve ser informada imediatamente e de forma compreensível das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos. 5. A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer.

⁷⁵³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*. Coimbra: Editora Coimbra, 1996, p. 88.

⁷⁵⁴ BENDA, Privatsphäre und “Persönlichkeitsprofil”, Willi Geiger-FS. 1974 p.32.

merecido destaque⁷⁵⁵. Segundo esta é possível distinguir três esferas com diferentes intensidades de proteção. Toda pessoa tem uma esfera íntima inviolável em termos absolutos afeta ao livre desenvolvimento da personalidade. Para além desta, uma segunda ampliada, da privacidade, ou seja, do âmbito da vida privada que não pertence à esfera interior. Por fim, a terceira esfera que seria a esfera social.

A teoria das esferas não escapa as críticas, como a que vê nelas uma descrição rudimentar dos diferentes graus de intensidade aos quais a proteção aos direitos fundamentais está submetida⁷⁵⁶.

O fato é que as intervenções corporais podem transfixar todas as esferas, atingido o homem em sua esfera mais íntima, portanto, a intimidade como direito fundamental⁷⁵⁷ deve ser considerada no exame das intervenções.

Como registramos anteriormente, extrai-se dos ordenamentos português e brasileiro, o direito fundamental que impede a autoincriminação, *nemo tenetur se ipsum accusare*. Por óbvio que as intervenções corporais não consentidas entram em tensão com tal direito fundamental e devem, portanto ser aferidas sob o crivo deste.

Por fim, a necessidade de intervenção corporal, mas propriamente sua recusa por parte da vítima e de terceiros, deve ser analisado em relação ao direito fundamental à defesa no curso do processo, ou ainda à presunção de inocência e suas consequências sobre o ônus da prova.

3.1.3 Sujeitos passivo e ativo

Não são poucas as questões de difícil solução que surgem em razão das chamadas intervenções corporais. No que se refere aos sujeitos o tema não é marcado por menores controvérsias, quer em respeito aos sujeitos ativos, quer em relação aos sujeitos passivos.

⁷⁵⁵ ANDRADE. *Liberdade...* Op. cit., p. 96.

⁷⁵⁶ ALEXY, *Teoria...* Op. cit., p. 363-364.

⁷⁵⁷ Constituição Portuguesa de 1976, art. 26º: *A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.* No Brasil dispõe a CRF/88, art. 5º, inciso X: *São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*

Há autores em Espanha que sustentam que em razão do monopólio estatal da jurisdição, que se dá através dos juízes e tribunais, seria possível supor que tudo que direta ou indiretamente restringe direitos fundamentais estaria abarcado pela reserva de jurisdição. Por outro lado, lembra-se também que haveria verdadeira impossibilidade prática de que os órgãos judiciais tivessem que autorizar toda e qualquer intervenção, ou seja, imagine a hipótese de autorização judicial para se proceder à revista pessoal de um suspeito⁷⁵⁸.

O debate doutrinário é grande, para alguns a polícia e o Ministério Público só poderiam proceder a intervenções corporais com o consentimento do sujeito passivo da intervenção⁷⁵⁹. Outros entendem que a polícia e o Ministério Público poderiam proceder a intervenções corporais em casos de urgência⁷⁶⁰. Há ainda os que entendem que nos casos de intervenções “graves” como as amostras de sangue, inspeções anais e vaginais, só podem ser realizadas com autorização judicial⁷⁶¹, contrário senso, nos demais casos, poderiam por razões de urgência ser realizadas pela polícia ou o Ministério Público⁷⁶².

Quanto aos sujeitos passivos, não apenas o indiciado ou acusado poderia estar na mira das intervenções corporais, como também a vítima e até mesmo testemunhas ou terceiros que se tornaram espécie de instrumentos do crime.

No caso da vítima não há dificuldade de se reconhecer a necessidade de intervenções corporais em razão da possibilidade de guardarem em seu corpo vestígios e consequências do delito. Porém, mesmo para além do âmbito do suspeito e da vítima, há possibilidade de haver interesse em intervenção corporal em terceiros que não possuem

⁷⁵⁸ HERNÁNDEZ, *Intervenciones Corporales...* Op. cit., p. 55.

⁷⁵⁹ MONTERO AROCA, Juan. ORTELLS RAMOS, Manuel. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. MONTÓN REDONDO, Alberto. *Derecho Jurisdiccional*. Barcelona: Bosch, 1991. Tomo III, p. 228-229.

⁷⁶⁰ ASECIO MELLADO, *Prueba...* Op. cit., p. 146.

⁷⁶¹ DÍAZ CABIALE, J.A. *La Admisión y Práctica de la Prueba en el Proceso Penal*. Premio Poder Judicial 1992, CGPJ, Madrid, 1993, p. 141.

⁷⁶² Na jurisprudência, por exemplo, o Supremo Tribunal da Espanha entendeu como válida a revista realizada sem violência dispensando para o caso a autorização judicial, tendo inclusive destacado que a extração de droga da cavidade bucal não afeta a intimidade e não pode ser equiparado às intervenções vaginais e anais, sendo assim a realização pela própria polícia é válida (SS de 12 de março de 1994, 23 de março de 1994, 27 de abril de 1994 e S de 15 de janeiro de 1993). O Tribunal Constitucional de Portugal já se debruçou sobre o tema de recolha de zaragatoas bucais ordenada pelo Ministério Público para identificação de perfil genético (Acórdão 155/2007). O acórdão será objeto de exame em momento próprio.

tais qualidades, mas que podem ter sido usados como instrumentos para cometimento do crime. Embora a hipótese seja difícil, é possível imaginar que um terceiro, sem o seu consentimento, seja usado para transportar drogas.

Sobre o tema a doutrina espanhola traz como exemplo os pais que utilizam o corpo de seus filhos menores para o transporte de droga, ou ainda o usuário que acaba de comprar a droga e com a chegada da polícia engole o material e então a prova da traficância dependeria da “expulsão” da droga⁷⁶³.

Ainda sobre a possibilidade de intervenção corporal recaindo sobre um terceiro, pode haver necessidade de intervenção em razão de contaminação da mostra sob análise, designadamente quando o manipulador negligentemente contamina a mostra sendo necessária a extração de seu material genético para verificar se coincide ou não com o contaminante⁷⁶⁴.

Os sujeitos passivos das medidas também influenciaram em outros aspectos relevantes do tema. Note-se que se por um lado a ausência de consentimento do acusado conduzirá a análise da possibilidade de intervenção corporal à luz dos princípios da dignidade humana e do *nemo tenetur*, de outro lado, em se tratando de intervenções corporais que recaiam sobre terceiros que não consentem, a reflexão exigirá considerações que para além da dignidade humana, abarcarão o direito de defesa, a presunção de inocência e seus reflexos sobre o ônus da prova.

3.1.4 Classificação

3.1.4.1 Consentidas e não consentidas (voluntárias e coativas)

Como já antecipamos, podemos encontrar intervenções corporais realizadas com o consentimento do sujeito passivo da medida, diz-se então, **intervenções corporais consentidas**.

⁷⁶³ AMIGO, *Las Intervenciones...* Op. cit., p. 30-31.

⁷⁶⁴ KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La Prueba de ADN en el Proceso Penal*. Granada: Editorial Comares, 2008, p. 61.

Neste âmbito, algumas questões devem ser colocadas. Primeiramente o inequívoco consentimento livre.

Binder, discorrendo sobre o consentimento no processo penal, afirma a necessidade de que o consentimento seja livre, não se admitindo consentimento tácito. Destaca ainda que levando em conta o desenvolvimento histórico das garantias fundamentais e as práticas atuais, é prudente se exigir algum tipo de prova do consentimento por parte dos agentes, que, por exemplo, ingressam em um domicílio, sem mandado, com o “consentimento” do morador⁷⁶⁵.

Note-se que a preocupação da doutrina argentina encontra respaldo na legislação portuguesa na medida em que o art. 174º, nº 5, *b* do CPP de Portugal prescreve que as revistas e buscas pessoais podem ser realizadas sem autorização judicial desde que haja consentimento por parte dos visados e que este consentimento seja por qualquer forma documentada. Lamentavelmente, o CPP brasileiro não demonstrou preocupação com a formalização do consentimento.

Em outra quadra, coloca-se o limite do consentimento. Sustenta-se na doutrina, que tendo em vista a irrenunciabilidade de direitos afetos à dignidade humana e a personalidade, algumas intervenções corporais, mesmo consentidas, não poderiam ser realizadas sob pena de atingirem esta esfera absolutamente inviolável que é a dignidade humana. Desta forma, o consentimento não seria válido invadirem uma esfera de indisponibilidade dos bens⁷⁶⁶.

De outro lado, onde reside o grande foco de discussão, encontram-se as **intervenções corporais não consentidas ou compulsórias**, ou seja, intervenções que à míngua de consentimento do visado, poderiam ser realizadas sob coação. Para entender este enquadramento é preciso distinguir entre ônus processual e obrigação processual.

O ônus processual não se confunde com a obrigação. Aquele difere essencialmente desta, como ensina Fenech⁷⁶⁷, na medida em que o obrigado tem o dever

⁷⁶⁵ BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, p. 189.

⁷⁶⁶ Referindo-se a consentimentos que não teriam condão de autorizarem certos exames, notadamente quando estes provocam dor, por todos: AMIGO, *Las Intervenciones...* Op. cit., p. 28 e 92.

⁷⁶⁷ FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*. Vol. I, Barcelona: Editora Labor S.A., 1952, p. 713.

de agir para satisfazer um interesse alheio, enquanto o sujeito que possui um ônus age em busca de um interesse próprio. A obrigação implica uma sanção jurídica; o ônus, a insatisfação de um interesse perseguido. Desta forma, tratando-se a recusa como um ônus do qual não se desincumbiu, o resultado seria a presunção contrária aos interesses de quem recusou desincumbir-se do ônus⁷⁶⁸. Considerando uma obrigação, o resultado seria a possibilidade de execução, por coerção.

Entende-se, por parte da doutrina, que a recusa a submissão a intervenção corporal não se resolve pelo ônus da prova, sendo mesmo uma obrigação, de forma que não consentindo e se recusando a permitir a realização, a forma de execução da medida seria a coerção direta através do uso da força física, ou a coerção indireta através da ameaça de crime de desobediência⁷⁶⁹.

3.1.4.2 Invasivas e não invasivas – leves e graves

As intervenções corporais podem ser classificadas em **invasivas** e **não invasivas**. As primeiras pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não. As segundas, embora tenham por foco o corpo humano vivo, não provocam penetração no organismo⁷⁷⁰.

É bem verdade que a classificação da intervenção como invasiva e não invasiva é algo que acaba se tornando muito variável dado ao avanço tecnológico contínuo⁷⁷¹. Não obstante, pode se ilustrar as intervenções invasivas através do exame de sangue,

⁷⁶⁸ No processo civil brasileiro, a jurisprudência firmou entendimento que nas ações de investigação de paternidade, a recusa do investigado em participar do exame de DNA resolve-se pela presunção de paternidade. Esta posição jurisprudencial sedimentou-se a tal ponto que o legislativo a converteu em Lei e recentemente (julho de 2009) entrou em vigor a Lei 12.004/2009 que dispõe: Art. 1º Esta Lei estabelece a presunção de paternidade no caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de código genético - DNA. Art. 2º A Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 2º-A: “Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.” Art. 3º Revoga-se a Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949.

⁷⁶⁹ AMIGO, Las Intervenciones...Op. cit., p. 45.

⁷⁷⁰ QUEIRO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 245.

⁷⁷¹ Neste sentido: FELICIONI, Paola. *Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma*. L’Indice Penale, Padova: 1999, maio/agosto, p. 495-526.

exame ginecológico, endoscopia e exame de reto, dentre inúmeras outras forma de intervenção.

Quanto as não invasivas, podemos destacar as impressões dos pés e palmares, bem como as radiografias e as revistas superficiais realizadas durante buscas pessoais⁷⁷².

Na doutrina espanhola⁷⁷³ classificam-se também as intervenções corporais em leves e graves. As **intervenções leves** seriam aquelas que resultariam admitidas diante de uma ponderação entre o interesse individual e social em conflito, notadamente em razão da proporcionalidade entre a medida e a gravidade do delito investigado. Neste terreno ilustra-se com as intervenções que importem em corte de cabelo, barba, eletrocardiograma e tomadas de fotografia, dentre outras.

No campo das **intervenções graves**, temos aquelas que nem a gravidade do delito investigado pode supor sua admissão, ou seja, não há ponderação que a justifique. Neste campo indica-se como exemplo as ordens para desnudar e fazer flexões. As medidas graves são intensamente invasivas, como os registros anais e vaginais.

Mas como é sabido, no campo das intervenções corporais não há terreno que não seja movediço, a jurisprudência distingue as **intervenções leves** das **graves** porque as primeiras são as que não colocam o sujeito em uma situação de perigo a saúde tampouco causa sofrimento e que, portanto, poderiam ser realizadas, em razão de urgência, pela autoridade policial, não haveria reserva de jurisdição, já as graves, contrário senso, geram risco à saúde ou causam sofrimento e exigiriam a autorização judicial⁷⁷⁴.

⁷⁷² Veremos a frente, que alguns dos exemplos aqui apontados têm a sua natureza de intervenção corporal controvertida, como é o caso das buscas pessoais.

⁷⁷³ HERNÁNDEZ, *Intervenciones Corporales...* Op. cit., p. 114-116.

⁷⁷⁴ É o que se extrai da Espanha: STC 207/1996, *verbis*: “Esta misma exigência de monopólio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta, pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante (debido precisamente a esa falta de reserva jurisdiccional en favor del juez), que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, **una intervención corporal leve** [grifo nosso], siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.

Parte da doutrina, por sua vez, afirma que esta classificação em intervenções graves e leve é um equívoco inadmissível. Todas as intervenções corporais sejam as inspeções, registros ou intervenções em sentido estrito, por afetarem direitos fundamentais devem ser consideradas graves e, portanto, devem cumprir os mesmos requisitos que as legitimam, ou seja, os órgãos jurisdicionais são os únicos que podem autorizá-las.

Para Gomez Amigo, na verdade, as diligências que não estão cobertas pela reserva de jurisdição não constituem intervenções corporais, como as revistas superficiais em suspeitos (*cacheos policiales*) e os exames de alcoolemia⁷⁷⁵.

Uma última distinção deve ser feita relativamente às provas invasivas e não invasivas. É que a doutrina ao trazer tal classificação e exemplificá-las deixa uma área de sombra. A Professora Elizabeth Queijo ao escrever sobre o tema afirma que em matéria de provas não invasivas se tem como exemplo os exames sobre matérias fecais e exames de DNA a partir de fios de cabelo e pêlos, bem como a identificação dactiloscópica, das impressões dos pés, unhas e palmares e ainda as radiografias utilizadas em buscas pessoais⁷⁷⁶.

Ocorre que, nos exemplos referidos acima, ora estaremos diante de intervenções corporais e outras, sequer teremos intervenções corporais. Para ilustrar, o exame sobre material genético (fezes, unhas, cabelo, saliva, etc.) pode se dar ou não por intervenção corporal. Quando o material a ser examinado é encontrado já fora do corpo, como em uma barbearia ou no lixo, e sendo conhecida a origem do material como sendo do investigado, esta prova não se insere no regime das intervenções corporais, pois tal material não se encontra mais na esfera corporal do sujeito, podendo está até na esfera da intimidade (como no caso do lixo no quintal), mas não da corporeidade.

Por outro lado, a mínima retirada de pelos ou fluidos corporais - ou a pequena influência sobre funções corporais, como a do raio X - já pode ser inserta no domínio das intervenções corporais, e aí sim faz sentido a expressão invasivas e não invasivas. Haverá intervenções que em razão da ordem de grandeza poderão ser classificadas

⁷⁷⁵ AMIGO, *Las Intervenciones...* Op. cit., p. 106-107.

⁷⁷⁶ QUEIJO, *O Direito...* Op. cit., p. 251.

como invasivas (no sentido de agressivo, hostil, invasão) e não invasivas (ou evasivas, no sentido de sutil, não agressivo) ⁷⁷⁷. Não obstante, o exame sobre material (amostras corporais) colhido quando já desgarrado ou apartado do corpo, não estão inseridos no domínio das intervenções corporais, não havendo sentido no tratamento como **intervenções corporais**, embora possam ser chamados de **provas** não invasivas.

3.1.5 Intervenções Corporais: Requisitos (leitura acrítica)

Doutrinariamente podemos falar **requisitos de legitimação** e **requisitos de execução** das intervenções corporais.

3.1.5.1 Requisitos de Legitimação

De modo geral a doutrina⁷⁷⁸ destaca como requisitos legitimadores das intervenções corporais a existência de lei prevendo a medida, decisão judicial e aplicação do princípio da proporcionalidade. Em um autor ou outro se encontra ainda a exigência de audiência prévia com o sujeito passivo⁷⁷⁹, processo judicial e a finalidade constitucional⁷⁸⁰.

a) Legalidade

Sustenta-se que em razão da Constituição, a lei tem atribuição de articular os direitos fundamentais e as liberdades públicas. Quando a articulação implica em limitação dos direitos fundamentais reforça-se a exigência de lei (reserva legal) que no caso da Espanha exige expressamente as chamadas leis orgânicas⁷⁸¹ que exige maior consenso e rigidez para sua aprovação. Desta forma, a reserva de lei é indispensável

⁷⁷⁷ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário de Língua Portuguesa*. 3ª edição, Curitiba: Editora Positivo, 2004, p. 1126 e 848.

⁷⁷⁸ HERNÁNDEZ, *Intervenciones Corporales...* Op. cit., p. 60-61.

⁷⁷⁹ FIORI, Ariane Trevisan. *A Prova e a Intervenção Corporal: sua Valoração no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 116.

⁷⁸⁰ AMIGO, *Las Intervenciones...* Op. cit., p. 60-90.

⁷⁸¹ Constituição Espanhola, art. 81.1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

para qualquer limitação aos direitos fundamentais onde se incluem as intervenções corporais⁷⁸².

b) Decisão Judicial

A exigência de decisão judicial é de certa forma assente na doutrina. Não obstante, tanto em sede doutrinária⁷⁸³, e principalmente em sede jurisprudencial⁷⁸⁴, há entendimentos no sentido de que em determinadas hipóteses, por razões de urgência e necessidade, poderia ocorrer intervenção corporal pela polícia ou Ministério Público, mesmo sem autorização judicial.

O fato é que para a maior parte da doutrina, é indispensável que haja não só decisão judicial autorizando a intervenção, mas que também esta seja devidamente motivada⁷⁸⁵. Ademais, destaca-se também a necessidade de especificação judicial da medida a fim de evitar que se dê ao executor um verdadeiro cheque em branco⁷⁸⁶.

c) Proporcionalidade

O requisito da proporcionalidade é adotado com certa unanimidade pelos que admitem as intervenções corporais. Antes de prosseguir com qualquer nota sobre o tema, *mister* se faz um acordo semântico sobre os termos proporcionalidade e razoabilidade.

Parte considerável da doutrina usa indistintamente os termos proporcionalidade, este vinculado a origem alemã, e razoabilidade, ligada a tradição estadunidense. Barroso⁷⁸⁷ destaca que a doutrina e a jurisprudência, tanto na Europa continental quanto no Brasil não costumam fazer distinção entre os termos proporcionalidade e

⁷⁸² EVANGELIO, *Intervenciones corporales...* Op. cit., p. 64-66.

⁷⁸³ ASENIO MELLADO, *Prueba...* Op. cit., p. 144-146.

⁷⁸⁴ Espanha, STC 204/1996.

⁷⁸⁵ AMIGO, *Las Intervenciones...* Op. cit., p. 86 e seguintes.

⁷⁸⁶ ETXEBERRIA GURIDI, *Las Intervenciones...* Op. cit., p. 372-373.

⁷⁸⁷ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224.

razoabilidade⁷⁸⁸. Por outro lado, há quem sustente que a razoabilidade tem uma função negativa, desobedecê-la seria ultrapassar limites aceitáveis, por outro lado, a proporcionalidade teria função positiva, demarcando o limite e indica como se deve manter dentro dele, mesmo quando não parecer irrazoável ir além⁷⁸⁹. Ávila distingue proporcionalidade e razoabilidade entendendo que no primeiro há um exame abstrato dos bens jurídicos e no segundo há um exame concreto, em função das peculiaridades dos casos particulares, ou seja, na razoabilidade as condições individuais e pessoais dos envolvidos devem ser consideradas na decisão⁷⁹⁰.

Não obstante, para nós razoabilidade e proporcionalidade, não apresentam distinção que mereça destaque. Historicamente, o princípio da razoabilidade tem sua origem na *Magna Carta* de 1215, tendo seu desenvolvimento ligação com a cláusula do devido processo legal, do direito anglo-saxão. Mais tarde, encontrou abrigo na 5ª e 14ª Emendas da Constituição norte-americana.

Com o desenvolvimento do chamado *substantive due process*, ocorreu a ascensão do Judiciário, que através do exercício de jurisdição constitucional encontrou no referido princípio um importante instrumento para tutelar direitos individuais mediante o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental⁷⁹¹.

Assim, tem-se que a origem do princípio está ligada à limitação do poder público face ao arbítrio do Estado, ou seja, está associada à garantia das liberdades individuais. Tanto nos Estados Unidos como na Alemanha, o princípio surge como limitador do poder estatal e umbilicalmente ligado aos direitos fundamentais⁷⁹².

⁷⁸⁸ No sentido da indistinção vale referir dentre outros tantos: OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza de. *Por uma Teoria dos Princípios: O princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 85; BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 137.

⁷⁸⁹ GERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade*. In *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais* (Org). Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 25-26.

⁷⁹⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade*. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 215, 1999, p. 173-174.

⁷⁹¹ BARROSO, *Interpretação*, p. 218-219.

⁷⁹² OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza de. *Por uma Teoria dos Princípios: O princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 85.

Doutrinariamente – tanto em Portugal como no Brasil - que sofrem influência conhecimento jurídico produzido na Alemanha, reproduz e endossa a tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade⁷⁹³, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Portanto, seus requisitos seriam (a) **adequação**, isto é, exigência de que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a alcançarem os objetivos pretendidos; (b) **necessidade** ou **exigibilidade**, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para o alcance dos fins almejados; (c) **proporcionalidade em sentido estrito**, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão⁷⁹⁴.

d) Existência de processo, finalidade e audiência prévia

Há ainda os que sustentam a necessidade de existência de um processo pendente⁷⁹⁵ ou ao menos que sua solicitação de lugar ao começo do processo. O que não se admite é que as intervenções sejam medidas que busquem meros indícios, sendo necessário ao contrário, que já haja investigação sobre um delito grave e sólidos indícios para a imputação de um sujeito passivo de uma medida⁷⁹⁶.

A finalidade constitucional às vezes é também destacada como requisito de legitimação. Diz-se que as intervenções corporais devem servir a fins constitucionais legítimos⁷⁹⁷, expressa ou implicitamente previstos na própria constituição. Isto decorre do fato de que os direitos fundamentais só podem ter por limites aqueles expressamente

⁷⁹³ Os requisitos da proporcionalidade também são destacados na doutrina espanhola: “...tanto la regulación legal como las injerencias en los derechos fundamentales han de limitarse a las que se hallen dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas (adecuación a fin), admitiéndose tan sólo en la medida en que supongan un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo (necesidad), resultando, asimismo, proporcionadas al mismo (proporcionalidad en sentido estricto)” (EVANGELIO, *Intervenciones Corporales...* Op. cit., p. 97). No mesmo sentido: AMIGO, *Las Intervenciones...* Op. cit., p. 66-81.

⁷⁹⁴ BARROSO, *Interpretação*, p. 228-229.

⁷⁹⁵ FIORI, *A Prova...* Op. cit., p. 116.

⁷⁹⁶ AMIGO, *Las Intervenciones...* Op. cit., p. 90.

⁷⁹⁷ Este aspecto repercute na jurisprudência espanhola: STC 207/1996.

previstos pela própria constituição ou que indiretamente derivem da necessidade de preservar outros direitos constitucionalmente protegidos⁷⁹⁸, através de ponderação.

A toda evidência, o contraditório é essencial para a constituição de qualquer prova, por tal razão, a previsão de audiência prévia previstas em alguns casos na Espanha, Alemanha, Holanda e Itália é medida representativa nesta seara e colocada então como requisito de legitimação. A medida oportuniza ao sujeito expressar seu consentimento ou sua justificativa sobre a impossibilidade de se submeter ou mesmo fornecer alternativa ou medida menos gravosa⁷⁹⁹.

3.1.5.2 Requisitos para a execução

Quanto aos requisitos para a execução da medida, sustenta-se na doutrina que as intervenções corporais não podem gerar riscos à saúde do sujeito, tampouco dor e sofrimento, respeitem a dignidade e sejam realizadas por profissionais habilitados.

Diz-se que a medida, seja por ela própria, seja pelos meios utilizados, não pode resultar em risco à saúde, tampouco podem causar dor para além de uma intensidade mínima, razoável e aceitável, mesmo que haja o consentimento do sujeito passivo⁸⁰⁰.

Da mesma forma, inadmissíveis as intervenções que importem em aviltamento da dignidade humana, resultando em trato degradante, vexatório ou desumano. A dignidade humana aparece também como limite à execução da medida, limite este que se impõe também, mesmo quando haja consentimento, vez que a dignidade é inalienável, indisponível e intangível.

Por fim, as intervenções que afetem a integridade física ou à intimidade corporal, segunda a doutrina espanhola⁸⁰¹ devem ser executadas por profissionais especializados de acordo com a necessidade da intervenção, tais como médicos, enfermeiros e etc., com atendimento às normas e práticas profissionais habituais, de modo a assegurar o mais possível, tanto a integridade, como a intimidade corporal.

⁷⁹⁸ AMIGO, *Las Intervenciones...* Op. cit., p. 66-67.

⁷⁹⁹ FIORI, *A Prova...* Op. cit., p. 119.

⁸⁰⁰ AMIGO, *Las Intervenciones...* Op.cit., p. 91-92.

⁸⁰¹ AMIGO, *Las Intervenciones...* Op.cit., p. 93-94.

A questão da execução forçada, isto é, com emprego de força física, deixaremos para o exame posterior já que nesta seara, a questão é cercada por grande discussão doutrinária.

3.2 Intervenções Corporais em Espécie

A doutrina, tampouco a jurisprudência, não é unânime em relação às práticas que consistiriam em intervenções corporais. Não obstante as diferentes espécies admitidas como tais, o elemento comum é o fato de recaírem, direta ou indiretamente, sobre o corpo humano vivo.

Para ilustrar a controvérsia, basta fazermos referência as revistas pessoais (*cacheos*) que para muitos consiste verdadeiramente em intervenção corporal e para outros não se revestem desta natureza.

Iniciaremos então pelas chamadas buscas ou revistas pessoais.

3.2.1 Busca pessoal ou “revistas”

O código de processo penal do Brasil em seu artigo 244 diz que a busca pessoal pode ser feita sem mandado quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda no curso da busca domiciliar.

Estando a pessoa em um domicílio, o ingresso neste para efetivar busca pessoal dependerá de mandado, a dispensa do mandado refere-se às buscas realizadas em ambientes que não configuram o asilo inviolável (domicílio) protegido pelo art. 5º, XI da Constituição.

Esta diligência consiste em apalpar, tocar com a mão, superficialmente, o perfil corporal de suspeitos. Nos casos de pessoa do sexo feminino a busca pessoal deve ser feita por mulher (art. 249, CPP).

Para a doutrina, a busca pessoal pode ser feita por meio mecânico, como radioscópico⁸⁰² e não poderíamos olvidar da detecção de metais por meios magnéticos.

⁸⁰² ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 249.

No Brasil, o problema da prescindibilidade do mandado para a busca pessoal traz alguns problema, notadamente em razão do fato de que entre nós há pouco regramento sobre o assunto, dando margens a abusos. Os poucos dispositivos do CPP sobre o tema já foram objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal que assinalou:

RECUSA A SER SUBMETIDO À BUSCA PESSOAL. (...) A "fundada suspeita", prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um "blusão" suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder (STF, HC 81305, 13/11/2001).

A jurisprudência do Supremo Tribunal da Espanha e do Tribunal Constitucional Espanhol não vê nesta intervenção qualquer lesão à intimidade, tratando-se de atividade típica de prevenção (poder de polícia), que dispensa maior formalidade, como mandado, e deve ser cumprida com obediência aos limites e requisitos da lei.

Em Portugal as buscas pessoais devem ser autorizadas ou determinadas pelo Ministério Público na fase de inquérito, ou pelo juiz de instrução⁸⁰³. Não obstante, há casos em que as revistas podem ser feitas diretamente pelo órgão de polícia criminal, como nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, diante de fundados indícios da prática iminente de crime que coloque em grave risco a vida ou a integridade das pessoas, ou quando houver consentimento documentado do visado, ou ainda, quando houver detenção em flagrante por crime punido com prisão (art. 174º, nº 5, *a, b e c*).

Para Diaz Cabiale⁸⁰⁴, com o que parece concordar no Brasil Ariane Fiori⁸⁰⁵, as revistas não seriam intervenções corporais por serem atuações externas sobre o corpo e suas indumentárias e embora atinjam direitos fundamentais como nas intervenções corporais, isto não se dá com intensidade que ocorrer nestas últimas.

⁸⁰³ SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*, vol. II, Lisboa: Verbo, 2002, p. 214.

⁸⁰⁴ DÍAZ CABIALE, J. A. *Cacheos Superficiales, Intervenciones Corporales y El Cuerpo Humano como Objeto de Recogida de Muestras para Análisis Periciales (ADN, sangre, etc)*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: CGPJ, XII, 1996, p 79-80.

⁸⁰⁵ FIORI, *A Prova...* Op. cit., p. 111-112.

Em outro tom, Gil Hernández espousa entendimento no sentido de que as revistas são verdadeiras intervenções e que apalpar, ainda que superficialmente, importa em lesão à intimidade corporal⁸⁰⁶.

De modo geral, na Espanha, inclusive no âmbito jurisprudencial, as revistas prescindem de autorização judicial e se submetem a dois requisitos: a existência de norma que regule a atuação das autoridades e agentes e o respeito à proporcionalidade, ou seja, que a medida se mostre racionalmente justificável diante do caso concreto e se realize sem excesso⁸⁰⁷.

Para nós, a busca pessoal não pode ser classificada como intervenção corporal. Como destacamos na conceituação, intervenção filia-se a idéia de ingerência sobre o corpo vivo. Em uma primeira leitura, mais literal, nota-se que intervenção está associada ao termo “ingerência” (intervir, ingerir-se, meter-se) que por sua vez associa-se à palavra “influência”. Remete-se assim aos verbos “ingerir” e “influenciar”, estando o primeiro ligado a “fazer penetrar, introduzir”⁸⁰⁸. Desta forma, concebemos as intervenções como as diligências que penetram, ainda que minimamente, no corpo humano vivo, ou que sejam potencialmente capazes de produzir alguma influência sobre ele, influência esta em sua funcionalidade (organização, irritabilidade, movimento, crescimentos, reprodução e adaptação).

Nesta primeira aproximação, a busca pessoal, as chamadas revistas, não seriam verdadeiramente intervenções corporais na esteira do sustenta Cabiale. Não obstante, há que se diferenciar a busca pessoal feita por apalpamento daquela realizada por exame radioscópico⁸⁰⁹. Neste caso, o regime é completamente distinto, até porque exige atuação de profissional habilitado não podendo ser equiparado às buscas pessoais regidas pelo art. 240 do CPP do Brasil ou do art. 174 do CPP de Portugal como afirma parte da doutrina brasileira.

No caso do exame radioscópico, há verdadeiramente uma intervenção corporal, já que permite a imagem de partes internas do corpo, o que vai ao encontro da idéia de

⁸⁰⁶ HERNÁNDEZ, *Intervenciones Corporales...* Op. cit., p. 69.

⁸⁰⁷ HERNÁNDEZ, *Intervenciones Corporales...* Op. cit., p. 75-76.

⁸⁰⁸ Significados retirados de: HOLANDA FERREIRA, *Novo Dicionário...* Op. cit., p. 1105-1106 e 1122-1123.

⁸⁰⁹ Sustenta-se que neste caso trata-se dos chamados registros corporais e não meros registros superficiais como as revistas.

“penetrar”, “introduzir-se”, além do que, a exposição a estes raios causam, ainda que minimamente, “influência” sobre o corpo humano, designadamente sobre as células, o que de forma desmedida ou prolongada, pode até provocar câncer e outras doenças.

O mesmo ocorre em relação às intervenções anais e vaginais. Estas não se confundem com a mera revista. Trata-se de diligência invasiva que não pode estar submetida ao regime da busca pessoal dos referidos artigos 240 e 174, respectivamente do Brasil e de Portugal.

A doutrina brasileira distingue a busca pessoal, através da qual se pretende localizar algo que esteja oculto no corpo; das inspeções corporais, que seriam exames sobre o corpo para verificar vestígios e lesões decorrentes do crime. No entanto, não se faz distinção precisa entre as buscas anais e vaginais das buscas pessoais, considerando estas últimas como verdadeiras intervenções corporais já que podem ser realizadas com manobras invasivas no reto e na vagina⁸¹⁰. Para nós, colocar no mesmo plano das revistas ou buscas pessoais, as inspeções anais e vaginais, significaria permitir que tais diligências tivessem a mesma disciplina legal, dispensando inclusive mandado de autoridade judicial, ou seja, reserva de juiz.

Com efeito, não se pode confundir as buscas pessoais ou revistas, os chamados *cacheos* em Espanha, tidos lá por **registros superficiais**, com as **inspeções ou registros corporais**, isto é, inspeções anais, vaginais e mesmo bucais, ou seja, inspeções nas cavidades naturais do corpo. Incluem-se também nos registros corporais o reconhecimento com o corpo completamente nu⁸¹¹.

Em uma segunda abordagem, nota-se que as revistas estão insertas no âmbito da prevenção, afetas ao poder de polícia. Pode até ser que em se encontrando elemento que constitua corpo de delito tal seja utilizado como prova, mas o desiderato inicial não é este e sim a prevenção⁸¹².

Por tudo, concluímos que as revistas disciplinadas pelo art. 240 do CPPB e pelo art. 174 do CPPP, só podem ser vistas como exames superficiais sobre o corpo, vestes e

⁸¹⁰ QUEIJO, *O Direito...* Op. cit., p. 253-254.

⁸¹¹ Vale transcrever: ...nuestro Tribunal Supremo que incluye la boca entre las cavidades naturales del cuerpo humano – junto al ano y la vagina – y, por tanto, protegida por la intimidad corporal: el examen de la cavidad bucal no es un registro superficial, por lo que la boca deb entenderse protegida por la intimidad corporal. (AMIGO, *Las Intervenciones...* Op. cit., p. 98-100).

⁸¹² FIORI, *A Prova...* Op. cit., p. 112-113.

objetos, não constituem verdadeiramente intervenções corporais⁸¹³, embora sejam diligências que importam em relevantes afetações a intimidade corporal, e, portanto, devem estar regidas por princípios e regras que as mantenham aceitáveis diante do sistema de direitos fundamentais.

3.2.2. Exames radiológicos e ecográficos

Ao final do século passado, precisamente em 08 de novembro de 1895, na Alemanha, o Prof. Wilhelm Conrad Röntgenao, em seu laboratório na Baviera, descobriu os Raios X.

A partir da fluorescência emanada de uma placa de papelão recoberta com platinocianeto de bário, na sala escura, o referido professor, fez uma das mais importantes descobertas científicas da humanidade.

A Radiologia, por sua vez, é a parte da ciência que estuda órgãos e/ou estruturas utilizando os raios-x para gerar uma imagem.

Nas últimas décadas foram acrescentados novos métodos aos já tradicionais raios-x, como a ultrassonografia, a ressonância magnética, tomografia computadorizada, etc.

Os exames radiográficos utilizam o raio-x. O feixe de raios-x, transmitido através do paciente, produz o filme radiográfico, que revelado, proporciona uma imagem permitindo distinguir estruturas e tecidos com propriedades diferenciadas. A partir de então, obtém-se imagens radiográficas que, mostram tonalidades de cor cinza bem diferenciadas; conforme a densidade, tudo o que está dentro do corpo surge em uma cor diferente numa radiografia.

Desta forma é possível perceber fraturas, tumores, e objetos estranhos, como a localização de um projétil no corpo humano.

A já a ecografia, ou a ultra-sonografia é um método diagnóstico que aproveita o eco produzido pelo som para ver as reflexões produzidas pelas estruturas e órgãos do organismo. Através de aparelhos, chamados ultra-som, usa-se a frequência e recebe-se

⁸¹³ Em sentido semelhante: AMIGO, *Las Intervenciones...* Op. cit., p. 106-107.

ecos gerados que são interpretados por computação gráfica, produzindo imagens dos órgãos internos do corpo. Quanto maior a frequência maior a resolução obtida.

Trata-se nestes casos dos chamados registros ou inspeções corporais. Os exames radiológicos e ecográficos são autênticas medidas de intervenção corporal (em sentido amplo), em regra, não invasivas ou leves, equiparáveis na intensidade, aos cortes de cabelo ou barba⁸¹⁴. Tais exames geralmente podem ser úteis para verificar a existência de drogas no organismo humano através de cápsulas ou saquinhos⁸¹⁵.

Na Europa a admissibilidade destes exames sem autorização judicial é discutida. Para parte da doutrina⁸¹⁶ é imprescindível a autorização judicial, tendo em vista a afetação a aspectos da intimidade. Por outro lado, há escassos julgados do Supremo Tribunal de Justiça espanhol no sentido da desnecessidade de autorização judicial para tanto. Sustenta-se que a inspeção no interior do corpo humano mediante raio X, pela forma e frequência com que é feita e os instrumentos utilizados e a classe de visão que permite, em nada afeta a intimidade do examinado no estágio atual da sociedade, de forma que se torna prescindível a autorização judicial, podendo a polícia realizá-la⁸¹⁷.

3.2.3. Endoscopia

A palavra endoscopia, significa *olhar dentro*. Estamos diante de um procedimento médico através do qual se obtém imagens diagnósticas utilizando-se de um endoscópio. Este basicamente traduz-se em uma fonte de luz e alguma forma de visualização da imagem, fibroscópios (que transmitem a imagem por fibra ótica) ou vídeo-endoscópios (transmissores de imagens por micro câmera) que são introduzidos no corpo humano por todos flexíveis.

Por exemplo, a endoscopia digestiva é muito conhecida e utilizada, consistindo na investigação de doenças do esôfago, estômago e intestinos através da introdução de tubos flexíveis pela cavidade oral (endoscopia digestiva) ou anal (colonoscopia). Esses

⁸¹⁴ HERNÁNDEZ, *Intervenciones Corporales...* op. cit., p. 80-81.

⁸¹⁵ QUEIJO, *O Direito...* Op. cit., p. 251.

⁸¹⁶ HERNÁNDEZ, Angel Gil. *Intervenciones Corporales y Derechos Fundamentales*. Madrid: Colex, 1995, p. 82.

⁸¹⁷ STS sentença de 18 de enero de 1993, Delgado García.

instrumentos permitem, além da visualização, a coleta de material ou mesmo realização de pequenas cirurgias.

No âmbito do processo penal, pode ser utilizada para localizar drogas, acondicionadas em saquinhos ou pílulas, no organismo humano⁸¹⁸. Trata-se inegavelmente de intervenção corporal invasiva. A realização do exame geralmente é precedida do uso de sedativos e anestésicos, podendo causar dor, vômito e desconforto que pode ser classificado como sofrimento.

3.2.4. Extração de sangue

Através da extração sanguínea é possível realizar inúmeros exames laboratoriais para adquirir informações sobre doenças e funções dos órgãos. O sangue flui por todo o corpo, atuando como meio de obtenção de oxigênio e nutrientes, daí sua importâncias para na aquisição de informações das mais diversas.

No campo do processo penal sua utilidade é muito ampla, podendo ser usado para prova que envolva análise de DNA, aferição da presença de álcool ou droga no sangue e ainda na investigação de crimes relacionados à transmissão de doenças como no caso da SIDA⁸¹⁹.

Para a realização dos exames, o sangue é obtido da pessoa através de uma punção na veia ou um pequeno furo no dedo. Trata-se de meio pouco invasivo através do qual se obtém células e fluido extracelular (plasma sanguíneo) do corpo humano. Não obstante, trata-se de uma lesão a integridade física com sentido e alcance que a expressão possui em direito penal⁸²⁰.

A lesão corporal consiste em toda invasão da integridade física, como extração de partes e substâncias e a inoculação de substâncias, bem como a intromissão no corpo, para além da pele ou músculos. Na Alemanha discute-se inclusive se a punção, como

⁸¹⁸ QUEIJO, *O Direito...* Op. cit., p. 250.

⁸¹⁹ Sobre o tema: ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito Penal Médico. Sida: Testes Arbitrários. Confidencialidade e Segredo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 134-160.

⁸²⁰ ANDRADE, *Direito...* Op. cit., p. 69.

ofensa corporal, deve ser tratada como forma qualificada da infração contra a integridade física⁸²¹.

Embora a questão seja polêmica, em alguns países da Europa a extração compulsória de amostras de sangue para a instrução processual é considerada legítima se observado o princípio da proporcionalidade, bem como a execução por meio de profissional habilitado e sem que haja risco à saúde do investigado, o que se faz inclusive com a aquiescência dos Tribunais Constitucionais.

Na Espanha, por sua vez, há julgados no sentido de que a extração de sangue só pode ser voluntária, como ilustram as sentenças do Tribunal Constitucional n.º.114/84, de 29 de novembro e n.º 24/92 de 19 de fevereiro e do Tribunal Supremo, n.º. 1261/94, de 21 de junho.

Em Portugal a questão é intrigante no que se refere a possibilidade de punir o investigado por crime de desobediência no caso de recusa a fornecer amostras de sangue para teste de alcoolemia em razão das disposições combinadas do Código Penal e do Código de Estrada, tema este com o qual nos ocuparemos a frente.

Na jurisprudência do Brasil não há registro sobre a realização coercitiva da extração sanguínea na esfera penal. O STF, nas questões afetas à investigação de paternidade tem entendido impossível a condução coercitiva para extração de material para análise de DNA⁸²² o que repercutiu inclusive na legislação ordinária que regulou a matéria resolvendo a questão pela via da presunção de paternidade⁸²³. A toda evidência, semelhante solução não se presta ao processo penal por encontrar óbice no princípio da presunção de inocência.

3.2.5. Ordens para desnudar, intervenções anais e vaginais

Tema controvertido também se relaciona as diligências que incidem sobre a chamada intimidade corporal. Como assinalamos anteriormente, sob o nome de

⁸²¹ ANDRADE, *Direito...* op. cit., p. 70.

⁸²² STF, HC 71.373, 10/11/1994 e HC 76060, 15/05/1998).

⁸²³ A Lei 12004/09 acresce um **art. 2º-A** a lei 8565/92 que dispõe: *Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.*

registros ou inspeções corporais, encontramos práticas como reconhecimento e revista através da exibição do corpo inteiramente nu, às vezes ainda com a exigência de que o inspecionado realize flexões e agachamentos com o objetivo de expelir drogas escondidas em cavidades naturais.

Ademais, há possibilidade ainda de inspeções que importam em exames ginecológicos e anais, estes de natureza evidentemente invasiva.

Na Europa, a doutrina⁸²⁴, inspirada na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), tem entendido que a ordem para se despir é uma intervenção degradante à pessoa humana e, portanto inadmissível. Não obstante, o Tribunal Constitucional da Espanha já decidiu que no âmbito penitenciário a ordem para despir-se e fazer flexão para expulsar droga da cavidade anal, por sua finalidade e seus meios, não é um sofrimento de especial intensidade e não provoca humilhação, não sendo assim vexatório ou degradante (sentença 57/94) o que tem sido objeto de críticas pela doutrina⁸²⁵.

O Tribunal Supremo da Espanha, por sua vez, está afinado com a jurisprudência do TEDH entendendo que a ordem para desnudar vulnera a intimidade corporal e associada à ordem de fazer flexões traduz-se em um tratamento humilhante e degradante que vulnera o art. 18.1 e 15 da Constituição espanhola⁸²⁶.

No Brasil não é incomum encontrar práticas desta natureza, onde a atividade policial, mormente no âmbito penitenciário, transcendendo a esfera da revista pessoal, parte para a prática invasiva buscando drogas e objetos na cavidade anal ou vaginal. A toda evidência, como já destacamos, tal medida não está inserta nos termos da busca pessoal prevista no art. 244 do CPP.

3.2.6. Etilômetro (bafômetro)

A doutrina se divide em relação ao enquadramento do uso do etilômetro, vulgarmente conhecido no Brasil como bafômetro, na categoria de intervenções corporais.

⁸²⁴ HERNÁNDEZ, *Intervenciones...* Op. cit., 115-116.

⁸²⁵ AMIGO, *Las Intervenciones...* Op. cit., p. 101.

⁸²⁶ Sentenças de 11 de maio de 1996 e 26 de junho de 1998.

A discussão está associada ao tema reserva de jurisdição, pois alguns entendem que todas as intervenções corporais dependem de autorização judicial e o referido teste de alcoolemia só dispensa a ordem judicial e pode ser realizado diretamente pela polícia por não ser verdadeiramente uma intervenção corporal. Para esta corrente, não há que se falar em intervenções corporais leves que dispensariam autorização judicial.

Na Espanha a questão está regulada pela Lei de Tráfico, Circulação de Veículo Automotores e Segurança nas Vias que em seu art. 12 impõe aos condutores a realização do exame através de respiração no etilômetro, exigindo para o exame de sangue ou urina, o requerimento do condutor ou ordem judicial.

Na esfera penal o art. 379 do Código Penal espanhol tipifica a condução de veículos motores sob a influência de drogas tóxicas e álcool. Ademais, o art. 383 dispõe que a recusa do condutor em submeter-se ao exame importa em crime de desobediência.

Na jurisprudência, o Tribunal Supremo da Espanha, entende que o a realização do referido exame importa em uma afetação mínima ao direito de liberdade, sendo, portanto, legítima, não sendo comparável a uma detenção.

Por sua vez, o Tribunal Constitucional da Espanha, chamado a decidir sobre a constitucionalidade do art. 380 do Código Penal, correspondente à época ao art. 383 atual⁸²⁷, entendeu que não há no caso violação à proteção contra a autoincriminação. Segundo a corte, o dever de se submeter ao controle do uso de álcool não pode ser considerado como contrário ao direito de não declarar contra si ou de não confessar-se culpado, pois no caso não estaria obrigado a emitir declaração que exteriorize um conteúdo admitindo a culpa, mas sim a tolerar que seja objeto de uma especial perícia⁸²⁸.

Em Portugal o panorama legislativo é semelhante. O Código de Estrada de Portugal, em seu art. 153º prescreve o exame de álcool por ar expirado realizado por autoridade ou agente de autoridade de trânsito. O art. 152º, nº 3, estabelece que a recusa em realizar o teste importa em crime de desobediência.

⁸²⁷ Sentença do TC 161/1997.

⁸²⁸ No mesmo sentido: sentenças do TC 103/1985 e 107/1985.

No âmbito penal, dirigir veículo em via pública, motorizado ou não, em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, ainda que por negligência, responde por crime. Neste caso a taxa de álcool no sangue deve ser igual ou superior a 1,2 g/l, caso em que será punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias (art. 292º do Código Penal Português). Por sua vez, a combinação do art. 153º do Código de Estrada combinado com o art. 348 do Código Penal, impõe ao condutor que se recusar a fazer o teste, o cometimento do crime de desobediência.

A jurisprudência portuguesa, diferentemente do que ocorre com a extração de sangue para medição do nível de álcool, no que tange ao teste por ar expirado é praticamente pacífica no sentido de sua possibilidade inclusive sob pena de desobediência.

Neste sentido decidiu a Relação de Lisboa ao afirmar que não tendo o arguido invocado qualquer razão plausível de saúde, deficiência fisiológica ou orgânica que o impedisse de efetuar soprar o aparelho é de se concluir que houve recusa voluntária em realizar o teste. A partir de então, lhe tendo sido esclarecido pelo agente de trânsito sobre as consequências criminais da recusa, diante de uma ordem inequívoca e formal para a colaboração na realização do teste, o não acatamento configura desobediência⁸²⁹.

O Tribunal Constitucional de Portugal já teve oportunidades de examinar o tema através dos acórdãos 275/2009, 319/95 e 628/06.

O acórdão 275/2009 que será objeto de maior exame futuro em razão da discussão sobre extração compulsória de sangue, no que se refere à obrigatoriedade de submissão ao teste de ar expirado afirmou que *claro está que os condutores continuarão a praticar o crime de desobediência sempre que recusem a realização do exame através do método de ar expirado ou, quando este não for possível, quando recusem o exame médico alternativo à colheita de sangue.*

O acórdão 319/95 enfrentou a arguição de inconstitucionalidade do art. 6º do D. Lei 124/90 que regia a matéria antes da entrada em vigor do Código de Estrada.

⁸²⁹ Relação de Lisboa, processo 2021/03 de 29/05/2003, 9ª. Secção.

Sustentava-se a inconstitucionalidade ao argumento de que “soprar no balão” em plena via pública, assistido por populares e no meio de polícias, é um enxovalho inútil, humilhante que viola os artigos, 1º, 13º, 26º e 32º da Constituição Portuguesa, ou seja, por atentar contra a dignidade, a igualdade, o bom nome, reputação, imagem e reserva da intimidade e da vida privada.

O Tribunal assentou o entendimento de que a pesquisa de álcool destina-se a recolher uma prova perecível e impedir que um condutor dirija sobre a influência do álcool ponde em perigo outros bens jurídicos, como a vida e a integridade física, portanto seria necessário para a salvaguarda destes bens e para a descoberta da verdade, almejada pelo processo penal.

Sob a ótica da Corte Constitucional, o exame em si não viola a dignidade, o que o pode fazer é a execução com alarde público do resultado. Da mesma forma, o que denigre o bom nome não é a submissão ao exame, mas sim a condução sob a influência do álcool.

Por sua vez, quanto ao direito à reserva da intimidade, isto é, o direito de cada um a ver protegido o espaço interior da pessoa ou de seu lar contra intromissões alheias, o direito a uma esfera própria inviolável, admitiu a Corte que este é de certa forma afetado pelo exame. No entanto, tal fato não viola o art. 26º, nº 1 da Constituição, pois se trata, não de “devassar o hábito da pessoa do condutor no tocante a ingestão de bebidas alcoólicas”, mas sim de recolher prova perecível e de prevenir a eventual violação de bens jurídicos como a vida e a integridade física, o que justifica constitucionalmente a contrição à intimidade do condutor.

Ao analisar o direito à imagem, ou seja, o retrato físico da pessoa, em pintura, fotografia, desenho ou qualquer outra representação gráfica e não a imagem que os outros fazem de cada um, afirmou que este direito não consiste no direito de cada pessoa de ser representada publicamente de acordo com aquilo que ela realmente é ou pensa ser e sim no direito de não ser fotografado ou ter seu retrato exposto publicamente sem o seu consentimento, de forma que tal conteúdo não é violado pela norma impugnada que impõe o teste de álcool.

Por fim, o Tribunal Constitucional afastou também a tese de violação as garantias de defesa invocando o seu acórdão 365/92 que teve por objeto o art. 4º n.ºs. 1 e 2 da Lei 3/82. A discussão no referido acórdão é sobre o ônus do pagamento do exame de contraprova. Entendeu-se por uma interpretação constitucional no sentido de que o requerente da contraprova só deve arcar com o exame se o resultado for a confirmação do resultado do exame de ar expirado, não havendo assim violação ao direito de defesa, sendo certo ainda que a exigência de entrega de significativa quantia à autoridade como condição de realização do exame já foi declarada inconstitucional anteriormente, não subsistindo assim qualquer limitação ao direito de defesa.

Já no acórdão 628/06 o Tribunal enfrentou a arguição relativamente à violação da integridade física e da proibição da tortura (art. 25º da CRP).

Nesta decisão, repisaram-se os argumentos indicados no acórdão 319/95 e especificamente em relação à violação ao art. 25º da Constituição Portuguesa afirmou-se que os bens tutelados pela norma (vida e integridade física) e a periculosidade das condutas que se quer prevenir justificam e legitima a norma em questão. Afirma ainda que não se atinja o núcleo essencial dos direitos fundamentais com o teste de alcoolemia, não sendo desproporcional a medida, tampouco comparada a uma forma de tortura.

Na verdade, não há profusão na análise do tema frente ao art. 25º da Constituição, tendo o acórdão, a nosso ver, se valido de superficialidade no enfrentamento do problema, limitando-se a invocar a proporcionalidade.

Como se vê, nestes acórdãos não se discute a questão, como na Espanha, confrontando-a com o direito a não produzir prova contra si, o que oportunamente será objeto de nossas reflexões.

No Brasil a questão também é polêmica no que se refere à comprovação da materialidade no crime do art. 306 do CTB. Tal fato se dá em razão do indigitado dispositivo ter incriminado a conduta de estar dirigindo com concentração de álcool de 06 decigramas por litro de sangue, o que só é aferível através de etilômetro (vulgarmente chamado de bafômetro), o que é mais comum, ou exame de sangue.

Os referidos exames exigem a colaboração do investigado, razão pela qual a questão esbarra no *nemo tenetur se detegere*, isto é, no direito fundamental a não autoincriminação.

Dispõe o art. 277 do Código de Transito Brasileiro que *todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.*

Tem predominado o entendimento de que o acusado, em razão da proteção constitucional contra a autoincriminação, não está obrigado a colaborar e sua recusa não pode configurar crime de desobediência⁸³⁰, tampouco ser interpretada em seu desfavor⁸³¹. A última conclusão é irremediável já que a prova da materialidade só é feita através dos referidos exames e incide no caso a presunção de inocência.

Ademais, para evitar o problema, o legislador não deveria ter fixado como elementar a presença de 6 decigramas de álcool por litro de sangue, melhor seria exigir a direção sob a influência de álcool, o que além de facilitar a questão probatória, deixava evidente o caráter de crime de perigo concreto do delito, sem o que não se pode admitir a constitucionalidade do dispositivo.

A nosso ver, por se tratar de uma ingerência corporal na medida em que se faz uma pequena introdução de um aparelho na boca do examinado para que este expire o ar, pode ser classificado como uma intervenção corporal muito leve, não invasiva. A análise crítica do tema será feito em outra oportunidade.

3.2.7 Retirada de pêlos e zaragatoa bucal.

Para a análise e comparação de DNA muitas vezes se faz necessário extrair de vítimas e de suspeitos, amostras através de cabelo, pêlos ou saliva.

⁸³⁰ GOMES, Luis Flávio. *Comentários às Reformas do CPP e da Lei de Transito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 379.

⁸³¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio do Nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 264.

A retirada de pêlos através de um pequeno corte com tesoura ou extração com pinça não é capaz de provocar dor ou sofrimento e ademais, atinge muito minimamente a imagem externa da pessoa.

Por seu turno, a zaragatoa, que é pincel feito com um bocado de algodão hidrófilo enrolado na extremidade de uma vareta, que em regra serve para pincelar a garganta com remédio, ou para colher um exsudado, pode ser usado para recolher pequenas amostras de saliva para exames periciais.

Trata-se também de uma intervenção corporal leve que exige colaboração do examinado. Em todo caso, a invasividade destas práticas é muito pequena. Não obstante, retirando as hipóteses em que tais amostras sejam deixadas no ambiente e se tornem passíveis de busca e apreensão, sua retirada do corpo vivo do indivíduo depende da colaboração deste e a partir de então surgem infinitas controvérsias em razão dos direitos fundamentais envolvidos, mormente quando se põe em causa o emprego de força física para chegar ao seu termo.

As hipóteses de intervenções corporais são infundáveis, não obstante, para os objetivos da presente investigação o inventário acima se mostra satisfatório por referir as formas mais importantes e comuns na prática forense, sendo possível então, passar a análise da prova de DNA no processo penal seguindo o curso pretendido até culminar com a análise crítica das intervenções em matéria probatória.

3.3 A Prova de DNA no processo penal

O Acido desoxirribonucléico, o ADN que na expressão inglesa é chamado de DNA, é uma molécula que se encontra em cada célula do nosso corpo, contendo toda a informação genética necessária para o funcionamento do nosso organismo. O ADN possui subunidades denominadas genes que tem a função de criar proteínas distintas, ou seja, o ADN é responsável pela síntese de proteína.

O interesse do ADN para o processo penal consiste basicamente em sua análise com o escopo de se elucidar um fato criminoso. Para tanto, faz-se *mister* a análise e valoração, em regra, de dois tipos de mostrar biológicas, uma recolhida no lugar do

crime ou no corpo da vítima ou de terceiro e outra no corpo do imputado ou do suspeito o que possibilitará traçar o perfil genético e a comparação⁸³².

O ADN se encontra em todas as células de um organismo vivo (exceto nos glóbulos vermelhos) o que permite sua extração a partir de qualquer mostra biológica. Portanto, para levar a cabo uma prova de ADN é necessário contar previamente com material biológico para ser analisado e algumas vezes, para tanto, será necessário atuar sobre o corpo do sujeito destinatário da prova⁸³³ o que nos leva a indagar sobre a licitude da prova diante dos direitos fundamentais.

Desta forma, o estudo das provas obtidas a partir do ADN merece destaque em uma investigação sobre intervenções corporais, uma vez que o corpo exposto ao avanço tecnológico pode ser visto como um verdadeiro “templo da verdade”.

A caminhada até o estágio atual desta tecnologia foi longo e pode ter seu início associado às Leis de Mendel (1865) relativas à hereditariedade⁸³⁴. Em 1869 um químico alemão chamado Friedrich Miescher, isolou uma substância rica em átomos de fósforo e nitrogênio, no interior das células que chamou de nucleína e mais tarde veio a ser conhecida por ácido nucléico. Mas tarde (1944) veio a se saber que no ADN estava a informação genética da pessoa.

Em 1953, James Dewey Watson y Francis Compron Crick descobriram que esta substância se estrutura em uma dupla hélice formada por duas cadeias polinucleotídicas ligadas por pontes de hidrogênio, ao redor de um eixo imaginário girando para a direita.

O ADN é uma molécula enorme de estrutura filamentosa que se encontra dobrada muitas vezes sobre si mesma e que se estivesse esticada mediria aproximadamente dois metros⁸³⁵. Exatamente aí, a vida segue comprimida nesta dupla hélice, junto com a chave da herança, a manutenção do metabolismo, a reprodução e as

⁸³² KAPPLER, *La Prueba...* Op. cit., p. 26.

⁸³³ SÁNCHEZ, Juan Miguel Mora. *Aspectos Sustantivos y Procesales de la Tecnología del ADN*. Granada: Comares, 2001, p. 32 e 77.

⁸³⁴ VALENZUELA, Juliana González. *Genoma Humano y Dignidad Humana*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005, p. 15.

⁸³⁵ SÁNCHEZ, Juan Miguel Mora. *Aspectos Sustantivos y Procesales de la Tecnología del ADN*. Granada: Comares, 2001, p. 10.

marcas não apagáveis do passado evolutivo além de informações importantes sobre o futuro⁸³⁶.

As funções mais importantes do ADN nos seres vivos até então conhecidas, são (i) a de armazenarem a herança genética, ou seja, a transmissão para os descendentes de todas as características físicas; (ii) a individualização dos animais superiores, ou seja, os indivíduos são geneticamente distintos uns dos outros, pois o ADN não é completamente idêntico e (iii) a evolução, pois é a partir a partir de ligeiras imperfeições na replicação do ADN que possibilitam as mutações⁸³⁷.

O ADN se classifica em **ADN nuclear** que se encontra no núcleo da célula e **ADN mitocondrial** (ADNmt) que se encontra fora do núcleo. Podemos falar ainda em ADN codificantes e ADN não codificantes, exatamente estes últimos é que mais interessam à justiça⁸³⁸.

Em alguns casos o ADN mitocondrial pode ser muito útil por existirem milhares de cópias do ADN mitocondrial nas células, diferentemente do que ocorre com o ADN nuclear. Sendo assim, em amostras degradadas é muito mais provável encontrar cópias do ADNmt em bom estado de conservação.

O ADNmt foi utilizado em diversos casos de repercussão mundial, como na pesquisa de desaparecidos políticos na Argentina onde se criou um Banco Nacional de Dados Genéticos (BNDG) através do que se buscava estabelecer relações de parentesco entre avós e netos.

Por sua vez, o ADN não codificantes, por terem grande variação entre os indivíduos, são de grande importância para a individualização dos seres humanos. Com exceção dos gêmeos univitelinos, não há duas pessoas que ostentem o mesmo código genético. Daí a relevância do DNA não codificante para a investigação criminal⁸³⁹.

Há diferentes métodos de análise do ADN, como o *fingerprinting*, ou *Multi-Locus Probe*, método que não facilitou a padronização e a criação de bancos de dados.

⁸³⁶ VALENZUELA, *Genoma Humano...* Op. cit., p. 21.

⁸³⁷ SÁNCHEZ, *Aspectos Sustantivos...* Op. cit., p. 13-14.

⁸³⁸ SÁNCHEZ, *Aspectos Sustantivos...* Op. cit., p. 9.

⁸³⁹ SÁNCHEZ, *Aspectos Sustantivos...* Op. cit., p. 19-20.

O SLP - *Single-Locus Probe*, apresentou limitações na utilização na investigação criminal, como a impossibilidade de análise de pequenas amostras, como pequenas manchas de sangue, esperma ou pêlos; a dificuldade de análise de amostras degradadas por ação do tempo, da umidade, calor, etc., e ainda, dificuldade e o tempo despendido na realização da análise.

Por fim, introduziu-se o método PCR - *Polymerase Chain Reaction*. Trata-se de um método *in vitro* que sintetiza seqüências específicas de DNA. Esta reação usa um DNA que é utilizado como "molde" e pequenas sequencias que complementam o DNA produzindo uma cópia, ao final de aproximadamente 20 ciclos chega-se a uma concentração gigantesca de DNA, na casa dos milhões, o que facilita a análise e dispensa o uso de sondas, resolvendo os problemas apresentados pelos métodos anteriormente referidos, destacadamente por permitir a análise a partir de pequenos vestígios biológicos⁸⁴⁰.

O inconveniente desta técnica é o risco de contaminação biológica, isto é, a presença de ADN de pessoas estranhas ao caso o que ocorre designadamente por acidentes e má manipulação o que pode prejudicar significativamente a análise e a credibilidade do resultado⁸⁴¹.

Na segunda metade da década de 80, principalmente nos Estados Unidos, ocorreu forte introdução da tecnologia de ADN na identificação criminal⁸⁴². Uma das primeiras utilizações da análise do ADN na investigação criminal se deu em caso em uma localidade inglesa (Narborough) em 1985, que envolvia o crime de estupro e assassinato de duas meninas. Na altura aplicou-se o método *DNA fingerprinting*. No caso Webb-Dotson foi um dos primeiros em que a análise de ADN foi utilizada para libertar um inocente condenado indevidamente em 1979.

Cathleen Croweell Webb acusou Gary Dotson de estupro e este foi condenado com base em prova testemunhal e análise do grupo sanguíneo comparado com o sêmem encontrado na roupa de Cathleen. Já em 1985 ela confessou ter inventado o fato em

⁸⁴⁰ KAPPLER, *La Prueba...* Op. cit., p. 26.

⁸⁴¹ SÁNCHEZ, *Aspectos Sustantivos...* Op. cit., p. 26.

⁸⁴² SÁNCHEZ, *Aspectos Sustantivos...* Op. cit., p. 31.

razão de gravidez indesejada, não obstante, esta revelação não bastou para Dotson seguiu preso. A questão promoveu grande agitação popular. Em 1989 um médico forense da Califórnia demonstrou a inocência de Dotson comparando seu ADN com o das manchas de sêmen encontrado na roupa da suposta vítima, o que finalmente promoveu a liberdade de Dotson.

Também nos Estados Unidos, Jerry Miller, um jovem cozinheiro de Chicago, com 22 anos, negro, é condenado no lugar de Robert Weeks. Este, também negro, contando com 18 anos, em um estacionamento do centro da cidade, ataca uma mulher, branca, que tenta entrar no carro na saída do trabalho. Após agredi-la, rouba seu dinheiro, sua corrente de ouro e a estupra brutalmente. Durante toda ação, ameaçada de morte, a vítima permanece de olhos fechados. Weeks a joga no porta-malas e tenta dirigir o carro para outro local, mas dois empregados do estacionamento forçam-no a parar e fugir a pé.

Alguns dias depois, é divulgado o retrato falado do criminoso e um policial (Kenneth Fligelman) associa o autor do fato a um homem que vira e advertira alguns dias antes, por estar olhando de modo “suspeito” para carros estacionados. Esse tipo “suspeito” era Jerry Miller que foi apontado como o criminoso pelos funcionários do estacionamento na identificação visual, e também pela vítima, embora com pouca segurança. Miller foi condenado a 45 anos de prisão.

Após treze anos, Miller encontrou o Innocence Project (Projeto Inocência), organização fundada em 1992 por advogados e estudantes da faculdade de direito Benjamin N. Cardozo, da Yeshiva University.

Em que pese ter passado 25 anos do crime, os exames no esperma do vestido da vítima comprovaram a incompatibilidade com o código genético de Miller e a compatibilidade com o de Weeks. Este por sua vez não foi julgado porque ocorreu a prescrição, todavia, Miller foi libertado.

Ainda nos Estados Unidos se poderia citar o caso Kerry Kotler condenado por estupro e Kirk Bloodsworth, condenado em 1984 por estupro e assassinato de uma garota e inocentado em 1993. Em ambos os casos a análise de ADN foi determinante.

Na Europa também há registro semelhantes. Em 1997 o Tribunal Supremo Poé em liberdade dois condenados por estupro (Abderrazak M. e Ahmed T.) que em 1994

havia sido injustamente condenados. A revisão foi possível graças a informações do Instituto Nacional de Toxicologia que demonstraram que as amostras de sêmen encontradas na roupa da vítima não coincidiam com as amostras biológicas dos condenados. Ademais, o mesmo órgão informou também que havia compatibilidade entre as amostras biológicas de outro suspeito eram compatíveis com o sêmen encontrado na roupa da vítima.

Com efeito, a análise do ADN mostrou-se importante instrumento a serviço da liberdade. Não obstante, tal fato não exclui os riscos de sua utilização em verdadeiro afronto às garantias fundamentais. Afinal, como bem adverte Sánchez toda a história da humanidade e do direito tem conhecido o fenômeno de que o progresso tecnológico normalmente ocorre antes da regulamentação jurídica. O risco da evolução tecnológica tem sido que o homem se ponha a serviço da tecnologia e não o contrário. A inversão dos fins pelos meios é uma ameaça onipresente⁸⁴³.

3.3.1 Amostras biológicas

A análise de ADN depende de amostras biológicas. A gama desta é enorme e com o avanço tecnológico, nomeadamente com o advento do método PCR, basta uma pequena mostra, ainda que degradada, para a realização exitosa da análise.

O sangue é o indício biológico mais utilizado por ser encontrado mais facilmente nas cenas dos crimes. No sangue o ADN se extrai dos leucócitos ou glóbulos brancos existentes em grande quantidade, de forma que uma pequena mancha de sangue é suficiente para aplicação do PCR.

As unhas também são muito apreciadas para a análise de ADN em razão de seus resultados positivos. Outros tecidos corporais que apresentam bom resultado são os extraídos de músculos⁸⁴⁴ esqueléticos, preferencialmente preservados da putrefação. Diante de cadáveres esqueletizados, ou seja, que só possuem osso ou dentes como amostras, embora a análise seja mais problemática, dá-se preferência para os ossos

⁸⁴³ SÁNCHEZ, *Aspectos Sustantivos...* Op. cit., p. 59.

⁸⁴⁴ RASKIN, Salmo. *Investigação de paternidade: manual prático do DNA*. Curitiba: Editora Juruá, 1999, p. 34.

largos e os molares para se obter os melhores resultados⁸⁴⁵. Não obstante, os ossos⁸⁴⁶ e os dentes⁸⁴⁷ são passíveis de análise.

O sêmen, também esperma ou líquido espermático, também pode ser utilizado nas análises⁸⁴⁸. Trata-se de fluido orgânico produzido pelos machos de muitas espécies de animais para transportar os espermatozóides até o local de fertilização na fêmea.

O espermatozóide por sua vez, é uma célula dotada de mobilidade ativa, consistindo em uma cabeça e uma cauda ou flagelo. Na cabeça, que constitui o maior volume do espermatozóide, encontra-se o núcleo onde reside o material genético.

Os componentes do sêmen derivam de duas fontes, esperma e plasma seminal. O plasma seminal dos humanos contém um complexo de componentes orgânicos e inorgânicos e fornece um meio nutritivo e protegido para os espermatozóides. Bases alcalinas neutralizam o ambiente ácido do canal vaginal e protegem o ADN dentro do esperma da desnaturação ácida.

A quantidade de espermatozóide no sêmen é muito grande de forma que por menor que seja a mostra sempre é possível encontrar um número suficiente para ampliação do ADN por técnica de PCR. As vezes misturado no sêmen há também células epiteliais da vagina da vítima o que gera a mistura também de perfis genéticos reclamando uma mostra da vítima para comparação⁸⁴⁹.

Já a saliva, não contém DNA. Não obstante, também é capaz de permitir a realização de identificação genética, pois nela são facilmente encontradas células

⁸⁴⁵ KAPPLER, *La Prueba...* Op. cit., p. 17.

⁸⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. *Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direito da Personalidade*. In: BARRETO, Vicente. *A Nova Família. Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 223.

⁸⁴⁷ VELOSO, Zeno. A Dessacralização do DNA, Direito de Família: a família na travessia do milênio. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (coordenador), 2. IBDFAM, OAB/MG, 2000, anais, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 196.

⁸⁴⁸ MARTINS, Antonio Darienso e OLIVEIRA, José Sebastião. *A Prova na Investigação de Paternidade e a Súmula 301 do STJ*. Revista Jurídica Cesumar, v. 06, nº 01, p. 301-338.

⁸⁴⁹ KAPPLER, *La Prueba...* Op. cit., p. 17.

orgânicas decorrentes da descamação do epitélio bucal ou da língua. O mesmo se passa com a urina⁸⁵⁰ e outros fluídos como vômito que podem conter células orgânicas⁸⁵¹.

As análises de ADN podem ser feitas através do cabelo, preferencialmente não do fio (caule), e sim da raiz, aonde existe ADN. A utilização da raiz do cabelo é recomendável quando há uma suspeita forte de transfusão sanguínea ou transplante de medula antes da coleta, ou nos casos criminais quando não se dispõe de outros materiais⁸⁵².

Quanto às amostras de pêlos há que considerar se são humanas ou de animais. Ademais, se possuem raízes ou são fragmentos, pois neste caso poderá ser necessária a análise do ADN mitocondrial⁸⁵³.

Como se nota, as inúmeras possibilidades abertas pelo ADN é algo que chama a atenção para este meio de investigação. Outro fato preponderante para o fascínio que este mecanismo produz é a fiabilidade dos resultados, ponto que merece uma nota.

3.3.2 A fiabilidade dos resultados

Como adverte Nietzsche, as convicções são cárceres e são inimigas mais perigosas da verdade do que as mentiras⁸⁵⁴. Não obstante, o homem tem vontade de verdade. Uma espécie de tara, vício, ou necessidade da qual não se pode fugir. Para a ciência a verdade parece importar mais do que qualquer outra coisa⁸⁵⁵.

A esta sede de verdade, as análises de ADN conjuminam-se como luva e mão. É possível dizer sem dúvida que as provas genéticas, em termos de identificação, são as mais seguras que se tem conhecimento. Trata-se de um sistema de identificação muito

⁸⁵⁰ ALMEIDA, Maria Cristina de. *Investigação de Paternidade e DNA: Aspectos Polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 67 e seguintes.

⁸⁵¹ KAPPLER, *La Prueba...* Op. cit., p. 18.

⁸⁵² RASKIN, *Investigação...* Op. cit., p. 30-36.

⁸⁵³ KAPPLER, *La Prueba...* Op. cit., p. 18; SÁNCHEZ, *Aspectos Sustantivos...* op. cit., p. 32.

⁸⁵⁴ NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, Demasiado Humano*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

⁸⁵⁵ NIETZSCHE, Friedrich. *A Gaia Ciência*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

positivo e que embora seja uma prova estatística, as probabilidades que sustentam as conclusões são tão altas que se equivalem à certeza⁸⁵⁶.

Todavia, as conclusões das análises de ADN não constituem *per se* uma prova plena e deve ser associada aos demais elementos probatórios⁸⁵⁷. Ademais, a prova genética depende ainda da correta interpretação dos resultados por parte dos atores jurídicos, destacadamente por parte do Juiz⁸⁵⁸.

Afirma-se que as análises de ADN não podem ser tidas como prova plena porque não são infalíveis. Afinal, estas provas resultam praticamente inequívoco o fato da presença do sujeito no lugar do fato sem que se possa apenas por elas se inferir a autoria do crime, o que seguramente dependerá de outros elementos de prova⁸⁵⁹.

Com efeito, mesmo diante da gigantesca fiabilidade dos resultados, não se pode tê-los como verdades absolutas, como dógmas indiscutíveis e convicções insuplantáveis. Alias, todas essas só possuem efetivamente uma razão utilitarista de saciar o desejo de verdade inerente aos homens, ou seja, a origem da devoção na verdade e na ciência deve ser fruto de um cálculo utilitário⁸⁶⁰.

⁸⁵⁶ SÁNCHEZ, *Aspectos Sustantivos...* Op. cit., p. 45.

⁸⁵⁷ KAPPLER, *La Prueba...* Op. cit., p. 59.

⁸⁵⁸ SÁNCHEZ, *Aspectos Sustantivos...* Op. cit., p. 45.

⁸⁵⁹ KAPPLER, *La Prueba...* Op. cit., p. 60.

⁸⁶⁰ NIETZSCHE, *A Gaia...* Op. cit., livro V, seção 344.

IV. INTERVENÇÕES CORPORAIS: UM OLHAR SOBRE A JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL LUSO- BRASILEIRA

Hermes, filho de Zeus com a ninfa Maia, inicialmente adorado no monte Cileno de Arcádia, no Peloponeso, onde nasceu, era um dos deuses mais queridos da mitologia grega. Tinha a função de ser o mensageiro alado dos deuses⁸⁶¹. Era o intérprete da vontade divina; como tal, funcionava como elo entre os deuses e os homens; daí a etimologia de hermenêutica⁸⁶².

Curiosamente, o mesmo Deus que interpreta, logo no início de sua vida, subtraiu uma tartaruga e o rebanho de seu irmão Apolo e mentiu convincentemente diante de seu

⁸⁶¹ KOKKINOU, Sophia. *Mitologia Griega*. Tradução para o Espanhol de Graciela Feller. Atenas: Intercarta, 1989, 10ª edição, p. 53.

⁸⁶² CASARA, Rubens. *Interpretação Retrospectiva: Sociedade Brasileira e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 107.

pai, Zeus⁸⁶³. Desta forma, em termos práticos, mais importante do que saber o que os deuses diziam era conhecer o que Hermes dizia que os Deuses diziam, o que não eram coisas necessariamente coincidentes.

Como se sabe, todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma é, direta ou indiretamente, intérprete da norma. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, eles não detêm o monopólio da interpretação da Constituição. A interpretação constitucional é uma atividade que diz respeito a todos; há diferentes intérpretes em uma sociedade aberta e plural⁸⁶⁴.

Não obstante, as Cortes Constitucionais são grandes intérpretes da Constituição, com poder de concretização de seus valores a partir de sua interpretação, fazendo-a incidir na realidade; atuam como elo entre a Constituição e os homens. Desta forma, ao lado da importância de se descobrir o que a Constituição diz sobre as intervenções corporais e sobre sua relação com os direitos fundamentais, é necessário saber também o que os Tribunais Constitucionais, como intérpretes qualificados da Lei Fundamental, dizem a este respeito, sem com isso nos olvidarmos da abertura hermenêutica da Constituição.

Por tal razão, nesta altura, pretendemos lançar olhares sobre alguns acórdãos do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil, acórdãos esses que tangenciam o tema de nossa investigação.

Devemos destacar, contudo, que nenhum dos acórdãos, à exceção do acórdão 155/2007, que mais se aprofundou no assunto, encarou robustamente a questão, tampouco apresentando uma posição substancial sobre o tema na perspectiva perseguida nesta investigação. Assim, não é possível falar em uma firme jurisprudência constitucional sobre intervenção corporal⁸⁶⁵, o que, de certa forma, nos é positivo na

⁸⁶³ KOKKINO, *Mitologia...* Op. cit., p. 53-54.

⁸⁶⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997, p. 15, 24 e 32-33.

⁸⁶⁵ É bem verdade que os acórdãos do Supremo Tribunal Federal do Brasil que serão analisados e referidos à frente demonstram certa sedimentação de entendimento. Não obstante, esta sedimentação é mais afeta ao privilégio contra a autoincriminação do que propriamente ao tema intervenções corporais. É de se admitir também que a questão da inviolabilidade corporal é bem sedimentada relativamente à

medida em que encontramos maior liberdade de reflexão, por não haver balizamento rígido do tema pelas decisões das Cortes Constitucionais.

Como destacamos anteriormente, o acórdão 628/06 analisou a questão invocando a inconstitucionalidade da norma que incrimina a recusa à submissão a teste de alcoolemia como crime de desobediência, por violação do art. 25º da Constituição de Portugal. Na ocasião, o TC transpôs ao caso os argumentos do acórdão 319/95 para rechaçar a tese de inconstitucionalidade, invocando, ainda, o argumento de que se encontrava em causa a recolha de um meio de prova perecível no âmbito da prevenção e punição de comportamento que põe em risco a segurança viária; portanto, os bens que a norma visa a proteger, assim como a periculosidade das condutas a prevenir, justificam e legitimam a medida normativa impugnada. Ademais, o prejuízo pessoal para o sujeito obrigado ao teste de alcoolemia não atinge o núcleo essencial indisponível de direitos fundamentais, sendo proporcionada a sua lesão frente aos bens pretensamente tutelados.

Como dito também, os referidos acórdãos não enfrentam o tema sob a ótica do princípio do *nemo tenetur*, da dignidade humana; tampouco se discutiu sobre a possibilidade de emprego da força física para a realização do exame, mantendo-se a questão no plano da admissibilidade da incriminação por desobediência.

Já o acórdão 512/06 tinha por objeto tema interessante relativo à necessidade de autorização do examinado para a recolha do sangue. No caso, o 2º Juízo Criminal do Funchal condenou o então recorrente pela prática de um crime de condução de veículo em estado de embriaguez, previsto e punido pelo artigo 292º, nº 1, do Código Penal português. De tal decisão foi interposto recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, sustentando o recorrente, em síntese, que “a interpretação segundo a qual o artigo 159º, nº 7, do Código da Estrada, permite a recolha de sangue sem consentimento do arguido é inconstitucional por violação do artigo 32º, nº 8, da Constituição da República Portuguesa”. A Relação de Lisboa, por sua vez, assentou o caso nos seguintes argumentos: 1) Quanto à necessidade de consentimento, a questão não se coloca, uma vez que a lei – artº 159º do Código de Estradas – não faz depender tal recolha de prévia

investigação de paternidade, tema que escapa aos limites da presente, mas que serve como importante referencial.

autorização do arguido, o que é diferente da situação de o arguido se negar a submeter-se ao exame de pesquisa do álcool, o que acarreta, aliás, sanções legais. Em outros termos, a lei prevê a possibilidade de recusa (com consequências penais para o recusante), mas não impõe uma autorização prévia por parte do examinando, sendo que a situação verificada é a de impossibilidade de realização da prova por pesquisa de álcool no ar expirado, dado o estado inconsciente do arguido, pelo que se impôs a submissão à colheita de sangue para análise; 2) Poder-se-ia dizer que o arguido, se estivesse consciente, poderia ter recusado, nos termos do n.º 7 do artigo 159.º C.E., mas, se tal tivesse acontecido – o que não ocorreu na hipótese –, haveria a possibilidade de realização de exame médico, em estabelecimento oficial de saúde, para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool, nos termos da parte final do n.º 7 do referido artigo. Em tal caso, não se admite recusa, o que só é aplicável ao exame de sangue.

A linha central de argumentação era a de que a possibilidade de recusa à extração de sangue não se confunde com a exigência de consentimento do examinado para a recolha do sangue. Portanto, a extração sanguínea do acusado, durante seu estado de inconsciência, que impediu o teste por ar expirado, isto é, sem o seu consentimento, seria prova lícita para a condenação por condução sob a influência de álcool.

Contra tais argumentos o acusado recorreu ao Tribunal Constitucional, sustentando violação do art. 32.º da Constituição Portuguesa. Lamentavelmente, a Corte decidiu por não conhecer os objetos do recurso, acabando por não se debruçar sobre a necessidade, ou não, do consentimento do examinado para a realização da recolha de sangue.

Por sua vez, o acórdão 365/92 discutiu tão somente a questão da restrição ao direito de defesa (art. 32.º, n.º 1 da CRP) em razão da obrigação de o examinado pagar o exame de contraprova do teste de alcoolemia. No caso, o TC entendeu que a interpretação correta da norma é no sentido de que o autuado só tem o dever de pagar se a contraprova der também positiva, confirmando o teste anterior, hipótese em que o autuado deverá, sim, arcar com o custo do exame, o que não ocorre se o resultado for negativo, eximindo-o. Desta forma, fixou a Corte a correta interpretação constitucional do dispositivo, sem discutir sobre outros aspectos que merecem a atenção desta investigação.

Portanto, nota-se que vários temas estão com significativa abertura para a análise e formação de uma jurisprudência constitucional. De nossa parte, deter-nos-emos, com maior profusão, em dois acórdãos do Tribunal Constitucional de Portugal, a saber: acórdão 155/2007 e acórdão 275/2009.

Em relação ao Supremo Tribunal Federal do Brasil, merecerão destaque os acórdãos do HC 83096-0 e da Reclamação 2040-1.

4. 1. Acórdão 275/2009 do TC de Portugal

O acórdão 275/2009, o Tribunal Constitucional foi chamado a manifestar-se sobre a inconstitucionalidade orgânica e material do art. 152º, nº 3 e 153º, nº 8, do Código de Estrada, combinados com o art. 348º do Código Penal. Isto porque o recorrido foi julgado pela prática de desobediência por ter se recusado a submeter-se à colheita de sangue para avaliação da influência de álcool durante a condução. O recorrido foi absolvido por ter o juízo *a quo* entendido pela inaplicabilidade das referidas normas, por violação da Reserva Relativa da Assembléia da República (inconstitucionalidade orgânica) e, ainda, violação do princípio da proporcionalidade, previsto no art. 18º, nº 2, e direito à integridade física, previsto no art. 32º, nº 8, ambos da CRP, cuja tutela, pelo próprio indivíduo com a não submissão à extração de sangue, não pode ser criminalizada.

Contra tal decisão recorreu o Ministério Público, aduzindo, em síntese, que a versão do Código de Estrada, decorrente da alteração legislativa do DL 265-A/2001, não importou inovação substancial e que, portanto, não era inconstitucional, afirmando ainda a constitucionalidade material da norma impugnada, ao argumento de que não houvera violação de qualquer princípio constitucional.

Por sua vez, o acusado, então recorrido, apresentou o detalhamento da evolução legislativa para, ao final, concluir que a modificação do Código de Estrada, levada a cabo pelo DL 265-A/2001, não estava amparada por autorização da Assembléia da República, e que a criminalização da recusa em se submeter à extração de sangue era organicamente inconstitucional.

Aduziu ainda o recorrido a inconstitucionalidade material da norma, por constituir, a criminalização da recusa à submissão à colheita de sangue, uma ilegítima

violação do direito à integridade física, por implicar a introdução de uma agulha no corpo do indivíduo, contra a sua vontade.

Sustentaram ainda as razões do recorrido que a violação da integridade física não se justificava diante de uma ponderação, pois, ao teor do art. 18º, nº 2 da CRP, a lei só pode restringir os direitos fundamentais em casos expressamente autorizados pela Constituição, e que, mesmo assim, deve as restrições limitar-se ao necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. A ofensa em comento não se justifica em face dos interesses envolvidos à luz do art. 18º, nº 2, da CRP, pois carecendo de proporcionalidade.

Basta ver que o que está em jogo, no caso, é a possibilidade de recolha de prova para a incriminação de alguém por crime, e que isto não garante a segurança viária ou a integridade de terceiro. Em outros termos, o que se está em causa não é o impedimento de alguém conduzir sob a influência de álcool, e, sim, o método de recolha de prova, tema de direito processual.

Segundo alegou o recorrido, a Constituição de Portugal não admite meio de prova que viole a integridade física da pessoa.

O Tribunal Constitucional, ao decidir, concluiu que a nova redação do n.º 8 do artigo 153º do Código da Estrada, de modo manifesto, agravava a responsabilidade criminal dos condutores que pretendam “– *muitas vezes, admite-se, por razões plenamente justificadas e até protegidas pela Lei Fundamental [direito à integridade física e moral, direito à intimidade privada, direito à objecção de consciência]*” – recusar a submissão à colheita de sangue na medida em que passa a punir como crime de desobediência referida recusa nos casos em que seja tecnicamente possível a extração de sangue.

Diante desse conteúdo inovatório, a Corte viu-se forçada a concluir que o legislador governamental necessitava da autorização legislativa, na medida em que a decisão normativa primária cabia à Assembléia da República, por força da alínea “c” do n.º 1 do artigo 165º da CRP, o que não existiu no caso vertente.

Portanto, optou o Tribunal por reconhecer a inconstitucionalidade orgânica da norma objeto do recurso, não conhecendo da alegada inconstitucionalidade material, por

violação do princípio da proporcionalidade (artigo 18º, n.º 2, da CRP), ou por violação da proibição de obtenção de prova mediante ofensa da integridade física ou moral da pessoa, ou abusiva intromissão na vida privada (artigo 32º, n.º 8, da CRP).

Note-se que as razões do recorrido, ao discutir os meios de obtenção de prova, chegaram muito próximo da discussão sobre direito à não autoincriminação, mas ainda não apresentou esta questão ao exame do tribunal para um exame frontal.

Não bastasse isto, o Tribunal acolheu a arguição de inconstitucionalidade orgânica e deixou de examinar a questão da obtenção de prova com violação da integridade física e a arguida ofensa à proporcionalidade, tendo deixado, ainda, importantes temas livres de uma apreciação por parte do instituído órgão qualificado para a interpretação constitucional.

Em todo caso, nota-se que razões de ordem utilitária não prevaleceram no exame do caso que conduziu à declaração de inconstitucionalidade orgânica da norma que demonstrou que, em tais hipóteses, muito antes de envergar-se aos valores tutelados pela Constituição, como os direitos fundamentais, o legislador ou o governo, ao pretender tutelar o interesse público ou de terceiro, tem ainda que observar as formas prescritas pela Constituição.

A decisão é importante no sentido de fortalecer o controle de constitucionalidade material das normas em face dos direitos fundamentais, na medida em que a norma tomba diante de vícios formais, como o da ausência de autorização da Assembleia da República; ainda com maior razão, deverão as razões utilitaristas estar subordinadas ao respeito ao conteúdo dos direitos fundamentais.

4.2 Acórdão 155/2007

O acórdão em comento cuidou de uma investigação sobre dois crimes de homicídio qualificado, tendo sido colhidos, no local, vestígios biológicos, sendo que alguns deles seriam referentes aos autores dos crimes. Com a identificação dos suspeitos, na fase do inquérito, estes foram ouvidos como arguidos e convidados a prestar consentimento para recolha de zaragatoas bucais, com o escopo de identificação de perfil genético e comparação com os vestígios biológicos encontrados no local do crime. Ocorre que houve negativa do consentimento.

Diante de tais circunstâncias, o Ministério Público entendeu que o arguido pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária⁸⁶⁶ competente à realização do referido exame, bem como por considerar a diligência essencial à finalidade de colheita de material biológico e identificação do perfil genético para a pretendida comparação com os vestígios biológicos do local do crime. Por despacho, o *Parquet* determinou que o arguido comparecesse ao Instituto Nacional de Medicina Legal do Porto para a colheita de mostra biológica estritamente necessária, adequada e indispensável à prossecução dos fins colimados.

Em setembro de 2005, no referido Instituto, foi perguntado ao arguido se participaria da diligência voluntariamente, ou se a ela se oporia. Na altura, afirmou o arguido tratar-se de diligência intrusiva e ofensiva de sua integridade física, que carecia, ademais, de suporte legal, tendo assim afirmado sua recusa, o que constou no respectivo auto.

Foi então o arguido advertido de *que a diligência iria ter lugar, mesmo que, para tal, fosse necessário o recurso à força*. Diante de tal advertência, o arguido, continuou a demonstrar sua contrariedade; afirmou, porém, que *não iria exercer qualquer acto de violência, para quem quer que seja, pelo que, de maneira ordeira e abrindo a boca deixou efectivar a recolha de saliva, não sem antes reafirmar que o fazia contra a sua vontade*. Realizou-se, então, a colheita pretendida.

No dia seguinte à recolha, o arguido requereu ao Juiz de Instrução Criminal que fosse declarada ilegal a prova obtida através da sua sujeição coativa à colheita de saliva. No entanto, o Juízo entendeu não existir a nulidade invocada, admitindo, por possível, a valoração do resultado da análise da saliva como prova.

Inconformado, o arguido recorreu para o Tribunal da Relação do Porto, articulando o seguinte:

⁸⁶⁶ Vale lembrar que diferentemente do que ocorre no Brasil, em Portugal o Ministério Público é autoridade judiciária, isto é, integra o Poder Judicial, embora não exerça atividade jurisdicional, falando-se assim em magistratura judicial e magistratura do Ministério Público (art. 219º, nº 4 da CRP). Trata-se de tema árido, que ainda não encontrou completamente uma definição doutrinária; vale conferir sobre o assunto: SILVA, *Curso...* Op. cit., vol. 01, p. 241-273.

1) no direito português vigente, só o consentimento livre e esclarecido do arguido pode legitimar a sua submissão a uma colheita de vestígios biológicos para análise de ADN;

2) uma vez que o arguido manifestou a sua recusa em permitir tal colheita, esta foi manifestamente ilegal;

3) por tal razão dever-se-ia ter reconhecido e declarado a ilegalidade da sobredita colheita, bem como ter-se, consequentemente, estabelecido a proibição absoluta de valoração das provas assim obtidas;

4) violaram-se, na hipótese, entre outras, as normas contidas nos artigos 25.º, 26.º, nº 1, e 32.º, nº 8, todos da CRP, o art. 8º da CEDH, o art. 12 da DUDH, o art. 17º do PIDCP e os artigos 126, n.º 1, 2, alíneas *a* e *c* e 3, bem como o art 172, nº 1, ambos do CPP;

5) de resto, feriu-se de inconstitucionalidade a norma do art. 172.º, n.º 1, do CPP., interpretada no sentido de possibilitar ao Ministério Público ordenar a colheita coativa de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em permitir tal colheita;

6) de igual maneira, seria igualmente inconstitucional a norma do art. 126.º, nº 1, 2 – alíneas *a* e *c*, e 3, do CPP, quando interpretada no sentido de considerar válida e, consequentemente, susceptível de valoração, a prova obtida através da colheita efetuada com a recusa do arguido.

Juntou-se aos autos parecer do Professor Manuel da Costa Andrade, em que, no essencial, se sustenta que *no direito positivo vigente em Portugal não é juridicamente admissível impor a recolha coactiva de substâncias biológicas nem a sua ulterior e não consentida análise genética com vista à determinação do perfil genético para fins de processo criminal*, uma vez que não existe *uma lei específica que as autorize e prescreva o respectivo regime*, não oferecendo *as normas da lei processual-penal relativas a perícias [...] e exames [...], bem como [...] os dispositivos da lei que estabelece o regime das perícias médico-legais [...], como ainda os preceitos pertinentes (sobretudo o artigo 152º) do Código da Estrada*, legitimação penal indispensável para tal intervenção corporal. De forma que, no âmbito do direito

processual-penal vigente em Portugal, há uma intransponível proibição de produção de prova que impede a recolha coerciva das substâncias biológicas, bem como a sua análise genética não consentida. *Uma proibição cuja violação só pode ter como consequência a correspondente proibição de valoração das provas obtidas.*

Não obstante, o Tribunal da Relação do Porto decidiu julgar improcedente o recurso, fundamentando a decisão, em apertada síntese, nos seguintes argumentos:

1) o direito à integridade corporal e à autodeterminação corporal - conquanto a Constituição da República o declare inviolável (art.25º, n.º1) - não é absoluto, nos termos do art. 18º da CRP, podendo haver, assim, limitações para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, de forma que apenas é ilegítima a restrição que atinja o conteúdo essencial de cada um dos direitos subjetivos individuais, isto é, que fira a parte do direito que é a projeção da dignidade humana;

2) o ordenamento jurídico prevê várias situações em que o direito à integridade corporal e à autodeterminação corporal deve ceder em face de interesses comunitários e sociais preponderantes, como nos exemplos da vacinação obrigatórias, radiorastreios, tratamento obrigatório de certas doenças contagiosas, serviço militar obrigatório, dentre outros;

3) embora não haja dúvida de que a diligência ofende a integridade corporal e o direito à autodeterminação, mormente quando realizada compulsivamente, trata-se de intervenção que se justifica em razão da busca da verdade material;

4) para a referida Corte, no caso vertente, o conflito existente seria entre o direito à integridade corporal e o direito à autodeterminação corporal do recorrente, por um lado, e o interesse comunitário e o do Estado na administração da justiça penal, por outro, não havendo, em sua ótica, nada que obstasse a que o legislador estabelecesse limites àqueles direitos fundamentais do recorrente para assegurar a execução e cumprimento da justiça penal, ou seja, para garantir a ordem pública e o bem-estar geral;

5) não obstante existirem direito como a vida, que têm o seu conteúdo essencial atingido com a mínima limitação ou restrição, o mesmo não se pode dizer relativamente ao direito à integridade pessoal (física e moral), principalmente diante das lesões

insignificantes e reversíveis, designadamente quando confrontadas com direitos ou valores preponderantes, como o direito à vida, segurança das pessoas ou a administração da justiça penal;

6) ademais, a colheita de cabelos ou a de sangue, caso não consentidas, são intervenções corporais que, realizadas por perito médico *com rigorosa observância das regras das leges artis*, devem ser classificadas como ofensas insignificantes (mínimas) do direito à integridade corporal e do direito à autodeterminação corporal, por afetarem transitória e momentaneamente, de forma muito reduzida, o corpo físico e o sistema volitivo do sujeito. Já a recolha de saliva ou de urina afigura-se de tal modo, que sequer se pode considerar capaz de ofender o direito à integridade corporal, mas tão só o direito à autodeterminação corporal, e em grau “desprezível” e “irrelevante”;

7) por fim, a medida impugnada encontra abrigo na norma do art.172º, n.º 1, do Código de Processo Penal, que atribui à autoridade judiciária (onde se inclui, em Portugal, o Ministério Público) o poder de compelir as pessoas à submissão de exame devido, ou a facultar coisa que deva ser examinada, não violando assim a decisão do *Parquet* as normas dos arts. 25º n.º 1 e 32º n.º 8, da Constituição da República, por ordenar em exame e perícia mediante extração de saliva por via de zaragatoa bucal.

Inconformado com a decisão da Relação, o arguido interpôs recurso ao Tribunal Constitucional ao argumento de que, mantida a decisão, seriam violados os seguintes preceitos e princípios da nossa Lei Fundamental:

a) o art. 2º da C.R.P., que consagra o princípio fundamental do Estado de Direito, do que se extraem as ideias de jurisdição, constitucionalidade e direitos fundamentais e que são concretizadas nos seguintes subprincípios:

- 1) no subprincípio do Estado constitucional ou da constitucionalidade, consagrado no art. 3º, n.º 3, da C.R.P., segundo o qual a validade das leis e demais atos do Estado depende da sua conformidade com a Constituição;
- 2) no subprincípio da proteção dos direitos, liberdades e garantias, resultante dos arts. 24.º e ss. da C.R.P., do que sobressai a

inviolabilidade do direito à integridade pessoal, à identidade pessoal e genética, à autodeterminação pessoal e à reserva da intimidade;

- 3) no subprincípio da reserva de lei em matéria de restrição de direitos, liberdades e garantias, resultante do art. 18.º da C.R.P.;
- 4) no subprincípio da independência dos Tribunais e do acesso à justiça, consagrado nos arts. 20.º e 205.º e ss. da C.R.P., segundo o qual a todos é garantido o acesso ao direito e aos Tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legítimos, incumbindo aos Tribunais, na administração da justiça, a defesa desses mesmos direitos e interesses legalmente protegidos;
- 5) no subprincípio da proteção da confiança, que se encontra desde logo manifestado no art. 18.º, n.º 3, da C.R.P., ou seja, as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revestir-se de carácter geral e abstrato, não podendo diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais;
- 6) no subprincípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, afluído em diversas normas da C.R.P. e que assume particular relevância na limitação das restrições de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos; e
- 7) no subprincípio das garantias processuais e procedimentais ou do justo procedimento, afluído em diversos preceitos da C.R.P., e segundo o qual a todos é assegurado um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito, do que decorrem, entre outras, as garantias da igualdade processual - art. 13º da C.R.P. -, o princípio da conformação do processo segundo os direitos fundamentais - art. 32º da C.R.P. - e o princípio do contraditório - art. 32.º, n.º 3 da C.R.P.

b) o art. 32º da C.R.P., que consagra o princípio fundamental da plenitude das garantias de defesa, e que tem como corolários lógicos o princípio da presunção de inocência, integrado pela dupla dimensão consistente na proibição da inversão do ônus

da prova em detrimento do arguido e na proibição de antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares; o princípio da estrutura acusatória do processo penal, do que decorre a ideia de “igualdade de armas” entre a acusação e a defesa, devendo os atos instrutórios subordinar-se ao exercício do contraditório; e o princípio da nulidade das provas obtidas com ofensa da integridade pessoal, da reserva da intimidade, da vida privada e da inviolabilidade do domicílio e da correspondência.

Por sua vez, o Ministério Público sustentou a constitucionalidade das normas impugnadas, com a interpretação no sentido de que o Ministério Público poderia ter ordenado a recolha e que esta poderia ser realizada de forma coativa.

Após as alegações do MP, o recorrente juntou aos autos parecer do Professor Gomes Canotilho, que, em resumo, disse que o respeito pela dignidade humana obriga o legislador a disciplinar as análises genéticas com rigor e precisão constitucionalmente adequados ao relevo dos bens em jogo. Concluiu o constitucionalista que *o quadro normativo existente não é suficiente, por si só, para legitimar a recolha compulsiva de material biológico para efeito de recolha de DNA*. Para o referido professor, a CRP não suscita objeções de fundo à utilização deste método investigativo, *desde que disciplinado em termos constitucionalmente adequados, salvaguardando sempre as dimensões essenciais dos direitos fundamentais constitucionalmente tutelados*.

Proclamou, então, que *o recurso à extracção de material biológico sem fundamento legal específico configura uma intervenção restritiva dos direitos, liberdades e garantias destituída de qualquer arrimo constitucional e legal*. Portanto, deve ser julgada inconstitucional qualquer norma legal existente — em matéria de provas, perícias e exames, identificação civil ou verificação do estado físico e psicológico de condutores e peões — relativamente à interpretação que eventualmente se lhe queira vir a dar no sentido de, a partir dela, se pretender legitimar a extração de material biológico para análise de DNA.

Desta forma, o Tribunal Constitucional foi chamado a decidir três questões: (i) saber se a Constituição autoriza a restrição dos direitos fundamentais que estão em causa, ou seja, à integridade física, à liberdade geral de atuação, à reserva da vida privada e à autodeterminação informacional, designadamente para a prossecução das

finalidades específicas do processo penal; (ii) averiguar se as normas contidas nos artigos 61º, nº 3, alínea d) e 172º, nº 1, do Código de Processo Penal e na Lei nº 45/2004 (que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses) são habilitação legal suficiente para as restrições que estão em causa, ou se, pelo contrário, seria necessária outra lei específica que explicitamente autorizasse a recolha coativa de substâncias biológicas e a sua análise genética não consentida, prescrevendo, ao mesmo tempo, o respectivo regime, com densidade suficiente; (iii) por fim, avaliar se tal restrição depende de haver prévia autorização judicial ou se pode, como foi o caso, ser determinada apenas pelo Ministério Público.

Embora o acórdão defina o tema em debate em torno do direito à integridade física, à liberdade geral de atuação, à reserva da vida privada e à autodeterminação informacional, o Tribunal, e este aspecto muito nos interessa, dedicou-se bastante à análise do direito à não autoincriminação. Vejamos então os fundamentos da decisão relativamente a cada questão posta.

4.2.1 Possibilidade de restrição aos direitos fundamentais em causa: integridade física, liberdade geral de atuação, reserva da vida privada e à autodeterminação informacional.

Da vasta jurisprudência constitucional sobre a matéria podem-se extrair alguns requisitos reconhecidos pelo Tribunal Constitucional Português para a admissão da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais.

Em síntese, a Corte estabeleceu que toda restrição de direitos, liberdades e garantias só é constitucionalmente legítima se (i) for autorizada pela Constituição (artigo 18º, nº 2, 1ª parte); (ii) se estiver suficientemente sustentada em lei da Assembleia da República ou em decreto-lei autorizado (artigo 18º, nº 2, 1ª parte, e 165º, nº 1, alínea b); (iii) se visar à proteção de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (artigo 18º, nº 2, *in fine*); (iv) se for necessária a essa proteção, adequada para o efeito e proporcional a esse objetivo (artigo 18º, nº 2, 2ª parte); (v) se estiver revestida de caráter geral e abstrato, não for retroativa e não atingir o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (artigo 18º, nº 3, da Constituição).

Analizando tais pressupostos diante do caso concreto, o Tribunal assentou que é evidente, não carecendo de qualquer demonstração adicional, que as normas questionadas no recurso têm por escopo a incolumidade de interesses constitucionalmente protegidos, destacadamente a realização da justiça e a prossecução da verdade material. Por sua vez, estão dotadas de caráter geral e abstrato, tampouco são retroativas, nem atingem o conteúdo essencial dos direitos.

A Constituição não proíbe, em absoluto, a extração coativa de material biológico de um arguido, nomeadamente a saliva através da técnica de zaragatoa bucal, tampouco a sua posterior análise genética não consentida, para fins de investigação criminal, ou seja, para comparação com vestígios biológicos colhidos no local do crime.

No entanto, há que se verificar se os normativos que concretizam os termos dessa possibilidade respeitam as exigências do nº 2 do art. 18º da CRP, a saber: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendeu a Corte que não se pode afirmar que isso não aconteça com as normas, não merecendo, neste ponto, nenhuma censura constitucional.

Aplicando-se o entendimento sedimentado no acórdão 1182/96, destacaram-se, no acórdão, os três aspectos a serem observados na análise das medidas e seus fins: (i) *num primeiro momento perguntar-se-á se a medida legislativa em causa [...] é apropriada à prossecução do fim a ela subjacente*; (ii) *haverá que perguntar se essa opção, nos seus exactos termos, significou a “menor desvantagem possível” para a posição jusfundamental decorrente do direito [...]*; (iii) por fim, há que pensar em termos de “*proporcionalidade em sentido restrito*”, ou seja, questionar “*se o resultado obtido [...] é proporcional à carga coactiva*” que comporta.

Sem uma análise concreta e maiores aferições, o Tribunal limitou-se a afirmar, peremptoriamente, que *não considera que as restrições aos direitos fundamentais necessariamente implicadas pelas normas que agora estão em causa violem qualquer dos subprincípios enunciados*, pois, sob a sua ótica, *não se vislumbra que não constituam um meio adequado para a prossecução dos fins visados*, e ademais são necessárias para alcançar esses fins, não podem ser vistas como uma opção

manifestamente errada do legislador e tampouco taxadas de manifestamente excessivas ou desproporcionadas.

Destaca ainda a Corte que é hoje frequentemente reconhecido, praticamente de forma unânime, que a chamada “impressão digital genética” constitui uma importante ferramenta capaz de auxiliar a investigação criminal, tornando-se mesmo imprescindível.

Lembrou ainda o pronunciamento da Comissão encarregada de elaborar uma proposta de regime jurídico de constituição de uma base de dados de perfis de A.D.N. para efeitos de identificação civil e criminal, e que, no preâmbulo da proposta apresentada ao Governo em 18 de dezembro de 2006, afirmou-se que [...] *cada vez mais, as «impressões digitais genéticas» constituem o método de investigação criminal por excelência e cuja importância tem crescido ao longo do séc. XX, devendo ser o meio mais adequado de identificação para os próximos tempos*, dando conta que, desde o início dos anos 90, diversas instituições internacionais aconselham a utilização das análises de A.D.N. no sistema de justiça criminal, bem como a criação de bases de dados internacionalmente acessíveis que incluíssem os resultados daquelas análises.

Trazendo à colação apontamentos doutrinários, designadamente de Costa Andrade e Canotilho, que formularam pareceres para o caso, a Corte destacou que, para os referidos autores, o problema não reside na desnecessidade ou desproporcionalidade das restrições em causa, mas, sim, na insuficiência da habilitação legal.

O Tribunal não passou ao largo do problema da autorização constitucional para as restrições de direitos fundamentais. Sobre este aspecto, repisou os termos do art. 18º, nº 2, da Constituição, afirmando que uma primeira leitura deste preceito poderia levar à conclusão de que aqueles direitos fundamentais, como alguns em causa no recurso (por exemplo, o direito à integridade física), para os quais a Constituição não prevê expressamente a possibilidade de restrições legais, seriam insuscetíveis de restrição.

Confessando ter partido de uma leitura utilitarista, pois considerou o ponto de vista prático e das consequências de interpretação diversa, destacou o desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário de uma multiplicidade de soluções que conduziram às ideias de autorizações “indiretas ou tácitas”, de “limites imanentes”, de “limites

constitucionais não escritos”, de “limites intrínsecos”, de “restrições implícitas”, de “limites instrumentais” – o que, de uma ou outra forma, tem afastado a conclusão no sentido de direitos fundamentais não suscetíveis de restrições por falta de previsão constitucional expressa.

Conclui que, independentemente de saber qual é, do ponto de vista dogmático, a melhor solução, não se pode duvidar que a Constituição autoriza, tendo em vista a prossecução das finalidades próprias do processo penal, a restrição dos direitos fundamentais, como os da integridade pessoal, da liberdade geral de atuação, da reserva da vida privada ou da autodeterminação informacional, trazendo, em socorro decisão anterior, consistente no Acórdão n.º 254/99, que, registre-se, só tratou da autodeterminação informacional e da reserva da vida privada, sem considerações sobre a integridade física e outros direitos.

Desta forma, o Tribunal Constitucional respondeu à primeira questão, ou seja, a Constituição, em sua ótica, autoriza a restrição à integridade física, à liberdade geral de atuação, à reserva da vida privada e à autodeterminação informacional.

4.2.2 Sobre a habilitação legal para a intervenção pretendida

Quanto à segunda questão a ser enfrentada, o Tribunal não só analisou se há quadro normativo, como também se este possui densidade normativa suficiente.

Primeiramente, traçou um panorama do quadro normativo existente, destacando que o artigo 172º do Código de Processo Penal prescreve que *se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido [...] pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente*; que o artigo 61º, nº 3, alínea d, do mesmo Código, prevê que *recaem especialmente sobre o arguido os deveres de [...] sujeitar-se a diligências de prova [...] especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente*; e, por fim, que o artigo 6º, nº 1, da Lei nº 45/2004 - que define o regime das perícias médico-legais e forenses - preceitua que *ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se mostrar necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei*.

Em seguida, a Corte afastou a pretensa habilitação legal para a realização dos exames em questão que decorreria dos preceitos do Código de Processo Penal. Entendeu que o artigo 172º, nº 1, do Código de Processo Penal, apenas estatui que *se alguém pretender eximir-se [...] a qualquer exame devido [...], pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente*, sem, contudo, esclarecer quais exames são devidos, ou seja, quais os tipos de exames aos quais o arguido está obrigado a se sujeitar. O referido artigo apenas pressupõe, mas não fundamenta a sujeição a um concreto tipo de exame.

Entendeu também o Tribunal que o mesmo se dá com o artigo 61º, nº 3, alínea *d*, quando estatui que recai especialmente sobre o arguido o dever de se sujeitar a diligências de prova especificadas na lei. Também neste dispositivo se pressupõe a especificação legal, não servindo de fundamento.

Em resumo, os preceitos do Código de Processo Penal pressupõem que o exame seja devido, ou que a diligência de prova esteja especificada na lei, pelo que deles não pode, logicamente, retirar-se o dever ou a especificação que os mesmos pressupõem.

Não obstante, conclui, ao final, que o mesmo não se dá com o nº 1 do artigo 6º da Lei nº 45/2004, ao dispor que *ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se mostrar necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei*.

Em sua ótica, este preceito vai mais longe do que os anteriores, estando apto a funcionar como norma de autorização para a determinação de um exame “necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo”. Este preceito acaba por completar o pressuposto do Código de Processo Penal (art. 172º, nº. 1) na medida em que passa a dispor, em outros termos, quando um exame é devido, ou seja, quando for necessário ao inquérito ou à instrução do processo. Em sendo o exame médico-legal necessário ao inquérito ou à instrução do processo, ninguém pode eximir-se à sua realização, pois nos termos do artigo 6º, nº 1, da Lei nº 45/2004, o exame passa a ser “devido”, portanto, amparado pelo art. 172º, nº. 1 do CPP português.

No parecer juntado aos autos, o professor Gomes Canotilho objeta o entendimento supra. Em seu parecer, destaca que o artigo 30º da Lei nº 45/2004, que dispõe que “o acesso à informação genética ou biológica bem como o tratamento dos respectivos dados são regulados em legislação específica que salvaguarde os direitos fundamentais das pessoas, nos termos da Constituição e do direito internacional aplicável”, demonstra que o legislador, a par da especificidade das questões relativas à análise de A.D.N., e entendendo que a regulamentação contida na Lei nº 45/2004 para a realização de exames médico-legais em geral é insuficiente para salvaguardar os direitos fundamentais, remeteu a sua regulamentação dos exames genéticos para legislação específica.

Para o Tribunal, todavia, este argumento prova, uma vez mais, que o citado artigo 30º, inserto nas disposições finais e transitórias do diploma, apenas se refere a dois dos aspectos que se relacionam com os exames médico-legais e perícias no âmbito da genética, e apenas estes aspectos estariam remetidos à legislação específica: são eles o “acesso à informação genética” e o “tratamento de dados”. Para estes dois efeitos, a regulamentação prevista na Lei nº 45/2004 não será ainda suficiente, necessitando ser desenvolvida através de uma legislação específica.

Do exposto, concluiu o acórdão que existe habilitação legal para a realização coativa do exame, e essa decorre da conjugação dos preceitos constantes do artigo 6º da Lei nº 45/2004, de 19 de agosto, e do artigo 172º do Código de Processo Penal.

Põe-se, então, o acórdão, a analisar a densidade normativa, realçando que, atento ao especial regime das restrições aos direitos fundamentais constante do artigo 18º da Constituição, há que se reconhecer que o grau de exigência, determinabilidade e precisão da lei há de ser tal, que garanta aos destinatários da norma um conhecimento preciso e exato dos critérios legais que a Administração há de usar, minimizando ao máximo os riscos excessivos que resultariam aos destinatários da norma; e que, ao mesmo tempo, forneça à Administração regras de conduta dotadas de critérios que, sem debelar a sua liberdade de escolha, protejam o “núcleo essencial” da garantia dos direitos e interesses dos particulares constitucionalmente protegidos.

Aqui também concluiu o Tribunal que não se verifica, no caso em exame, uma falta de prefixação normativa de critérios de atuação restritiva de direitos fundamentais que seja constitucionalmente censurável.

Com o escopo de aferir a densidade normativa anteriormente referida, passa a Corte, a considerar a concreta dimensão normativa aplicada, assinalando que o contexto da análise é de uma norma que permite, apenas, à colheita coativa de material biológico - precisamente de saliva, através da técnica da zaragatoa bucal – cujo escopo é tão só a determinação do perfil genético para comparação com vestígios biológicos encontrados no local do crime.

A par desta constatação, prossegue afirmando que, neste domínio, ou seja, apenas o traço do perfil genético, nos limites do necessário, adequado e indispensável para comparação com vestígios colhidos no local do crime, fica excluída qualquer possibilidade legítima de tratamento do material recolhido em termos que transcenda o fim desejado. Sendo assim, ou seja, sem permitir a obtenção de informação de saúde ou de características hereditárias específicas do indivíduo, restrita a análise ao A.D.N. não codificante, encontra-se reduzida a potencialidade lesiva da extração.

Por sua vez, segundo o *decisum*, reduzida a potencialidade lesiva do comportamento, diverso será também o nível de densidade normativa exigível constitucionalmente à regulamentação autorizadora, contendo a Lei n.º 44/2005 grau mínimo de concretização normativa que permite afastar também um juízo de censura constitucional.

Desta forma, entendeu o Tribunal Constitucional pela existência de habilitação legal, com suficiente densidade normativa para a colheita coativa de amostras biológicas para exame de ADN com o escopo de traçar o perfil biológico, quando necessário à investigação ou a instrução criminal, nos termos do art. 6º da Lei nº 45/2004, conjugado com o artigo 172º do Código de Processo Penal.

4.2.3 Da possibilidade de o Ministério Público ordenar o exame

Por derradeiro, o acórdão analisou a questão da necessidade de prévia autorização judicial, considerando que, no caso examinado, a determinação do exame partiu do Ministério Público.

Neste domínio, reproduziu entendimentos anteriores, destacadamente do acórdão 395/2004, do qual se extrai que o reconhecimento da competência⁸⁶⁷ do Ministério Público para conduzir o inquérito não poderá ser visto divorciadamente da autonomia que a Lei Fundamental lhe reconhece, de forma que poderá decidir sobre a prática de atos de investigação ou de recolha das provas, ressalvados os que redundem em ofensa ou restrição de direitos fundamentais, que exigem, segundo os casos, ordem ou autorização, ou mesmo realização exclusivamente pelo juiz (*ut* art.ºs 268º e 269º do CPP).

No caso em apreço, a Corte entendeu que o Ministério Público tem um poder de impulso processual *ad actum*, podendo requerer a sua autorização e/ou a sua prática ao juiz competente.

Conclui, por fim, que em razão de conter, o ato impugnado, restrições relevantes aos direitos fundamentais, sua admissibilidade no decurso da fase de inquérito, depende, da prévia autorização do juiz de instrução. Diante da ausência de prévia autorização do juiz, decidiu a corte pela inconstitucionalidade da norma questionada, interpretada no sentido de autorizar o Ministério Público a determinar o exame coativamente.

4.2.4 Do pronunciamento do Tribunal Constitucional sobre a questão de fundo e a análise do princípio *nemo tenetur*

Em que pese o Tribunal ter solucionado o caso concreto, apenas não reconhecendo ao Ministério Público o poder de ordenar o exame, corajosamente enfrentou as questões de fundo do problema, posicionando-se sobre a constitucionalidade da realização coativa do exame, tema que não apresenta a menor facilidade.

Em sua análise, embora não fosse o fundamento do recurso, o Tribunal não se furtou a examinar o problema à luz do princípio do *nemo tenetur*, o que fez com o seguinte lineamento.

⁸⁶⁷ No Brasil, dir-se-ia atribuição, uma vez que a competência no domínio do processo penal é inerente aos órgãos do Poder Judiciário, do qual não faz parte o Ministério Público, que é uma autoridade administrativa.

De início, o Tribunal reconheceu que *nemo tenetur* é um princípio consagrado na Constituição, referindo vasta jurisprudência constitucional neste sentido, como os acórdãos 695/95, 542/97, 304/2004 e 181/2005.

Não obstante, destaca que, se, por um lado é fácil reconhecer o cariz constitucional do princípio, o mesmo não se dá em relação à sua definição e alcance. Lembrando a abalizada doutrina de Costa Andrade⁸⁶⁸, afirma que as dificuldades aumentam na proporção em que se aproxima da *zona de fronteira e concorrência entre o estatuto do arguido como sujeito processual e o seu estatuto como objecto de medidas de coacção ou de meios de prova*.

Aponta, ainda, que o Tribunal já teve ocasião de se manifestar sobre o princípio da não autoincriminação, embora o tenha feito, tão somente, associado ao direito a não prestar declarações, tendo se pronunciado, a este respeito, no Acórdão nº 695/95, pela inconstitucionalidade da norma do nº 2 do artigo 342º do Código de Processo Penal, *enquanto impõe ao arguido o dever de responder às perguntas do presidente do tribunal no início da audiência de julgamento sobre os seus antecedentes criminais e sobre outro processo penal que contra ele corra nesse momento*.

Na altura, salientou que *o princípio constitucional de que o processo criminal assegurará todas as garantias de defesa tem como conteúdo essencial a exigência de que o arguido seja tratado como sujeito e não como objecto do procedimento penal*, sendo assim, está-lhe garantido pela Constituição, não apenas um direito de defesa (artigo 32º, nº1), mas também a presunção de inocência até ao trânsito em julgado da condenação.

Associa os princípios constitucionais, remetendo o direito ao silêncio diretamente ao princípio da presunção de inocência (artigo 32º, nº 2, da Constituição), de forma que o arguido deve ser informado, antes de qualquer interrogatório, de que goza do direito ao silêncio e ser esclarecido de que o seu silêncio não pode ser interpretado em prejuízo de seus interesses, não podendo ser prejudicado por ter

⁸⁶⁸ ANDRADE, *Sobre Proibições...* Op. cit., p. 127.

exercitado o seu direito a não prestar quaisquer declarações, o que não pode gerar qualquer presunção de culpa.

Reconhece ainda que, em razão da presunção de inocência em conexão com o princípio da dignidade da pessoa do arguido, chega-se à conclusão de que sua utilização como meio de prova deve sempre ser limitada pelo integral respeito à sua vontade.

O Tribunal reproduz a ideia de que obrigar o arguido a declarar, no início da audiência de julgamento, seus antecedentes criminais e informar sobre processos pendentes implica sua transformação de sujeito em objeto do processo.

Lembrou, na ocasião do julgamento em exame, que o acórdão nº 181/05 afirmou a importância de que se reveste a produção de prova em processo penal, como superação de um modelo inquisitorial do processo e conquista basilar do processo de estrutura acusatória, e que tem subjacente a ideia da existência de limites intransponíveis à perseguição da verdade no processo penal, limites que se traduzem nos conceitos e regime das proibições de prova.

A vertente negativa da liberdade de declaração no processo (*nemo tenetur se ipsum accusare*) assume particular relevância em matéria de proibições de prova, decorrendo dela a vedação de que o arguido seja fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua incriminação.

Novamente, recorre à doutrina de Costa Andrade⁸⁶⁹, para afirmar que o que está em jogo é *garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autoresponsabilidade*. Tal fato se dá, acentua, porque a liberdade de declaração espelha o estatuto do arguido como verdadeiro sujeito processual que não pode ser transformado em objeto.

Assevera, ainda, a Corte que o conteúdo material do referido princípio (*nemo tenetur*) é protegido mediante imposição dos deveres de esclarecimento ou de advertência às autoridades judiciais e aos órgãos de polícia criminal, o que é garantido pela sanção de proibição de valoração e da nulidade das provas obtidas

⁸⁶⁹ ANDRADE, *Sobre Proibições...* Op. cit., p. 121.

mediante tortura, coação ou ofensa da integridade, física ou moral, *ut* artigos 58º, nºs. 4 e 5 e 126º, n.º 1, ambos do CPP português.

Assim, afirma que a consagração do impedimento à autoincriminação representa uma renúncia do Estado à “colaboração forçada” na investigação de fatos criminosos por parte de quem é alvo dessa mesma investigação.

Não obstante, destaca que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em sentença proferida em 17 de dezembro de 1996, no caso *Saunders v. Reino Unido*, concluiu que o direito à não autoincriminação se refere, inicialmente, ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, ao direito ao silêncio, ressalvando que esse direito não alcança a utilização, no processo penal, de elementos obtidos do coercitivamente do arguido, que existam independentemente da vontade do sujeito, como as colheitas, por expiração, de sangue, de urina, assim como de tecidos corporais com finalidade de análises de A.D.N.

Lembra, ainda, que o Tribunal Constitucional Espanhol, através da sentença 103/1985, ao analisar o tema da obrigatoriedade de submissão a testes de alcoolemia, afirmou que a realização dos mesmos não configura uma declaração ou incriminação, pois não se obriga o examinado a emitir uma declaração que externe um conteúdo admitindo a sua culpa, mas apenas a tolerar que sobre ele recaia uma especial modalidade de perícia.

Ainda se referindo à jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha, destaca que, após reconhecer aquela Corte que o direito à não autoincriminação situa-se no coração do direito a um processo equitativo e que se relaciona com o direito de defesa e a presunção de inocência, tal direito só tem o condão de evitar contribuições do arguido de conteúdo diretamente incriminatório, não tendo o alcance de integrar à presunção de inocência o poder de subtrair-se a diligências de prevenção, indagação ou de prova, pois, do contrário [razão prática], isto é, reconhecendo-se o direito de não suportar nenhuma diligência deste tipo, estaria o poder público desarmado no desenvolvimento de suas funções de proteção da liberdade de convivência, e restaria lesado o valor da justiça e as garantias de uma tutela jurisdicional efetiva.

Não olvidou o acórdão de destacar a doutrina de Gomes Canotilho, tendo referido o parecer que, juntado aos autos (conclusão nº 10), dá conta de que significativa e majoritária doutrina e boa parte da jurisprudência de Portugal e também internacional de direitos humanos têm perfilhado o entendimento de que a presunção de inocência abrange tão só o direito a permanecer calado e a beneficiar da existência de uma dúvida razoável, não impedindo a extração de amostras biológicas para fim de análise de DNA.

Por fim, concluiu a Corte neste sentido, ou seja, o de *que o direito à não auto-incriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo, como igualmente se concluiu na sentença do TEDH supracitada, o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito*, como é o caso da colheita de saliva para efeitos de realização de análises de A.D.N.

Para o Tribunal, a colheita não se traduz em nenhuma declaração, razão pela qual não viola o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado. Configura, ao contrário, o supedâneo para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não pode ser taxada como obrigação de autoincriminação.

Vê-se que, não obstante a efusiva exaltação do princípio como direito fundamental, ao final a Corte o interpretou de forma limitada, reduzindo seu conteúdo ao direito ao silêncio, o que, embora esteja em consonância com valorosa doutrina e importantes tribunais internacionais, a nosso ver reduz em muito a dimensão do princípio como balizador da colaboração do imputado no curso da investigação e do processo.

Cabe dizer, ainda, que o acórdão não enfrentou o problema relativo ao emprego da força física na realização do exame. Embora trate da possibilidade de realização coativa, não fica claro que esta pode ocorrer por força física. Note-se que a questão é delicada, na medida em que outros Tribunais Constitucionais negam a possibilidade do

uso de força física, embora reconheçam a possibilidade de submissão ao exame⁸⁷⁰. Ademais, parte da doutrina espanhola já sinalizou, após a legislação de 2003, que deu nova redação aos art. 326, III, e 363, II, da LECrim, que, não tendo a lei deliberado expressamente sobre o emprego da força física, a coerção só poderia ser indireta, não sendo possível a *vis compulsiva*. Advoga-se que o emprego da força física está submetido à reserva legal explícita⁸⁷¹. Há, contudo, em Espanha, doutrina no sentido de que com o advento legislativo de 2003 supramencionado, é possível o emprego de força física⁸⁷².

Desta forma, o tema do emprego de força física encontra significativa liberdade de reflexão, por falta de balizamento na jurisprudência constitucional.

4.3 Habeas Corpus 83096-0 - STF

Em razão de escuta telefônica realizada pela Polícia Federal do Brasil, o paciente daquele habeas corpus foi denunciado pelo crime de associação para o tráfico (art. 14 da Lei 6368/76).

A própria defesa requereu perícia para confronto dos padrões vocais do paciente, então acusado, e foi surpreendida com a exibição da gravação pela Rede Globo de Televisão, através do programa designado por “Fantástico”, que afirmava tratar-se da voz do paciente. Por tal razão, a defesa desistiu da perícia por entender que a gravação não estava segura para ser submetida à perícia.

A Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro indeferiu a reconsideração relativa à produção da perícia, ao argumento de que o juiz, supletiva e oficiosamente, pode determinar a produção de provas com fulcro no art. 156 do CPP brasileiro.

⁸⁷⁰ STC Espanhol 37/1989: *En ningún caso pueden practicarse investigaciones mediante el empleo de la fuerza física, que sería (...) degradante e incompatible con la prohibición contenida en el art. 15 CE*. Em sentido semelhante, SSTC 107/1985, 161/1997 e ATC 61/1983. Por sua vez, a jurisprudência do TEDH parece inclinar-se no sentido de que se deve adotar a recusa injustificada como indício a ser cotejado com outras provas, excluindo, a contrário senso, o emprego da força física (Sentença do TEDH de 08 de fevereiro de 1996, caso Murray).

⁸⁷¹ KAPPLER, *La Prueba...* Op. cit., p. 79-81.

⁸⁷² AMIGO, *Las Intervenciones...* Op. cit., p. 9 – Addenda.

Impetrou-se habeas corpus para o Superior Tribunal de Justiça, que, através de sua Sexta Turma, também denegou a ordem, mantendo a realização da perícia.

Sendo assim, o paciente impetrou o *Writ* perante o Supremo Tribunal Federal do Brasil, que é, ao mesmo tempo, corte jurisdicional e corte constitucional, examinando casos concretos e fazendo controle de constitucionalidade das leis⁸⁷³.

No referido habeas corpus, os impetrantes sustentaram, em síntese, que o art. 8º, nº. 2, do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, dispõe que ninguém é obrigado a depor ou fazer prova contra si mesmo, nem a autoincriminar-se. Aduziu que a não autoincriminação tem qualidade de garantia fundamental, correlata à autodefesa e, por consequência, à ampla defesa. Desta forma, não poderia o Estado-juiz compelir o réu a fornecer seus padrões vocais para a perícia de confronto, sob pena de violação de garantias fundamentais.

Iniciando o julgamento do *Writ*, a relatora lembrou que o STF já decidira, por ocasião do HC nº 80949, que o privilégio contra a autoincriminação – *nemo tenetur se detegere* – foi erigido em garantia fundamental pela Constituição do Brasil, de 1988,

⁸⁷³ Esta classificação não é tanto uniforme na doutrina brasileira; vejamos: “Tanto nos Estados Unidos como no Brasil há uma só Suprema Corte; é um monismo de realização do direito. Na República Federal da Alemanha há um dualismo. Ao lado de um Supremo Tribunal Federal (*Oberstes Bundesgericht*) encarregado de zelar pela unidade do direito federal, também funciona um tribunal constitucional federal (*Bundesverfassungsgericht*) para apreciação dos litígios constitucionais provocados pelos Estados-Membros diante da Constituição Federal” (FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 418). Por outro lado, sustenta-se também: “A outra novidade está em ter reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal à matéria constitucional. Isto não o converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um tribunal que examinará a questão constitucional com critérios puramente técnico-jurídicos, mormente porque, como Tribunal, que ainda será do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidade” (SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 556). Vislumbrando no STF a condição de Corte Constitucional: CORRÊA, Oscar Dias. *Supremo Tribunal Federal: Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Fato é que o STF tem a última palavra em matéria constitucional, seja apreciando casos concretos, seja através do controle abstrato de constitucionalidade das leis, o que a nosso ver, faz dele uma Corte Constitucional, embora, conforme exposto por Pinto Ferreira, no Brasil, diferentemente do que ocorre na Alemanha e em Portugal, há apenas uma Corte Suprema, um monismo, que ao mesmo tempo em que aprecia casos concretos e excepcionalmente com temas não constitucionais, como a ação penal originária contra algumas autoridades, realiza também o controle abstrato de constitucionalidade. Vale dizer: o Supremo não tem a função de manter a unidade da Lei no território nacional, o que é da competência do Superior Tribunal de Justiça.

concluindo, ao final, que o paciente não está obrigado a fornecer padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial.

No voto, consta o entendimento de que o acusado não pode ser “fisicamente forçado a fornecer padrões de sua voz para o exame de confronto”.

Com tais argumentos, concedeu-se a ordem para que o paciente tivesse o direito de permanecer em silêncio perante a autoridade designada para a perícia, sendo-lhe assegurada formalmente a advertência neste sentido, o que também deveria ser documentado.

Note-se que, neste voto, o que estava em causa e foi protegido pelo direito ao silêncio não era o direito de não prestar declarações incriminadoras, e, sim, o direito de permanecer em silêncio, não fornecendo amostras vocais para perícia, o que em tudo se equivale às amostras biológicas para confronto de perfil de ADN.

Percebe-se, assim, que, na Corte brasileira, a interpretação sobre o *nemo tenetur* foi mais alargada, dando-se maior plenitude à garantia fundamental para abarcar também sua participação em perícias, não estando o princípio, na tradição jurisprudencial brasileira, limitado ao direito de não prestar declaração.

Para ilustrar, no HC 93916, de 10/06/2008, o STF concluiu que o *nemo tenetur se detegere* impossibilita a extração de qualquer conclusão desfavorável ao suspeito ou acusado da prática de crime, que não se submeta a exame de dosagem alcoólica. Naquela oportunidade, assentou que *não se pode presumir que o Paciente estaria alcoolizado pela recusa em se submeter ao exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo*.

Com efeito, em mais esta oportunidade, reafirmou uma dimensão ampla do *nemo tenetur*, ou seja, para além da simples possibilidade de não declarar e alcançando o direito de não participar de perícia.

Em outro julgado⁸⁷⁴, entendeu-se que inerente ao *nemo tenetur* é o direito de negar falsamente (mentir) em juízo ou em sede policial sobre a prática de infração penal. Em seguida, considerou que não configura crime de falso testemunho o fato de uma pessoa depor, como testemunha compromissada, e deixar de revelar fatos que possam incriminá-la⁸⁷⁵.

Em outra assentada de julgamento⁸⁷⁶, deixou assinalado que diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, não há dúvida de que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal do Brasil deve ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu arbítrio.

Isto porque, sustentou o voto condutor, a comparação gráfica traduz-se em ato de caráter essencialmente probatório, não sendo possível, em face do privilégio, de que o indiciado desfruta, contra a autoincriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Destarte, poderia a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, nos quais se encontrem documentos da pessoa à qual é atribuída letra, como proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão. Na linha da decisão, é possível até intimar a pessoa a escrever o que lhe for ditado, não sendo possível, entretanto, ordená-la a fazer sob pena de desobediência.

Nota-se, assim, que, mesmo diante de diligências mais sutis que as intervenções corporais, como o caso de amostras de padrões vocais, a limitação imposta ao Estado pelo *nemo tenetur* foi interpretada de forma ampla, alargando a esfera de proteção do indivíduo.

4.4 Reclamação 2040-1 – STF – O Caso Gloria Trevi.

A cantora e apresentadora mexicana, Gloria Trevi, no auge de sua popularidade, foi acusada de abuso sexual e corrupção de menores no México. Encontrada no Brasil,

⁸⁷⁴ STF, HC 68.929 de 28/08/1992.

⁸⁷⁵ STF, HC 73.035 de 13/11/1996.

⁸⁷⁶ STF, HC 77.135 de 06/11/1998.

foi presa enquanto aguardava o julgamento de um pedido de extradição formulado ao Brasil pelo México.

Durante sua prisão, engravidou e alegou ter sofrido um estupro por parte de um agente federal responsável por sua custódia. Por tal razão, foi instaurado inquérito policial objetivando apurar os fatos largamente noticiados pela imprensa nacional. Como diligência investigativa, o Delegado de Polícia requereu a realização de exame de ADN para esclarecer as circunstâncias da gravidez de Gloria. Todos os policiais federais que trabalharam no plantão e na custódia da cantora se comprometeram a fornecer espontaneamente material genético para o exame. Glória Trevi, por sua vez, recusou-se a fornecer material para o exame. Por tal razão, foi requerida a colheita de material da placenta, com o que concordou o Ministério Público e foi autorizado pelo Juiz de primeiro grau.

Por tal razão, Gloria Trevi formulou reclamação ao STF alegando ter “sabido” que se pretendia por ocasião do parto de seu filho, colher material genético, líquido amniótico, com o propósito de se fazer exame de ADN para averiguar a paternidade do nascituro. Aduziu a reclamante que a paternidade, *in casu*, constituía aspecto da sua intimidade e da personalidade do nascituro, reclamando, assim, o amparo das garantias do art. 5º, incisos X e XLIX, da Constituição brasileira, e que, respectivamente, protegem a intimidade e a vida privada das pessoas e a integridade física e moral dos presos.

A decisão do juiz *a quo* determinava que o Hospital, após a retirada da placenta da reclamada, procedesse à coleta e entrega a um perito do Instituto Nacional de Criminalística do Departamento de Polícia Federal para o fim de exame de ADN.

Por maioria, o STF entendeu por conhecer da reclamação, já que a reclamante estava internada no hospital à disposição da Corte em razão do processo de extradição, o que fixaria sua competência para decidir se autorizava, ou não, a colheita e exame do material genético.

A autoridade policial, ao justificar a necessidade da diligência, esclarecia que dezenas de policiais - um total de sessenta e um - responsáveis pela custódia já haviam cedido, espontaneamente, material para análise, e que, ademais, a ocorrência ganhou

repercussão nacional pela mídia, colocando em causa a instituição da Polícia Federal, da Justiça e do próprio Governo Brasileiro, o que exige medidas “urgentes e excepcionais”. Destacou, ainda, que o tema chamava a atenção do próprio México, o que poderia abalar suas relações com o Brasil.

Por parte do Ministério Público, afirmou-se que, no caso, não havia colisão de direitos fundamentais, e que, aliás, havia a necessidade de se buscar a verdade real em favor da defesa da honra e da dignidade de agentes policiais que moviam ação penal privada em face de jornalistas que os difamaram e caluniaram, tendo-lhes imputado relações sexuais com a extraditanda. Na verdade, o *Parquet* esposou a tese de que havia convergência de direitos fundamentais, na medida em que o direito fundamental de o nascituro ter sua determinação genética alinhava-se aos direitos fundamentais de vários envolvidos de verem preservada a sua honra, sua dignidade e sua intimidade.

Alegava, ainda, que, só com o exame de ADN ,os envolvidos/acusados poderiam livrar-se do grave encargo moral que recaiu sobre seus nomes, com repercussão funesta na família, na profissão e na sociedade. Sintetizou: *quando se definir o verdadeiro pai, automaticamente ocorrerá o resgate moral dos outros sessenta envolvidos, que se livrarão da pecha de estupradores que lhes foi imputada.*

Com efeito, insistiu o *Parquet* na tese de que, através do exame, estaria protegendo-se a dignidade humana de sessenta envolvidos injustamente nos fatos apurados, insistindo, também, que, na peculiaridade do caso, não havia colisão de direitos fundamentais, já que o direito à identidade genética do nascituro vai ao encontro da proteção da dignidade dos envolvidos.

Quanto aos direitos fundamentais da extraditanda, sustentou o Ministério Público que, no caso, não havia qualquer violação, uma vez que não havia qualquer procedimento invasivo na coleta da placenta, qualificada pela perícia como refugo hospitalar. Ademais, a tomada de material biológico na criança em nada afetaria a extraditanda, visto que havia - do ponto de vista jurídico - total independência do filho em relação à mãe.

Reconheceu, contudo, que a única colisão que poderia haver decorreria do fato de se saber com quem a extraditanda tivera relação sexual, o que exporia a sua

intimidade. Todavia, na ponderação deste fato com a proteção à intimidade, à honra e à dignidade de sessenta pessoas injustiçadas, à toda evidência, até por superioridade numérica, deveriam prevalecer os referidos direitos fundamentais destas últimas.

Ressaltou, ainda, que, no caso, a realização do exame não importaria incriminação da extraditanda, pois, com a identificação da paternidade, nenhuma consequência penal poderia suportar, não havendo, assim, que se cogitar da proteção contra a autoincriminação.

Com estes argumentos, o Ministério Público pretendeu também convencer que o deferimento do exame, nos moldes requeridos pelo caso, não importaria mudança na jurisprudência que vinha prevalecendo majoritariamente na Corte, no sentido de não poder obrigar o investigado a submeter-se a exame de ADN em investigação de paternidade, entendimento cristalizado nos habeas corpus n.ºs. 71373⁸⁷⁷ e 76060⁸⁷⁸, do STF.

Já a decisão do juízo *a quo* teve fundamentação bem distinta. Vislumbrou o magistrado a colisão entre o direito fundamental da extraditanda, de ver preservada sua intimidade não revelando o nome do pai do nascituro (art. 5º, X, CRF), e o interesse do Estado em apurar eventuais responsabilidades penais e administrativas de seus agentes públicos, como prevaricação, corrupção passiva e ativa, todos de ação penal pública incondicionada.

⁸⁷⁷ STF – HC 71373 - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

⁸⁷⁸ DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende - de resto, apenas para obter prova de reforço - submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria.

O magistrado limitou a questão à apuração dos crimes objeto do inquérito, não dando importância à questão da identidade genética da criança. Vislumbrou o magistrado conflito entre o direito fundamental da extraditanda com bens jurídicos da comunidade tutelados pela Constituição, invocando lição de Canotilho como sustentáculo da decisão, o que também se resolveria por ponderação de valores, o que passou a fazer em seguida.

Assim, concluiu, primeiramente, que o caso não importava em qualquer exame intrusivo, já que os suspeitos forneceram espontaneamente o material, e, no que se refere ao nascituro e à extraditanda, o exame poderia ser feito a partir da placenta, que, segundo a perícia, se constituía em material descartado como “lixo biológico”.

Na decisão, ficou consignado que a placenta, após o parto, não faz parte do corpo da mãe e tampouco da criança, não é ser vivo, sua coleta não é invasiva, configurando-se como lixo biológico.

Destacou, ainda, que não haveria qualquer sacrifício da inviolabilidade corporal da extraditanda, não havendo também qualquer risco de autoincriminação, não lhe sendo, com a identificação da paternidade, atribuído qualquer ilícito penalmente relevante. Por fim, considerou, igualmente, a proteção da honra e dignidade dos suspeitos e o interesse na busca da verdade real no que se refere à investigação criminal contra eventuais agentes faltosos.

Ao final, após sopesar, concluiu que, em uma hierarquia axiológica móvel, nas circunstâncias do caso concreto, a tutela dos interesses da comunidade prevalece sobre a intimidade da extraditanda, que não é direito absoluto. Para o Juiz, a persecução penal, a segurança pública e a moralidade administrativa prevalecem, no caso, em detrimento do interesse privado da mãe.

Por sua vez, o Ministro relator, no STF, identificou colisão entre direitos fundamentais, de um lado a intimidade da extraditanda; de outro, a honra e a imagem dos agentes envolvidos, devendo-se buscar, a seu ver, a concordância prática dos valores.

Ao final, entendeu o Ministro que, diante do número de envolvidos – sessenta e uma pessoas –, cuja honra estava em causa, bem como o interesse público na apuração

da verdade - no caso, o direito à intimidade da extraditanda - deveria ceder, deferindo, assim, autorização para utilização da placenta para o exame de ADN, no que foi acompanhado pela maioria dos Ministros, restando vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Celso de Mello e o então presidente da Corte, Marco Aurélio.

Nota-se que, no caso em exame, são muitas as peculiaridades, e ficou evidente que não houve uma virada no entendimento do STF, no sentido de que não é possível a realização coercitiva de exame como ficou assentado, designadamente nos habeas corpus n.ºs. 71373-4 76060, que cuidavam da investigação de paternidade.

O caso é singular por diversas razões. Primeiramente, o exame não recaiu sobre amostras que exigiriam intervenção corporal: tratava-se de apreensão de lixo biológico hospitalar, ou seja, exame sobre a placenta da parturiente, material eliminado após o parto.

O segundo aspecto é o de que não estaria em causa o direito à não autoincriminação: *nemo tenetur se detegere*.

Em terceiro lugar, supostamente, havia interesse de o nascituro conhecer sua origem genética, estando o Ministério Público legitimado, extraordinariamente, a propor a investigação de paternidade e tomar medidas administrativas com este desiderato.

Em quarto, havia uma colisão de direitos que, concretamente, possuem proteção constitucional. Não se estava a cuidar do direito à intimidade de um, e de um suposto direito à segurança pública, ou à descoberta da verdade de sujeitos indeterminados e difusos, embora tais argumentos tenham sido levantados. O que ganhava relevância e singularidade, no caso, era a colisão de direitos concretos, de pessoas concretas: a extraditanda, de um lado; e sessenta e um suspeitos, de outro.

Por tal razão, a ponderação se dava com uma concretude singular, com a perfeita identificação dos sujeitos que teriam seus direitos fundamentais concreta e diretamente atingidos.

Deste quadro, deve registrar-se que o conjunto de decisões do STF tem dado uma ampla proteção a valores como a integridade corporal, intimidade e ao privilégio contra a autoincriminação, e por consequência, à ampla defesa e à presunção de inocência, em última análise, tutelando a dignidade humana frente aos interesses da

persecução penal, adotando uma linha um tanto diversa da das Cortes Constitucionais e de direitos humanos da Europa.

V. INTEVERNÇÕES CORPORAIS EM MATÉRIA DE PROVA: TOMADA DE POSIÇÃO

Finalmente, chegamos ao momento de explicitar o que sinalizamos ao longo do trabalho relativamente ao tema das intervenções no campo probatório, no que se incluem também como advertimos em outra passagem, as questões afetas à investigação criminal.

Não é difícil notar, após as pré-compreensões constantes do prólogo, além de outras passagens insinuantes, que nossa conclusão é no sentido da impossibilidade do uso de intervenções corporais não consentidas, principalmente mediante força física, para obtenção de prova, ou de meios de prova, no processo penal.

A par disso, buscaremos organizar os fundamentos de nossa conclusão em três ordens: ideológica, filosófica e jurídica.

5.1 As razões ideológicas para inadmitir as intervenções corporais não consentidas

A origem da expressão “ideologia” decorre da junção de raiz grega *eidos* (ideias) com *logos* (estudo, conhecimento)⁸⁷⁹. Ideologia é um termo polissêmico: pode dizer-se que há um sentido comum, através do qual ideologia se traduz em um sistema de ideias e representação geral do mundo⁸⁸⁰, conjunto de pensamentos, de doutrinas ou de visões de mundo de um indivíduo ou de um grupo, que norteiam suas ações sociais e, principalmente, políticas.

Com razão Löwy ao concluir que, dificilmente, na ciência social, existe um conceito complexo, cheio de significados, como ideologia. Termo repleto de contradições e ambiguidades, coroados por equívocos e mal-entendidos. Caminhar por ele é se encontrar em um labirinto⁸⁸¹.

O termo foi criado por Destutt Tracy para designar “ciência das idéias”⁸⁸², embora posteriormente tenha adquirido significado pejorativo, com Napoleão⁸⁸³, que chamou Tracy de “deformador da realidade”.

Na concepção crítica, a ideologia é vista como instrumento de dominação que atua por meio de persuasão, alienando a consciência humana, mascarando a realidade⁸⁸⁴. Para os pensadores da Teoria Crítica da Escola de Frankfurt⁸⁸⁵, a ideologia mascara um objeto, mostrando apenas sua aparência, escondendo suas reais propriedades.

Por sua vez, o sociólogo contemporâneo John B. Thompson também oferece uma formulação crítica ao termo ideologia, de perfil marxista, porém sem o caráter de

⁸⁷⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 94.

⁸⁸⁰ CLÉMENT *Et al.* *Dicionário...* Op. cit., p.190.

⁸⁸¹ LÖWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social: Elementos para uma análise marxista*. São Paulo: Cortez, 1998, p. 11.

⁸⁸² CLÉMENT *Et al.* *Dicionário...* Op. cit., p.190.

⁸⁸³ WOLKMER, *Ideologia...* Op. cit., p. 95.

⁸⁸⁴ WOLKMER, *Ideologia...* Op. cit., p. 95.

⁸⁸⁵ “Escola de Frankfurt designa antes de mais nada uma forma de intervenção político-intelectual (mas não partidária) no debate público alemão do pós-guerra, tanto no âmbito acadêmico como no da esfera pública entendida mais amplamente” (NOBRE, Marcos. *A Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 20.

ilusão da realidade ou de falsa consciência, e focada no aspecto das relações de dominação⁸⁸⁶.

Inicialmente, poder-se-ia pensar que, para quem adota o termo em seu sentido crítico, não haveria várias ideologias diferentes, não haveria ideologia dos dominados. Nesta perspectiva, ideologia é voltada à dominação através da ilusão.

O pensamento de Marx foi fundamental para esta concepção crítica de ideologia, designadamente no livro *A Ideologia Alemã*⁸⁸⁷. Mas, na vasta obra de Marx, há outras referências à ideologia, diversamente do que consta em *A Ideologia Alemã*, de forma que, mesmo em Marx, o termo é de certa forma polissêmico, havendo ainda entre os marxistas quem adote a concepção de ideologia como conjunto de ideias e visão de mundo, como Lênin, para quem existe uma ideologia burguesa e uma ideologia do proletariado⁸⁸⁸.

Certa feita, buscou-se associar ideologia à ideia de conservação da ordem estabelecida, ou seja, emprega-se ideologia quando a ideia sobre a realidade estiver orientada à continuidade, reservando a palavra utopia para designar o conjunto de ideias com o objetivo de modificar a ordem existente⁸⁸⁹.

A proposta de Löwy acaba com a confusão, sugerindo que não seja feita divisão entre ideologia, no sentido de se estar contra ou a favor do *status quo*, mas, sim, que se compreenda o termo como “visões sociais de mundo”, ou seja, conjuntos estruturados de valores, representações, ideias e orientações cognitivas, unificados por uma perspectiva determinada, por um ponto de vista social, de classes sociais determinadas. Deixa, assim, de estar ligada à concepção ilusória da realidade, para filiar-se a qualquer doutrina sobre a realidade social vinculada a uma posição de classe⁸⁹⁰.

Vaisman revela que, mesmo em Marx, e que, em Lukács, isto fica bem evidente, a ideologia pode ser vista como motor da vida real, como potência, como força real no

⁸⁸⁶ THOMPSON, John B. *Ideologia e Cultura Moderna. Teoria Social Crítica na Era dos Meios de Comunicação de Massa*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 70-80.

⁸⁸⁷ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. Tradução: Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2004.

⁸⁸⁸ LENINE, Vladimir. I. *Que Fazer?*. 2ª edição. Lisboa: Edições Avante, 1978, p. 49.

⁸⁸⁹ MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia. Introdução à sociologia do conhecimento*. Tradução de Emílio Willems, Porto Alegre, Editora Globo, 1950.

⁸⁹⁰ LÖWY, *Ideologias...* Op. cit., p. 10-16.

quadro do ser social; esta força é possível quando o seu objetivo coincide com a mudança da sociedade⁸⁹¹.

É precisamente nesta perspectiva que ousamos trilhar caminho tão sinuoso, ao pretender falar em razões ideológicas para inadmitir as intervenções corporais.

Para tanto, impende ter por acordo semântico a concepção de ideologia como visões sociais do mundo, mas numa diretriz transformadora - diriam alguns, então, utópica. Em outros termos, adotamos ideologia como conjunto de idéias que servem de motor, de potencia transformadora da realidade social; sem perder de vista, todavia, a existência de uma ideologia dominante que ilude e mascara a realidade.

Aponta-se como características das ideologias, dentre outras, o fato de surgirem em condições de crise e períodos de tensão social. São padrões sistemáticos de pensamento político e constituem-se em modelos derivados de uma percepção da realidade. São argumentos persuasivos, na medida em que não apenas informam, mas produzem emoção e ação. Procuram transcender a realidade na busca de mudança e de um mundo melhor⁸⁹².

Quanto às suas funções, diz-se que a primeira é a de ser um sistema de idéias através do qual *o universo é percebido, compreendido e interpretado*, do que se extrai um sentimento de certeza e segurança. A segunda seria a de proporcionar um padrão de ação e julgamento individuais e coletivos, ou mesmo de orientação política. A terceira função é a de que a ideologia atua como instrumento de controle, de conflito e integração, minimizando diferenças de comportamentos. Em seguida, a função de autoidentificação, ou seja, o modo como os homens vêem e definem a si próprios e esperam que os demais os vejam e interpretem suas ações sob a mesma ótica. Como quinta função, a de a ideologia servir como força dinâmica na vida individual e coletiva, propiciando um sentimento de propósito, missão e engajamento⁸⁹³.

⁸⁹¹ VAISMAN, Ester. *A Ideologia e sua Determinação Ontológica*. In: Ensaio, nº 17/18. São Paulo: Ensaio, 1989. E, *O Problema da Ideologia na Ontologia de G. Lukács*. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Filosofia da Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa: UFPB, 1986.

⁸⁹² WOLKMER, *Ideologia...* Op. cit., p. 104-105.

⁸⁹³ WOLKMER, *Ideologia...* Op. cit., p. 106.

Neste sentido, não foi em vão que, no prólogo, adotamos a análise marxista do Estado e o conceito de história de Walter Benjamin (Benjamin⁸⁹⁴ *apud* Löwy 2005). Por estas fontes, vinculamos-nos ideologicamente aos oprimidos, aqueles para quem o “estado de exceção” é a regra; portanto, a ideologia que trilhamos é no sentido de mudar a realidade social e “instaurar o real estado de exceção”, ou seja, lugar no qual vigore efetivamente o Estado de Direito. O Estado no qual o fascismo, o nazismo, o campo, não circulem travestidos ou submersos como paradigmas da modernidade e da contemporaneidade, para que, aí sim, possamos “espantar-nos” com acontecimentos kafkianos que nos assolem.

Nossa representação do mundo não consiste em um quadro de progresso e linearidade: funda-se ela na “história dos vencidos”,⁸⁹⁵ ou “história na tradição dos oprimidos”. Repita-se: a regra da história é a opressão, a barbárie, a violência dos vencedores, e não a ilusão progressista de mais democracia, mais liberdade e paz. Desta representação, surge um desejo de mudança e a necessária reunião de ideias motoras, potencializadoras da transformação.

Desta forma, quando se propõe a fazer ponderações entre direitos fundamentais e interesses comunitários constitucionalmente protegidos, ainda que de forma “imanente” ou implícita”, o resultado da ponderação será diverso se quem estiver ponderando estiver ideologicamente vinculado aos oprimidos ou aos opressores. Digna de lembrança, a este respeito, é a passagem de *O Castelo* de Kafka, referida em capítulo anterior, quando o Prefeito afirma que o erro que maculara a vida do Agrimensor era pequeno e insignificante. As agressões aos direitos fundamentais se mostram de forma diferenciada relativamente aos sujeitos, ou seja, o que pode parecer insignificante para quem imprime a lesão pode ser insuportável para quem a suporta.

⁸⁹⁴ “A tradição dos oprimidos nos ensina que o “estado de exceção” no qual vivemos é a regra. Precisamos chegar a um conceito de história que dê conta disso. Então surgirá diante de nós nossa tarefa, a de instaurar o real estado de exceção; e graças a isso, nossa posição na luta contra o fascismo tornar-se-á melhor. A chance deste consiste, não por último, em que seus adversários o afrontem em nome do progresso como se este fosse uma norma histórica. – O espanto em constatar que os acontecimentos que vivemos “ainda” sejam possíveis no século XX não é nenhum espanto filosófico. Ele não está no início de um conhecimento, a menos que seja de mostrar que a representação da história donde provém aquele espanto é insustentável” (BENJAMIN, Walter. *Sobre o Conceito da História*, 1940, tese VIII).

⁸⁹⁵ KONDER, Walter... Op. cit., p. 91.

O princípio da relatividade foi surgindo ao longo da história da filosofia e da ciência como consequência da compreensão progressiva de que dois referenciais diferentes oferecem visões perfeitamente plausíveis, ainda que diferentes, de um mesmo efeito.

Para Newton o universo era previsível, um autômato, ilustrado pela imagem do relógio. A idéia de tempo era de algo absoluto e universal, independente do objeto e de seu observador, ou seja, igual para todos e em todos os lugares. Com a Teoria da Relatividade, de Einstein, rompe-se com essa racionalidade, e o tempo passa a ser visto como algo relativo, variável conforme a posição e o deslocamento do observador, existindo assim o tempo objetivo e o tempo subjetivo. A mesma paisagem pode parecer diferente para observadores diversos, como para o pedestre, o condutor e o aviador. A partir de então, não existem verdades absolutas, o que só poderia existir pela soma de todas as verdades relativas⁸⁹⁶.

Com efeito, as ponderações também são variáveis e plausíveis, dependendo da posição do observador. Adotamos, então, a posição e o olhar do oprimido, como Benjamin e Kafka.

Dáí importa lembrar a crítica de Habermas à ideologia da legitimação tecnocientífica. Em sua censura ao positivismo, dá conta de que o tecnicismo nada mais é do que uma ideologia que tenta, a qualquer preço, impor o conhecimento técnico e a ilusão objetiva das ciências⁸⁹⁷.

Nas sociedades capitalistas industriais avançadas, o modo de dominação tende a perder o cariz explorador e opressivo e a ganhar cores de racionalidade, sem com isso acabar com a dominação. Para Habermas, a racionalidade da técnica e da ciência já é, por si mesma, uma manipulação e uma dominação que passam a garantir, de forma mais concreta, a legitimação do poder político. Mudaram as relações entre sistema econômico e sistema de dominação. Agora, a basilar força produtiva está na ciência e na tecnologia, de forma que a ideologia que transforma a tecnologia em fetiche é mais

⁸⁹⁶ LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 90-92.

⁸⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência enquanto ideologia*. In: Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1980.

atraente que as antigas ideologias, pois não só justifica a dominação parcial de uma classe e a necessidade parcial de emancipação de outra, como também atinge o interesse emancipatório da espécie humana⁸⁹⁸.

Por sua vez, a representação que temos do Estado, designadamente no processo penal, é de um Estado opressor⁸⁹⁹, que não raro transforma o processo – garantia fundamental – em uma realidade kafkiana. O Estado (ou o poder) protagonizou as maiores barbáries da história da humanidade. Para não irmos muito longe, lembramos de que queimou cristãos, depois converteu judeus em cristãos novos. Impôs a escravidão, a inquisição e declarou inúmeras guerras. Por ele, conhecemos o nazismo, o fascismo, o totalitarismo stalinista etc. etc.etc.

Seria a este Estado a quem entregaríamos o último dos territórios indevassáveis - o corpo?

Este mesmo Estado tem o poder de decidir e limitar, com legitimação constitucional, a liberdade e as comunicações, e assistimos, não com pouca frequência, aos abusos nestes domínios. Os Estados Unidos, país da liberdade (retoricamente) têm absurda população carcerária. No Brasil, prende-se com facilidade e, para soltar, recentemente o Conselho Nacional de Justiça tem capitaneado mutirões carcerários a fim de restabelecer a liberdade, tamanha a demanda. Portugal, segundo dados de 2003, entre os 44 países da Europa, registra elevados níveis de presos, ocupando o 17º lugar no que respeita à taxa da prisão preventiva em face da população nacional, sem olvidar uma sobrelotação carcerária de 112%⁹⁰⁰.

⁸⁹⁸ WOLKMER, *Ideologia...* Op. cit., p. 109-111.

⁸⁹⁹ Para Nietzsche, onde termina o Estado começa o homem. “O Estado é onde todos bebem veneno, os bons e os maus; onde todos se perdem a si mesmos, os bons e os maus; onde o lento suicídio de todos se chama a vida” (NIETZSCHE, Friedrich. *Assim Falou Zaratustra*. Tradução de Mário da Silva. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003). Luísa Neto traz a questão posta por Régner: “... o Estado, este monstro frio ou guardião da nossa vida civilizada de que fala Nietzsche, tem poderes de coacção e coerção, será que tem também um direito de vida e de morte? Não será o Estado o assassino a temer mais?”. (NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo (A relevância da Vontade na Configuração do seu Regime)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 844).

⁹⁰⁰ ROCHA, João Luís de Moraes. *Ordem Pública e Liberdade Individual. Um estudo sobre a prisão preventiva*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 187.

Não são poucos os abusos em matéria de prisão, levando-se a sustentar, na perspectiva jurídica, a inadmissibilidade da prisão preventiva⁹⁰¹ por ser mesmo imoral⁹⁰², sendo indiscutível o abismo entre sua previsão geral e sua aplicação nos casos concretos⁹⁰³.

Quanto às escutas telefônicas, as experiências luso-brasileiras não estão imunes à censura constitucional. No Brasil, instalou-se até uma Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar abusos nesta seara, e o Conselho Nacional de Justiça baixou resolução regulando o tema na tentativa de minimizar abusos. Em Portugal, a doutrina dá conta de que, em matéria de escuta telefônica, passou-se da excepcionalidade à vulgaridade⁹⁰⁴.

Como conviver com os abusos, que certamente adviriam, no campo das intervenções corporais, sem com isso retroceder aos tempos em que a tortura era meio “legítimo” e “científico” de se buscar a verdade?

Advoga-se que a questão afeta à proibição de provas resulta do conflito estruturante entre Estado e indivíduo, e que, resolvível no seio de um Estado de direito⁹⁰⁵, não se tolera a persecução penal à custa da subvalorização e compressão da liberdade⁹⁰⁶; diríamos nós, com maior razão, essa persecução não poderá ocorrer à custa da inviolabilidade corporal.

Na doutrina, indica-se uma tipologia ideológica no campo político, afirmando-se a existência de tendências liberais ou progressistas, posições entre o individualismo e o coletivismo, bem como direita e esquerda, caso último este em se evidencia a manutenção ou modificação de uma ordem vigente. De tudo isso é possível extraírem-se posições antagônicas, distintas e bem caracterizadas. Wolkmer⁹⁰⁷ agrupa estas diversas

⁹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁹⁰² CARRARA, Francesco. *Immoralità del cárcere preventivo. Opuscoli di diritto criminale*, IV, Lucca: Giusti, 1874.

⁹⁰³ ROCHA, *Ordem...* Op. cit., p. 184.

⁹⁰⁴ VALENTE, Manuel Monteiro. *Escutas Telefônicas. Da Excepcionalidade à Vulgaridade*. Coimbra: Almedina, 2004.

⁹⁰⁵ ANDRADE, *Sobre as...* Op. cit. p. 66.

⁹⁰⁶ NETO, *O Direito...* Op. cit., p. 396.

⁹⁰⁷ WOLKMER, *Ideologia...* Op. cit., p. 116-147.

tipologias nas seguintes ideologias: a) a do liberalismo; b) a do socialismo; c) a do nacionalismo; b) a do totalitarismo. Interessa-nos contrapor o liberalismo ao totalitarismo, neste último, precisamente sua vertente atenuada que é o autoritarismo.

Ensina Wolkmer⁹⁰⁸ que o liberalismo apresenta três núcleos: o moral, o econômico e o político. O primeiro assenta-se na afirmação de valores básicos atribuíveis à natureza moral e racional dos homens, de onde decorrem os princípios da liberdade pessoal e da dignidade, cujas referências teóricas são Rousseau, Bentham e Stuart Mill.

O núcleo econômico relaciona-se precipuamente aos direitos patrimoniais, destacadamente a propriedade privada, a livre economia, o livre mercado, no que se destacam Adam Smith e David Ricardo.

No núcleo político do liberalismo estão os direitos políticos, como o voto, a participação nas definições do tipo de governo, a separação dos poderes, etc. Seus grandes ideólogos são John Locke e Montesquieu.

Embora sejam distintas, a ideia de liberalismo não raro está associada à Democracia. Não custa lembrar, todavia, tratar-se de coisas diversas. Para ilustrar, o voto universal não é essencial para o liberalismo, cujo direito ao voto pode estar condicionado à renda; entretanto, sua universalidade é inerente à democracia. Não obstante, é inegável que a democracia, como ideologia, tem fortes vinculações com o liberalismo.

O liberalismo surge como ideologia revolucionária, ligada aos anseios das classes dominadas. Ocorre que a burguesia, ao tomar o poder político e consolidar seu domínio econômico, passa a aplicar apenas os aspectos que lhe interessam da teoria liberal, recusando a distribuição social da riqueza e excluindo a participação popular no governo⁹⁰⁹.

⁹⁰⁸ WOLKMER, *Ideologia...* Op. cit., p.118-120.

⁹⁰⁹ WOLKMER, *Ideologia...* Op. cit., p. 117.

No Brasil, em razão de suas peculiaridades históricas, o liberalismo foi marcado pela retórica discursiva, sendo conservador, elitista, caracterizado por práticas autoritárias, formalistas e ilusórias⁹¹⁰.

O fato é que, em toda parte, o que não exclui a Europa, muito ao contrário, não faltam os que advogam ideologias vinculadas às concepções utilitaristas, que, não raro, adotam traços autoritários; afinal, a cultura jurídica autoritária é uma construção secular, senão milenar⁹¹¹. Há, por exemplo, quem sustente, em matéria de provas proibidas, a sua admissibilidade sem restrições, pois *os fatos não guardam relação com a moralidade e sim com a verdade* (Munõz Sabaté), ou, ainda, *que basta a sanção para a violação das regras quanta à obtenção das provas* (Quintano Ripollés)⁹¹².

O autoritarismo é uma vertente atenuada do totalitarismo; este pretende a formação de uma ideologia oficial, afetando todos os aspectos da vida social, como a política, a religião, a família, etc.; para tanto, objetiva a participação dos cidadãos. Já o autoritarismo se contenta com a obediência passiva dos cidadãos e com que estes não se oponham ao governo⁹¹³. O terror totalitário – ou na expressão de Arendt, *a corrente subterrânea da história universal* – é um risco sempre presente, e ele busca comprimir o homem em uma unidade, suprimindo toda possibilidade de ação e eliminando o espaço entre os homens; representa, em resumo, o fim da política⁹¹⁴.

O campo de concentração foi a expressão máxima do totalitarismo, do que se extrai a expressão de Arendt de que “tudo é possível, por mais incrível que pareça”⁹¹⁵. A explicação a tais perplexidades reside no discurso e na propaganda sobre a necessidade de se produzir mais vida, vida pura, superior, e o advento desses saudáveis

⁹¹⁰ WOLKMER, *Ideologia...* Op. cit., p. 124.

⁹¹¹ Ferrajoli alerta para o fato de que se por um lado a legalidade penal e processual não remonta mais de dois séculos, suas lesões e refutações são oriundas de uma tradição autoritária muito antiga e ininterrupta (FERRAJOLI, *Direito...* Op. cit. p. 35).

⁹¹² NETO, *O Direito...* Op. cit., p. 399.

⁹¹³ WOLKMER, *Ideologia...* Op. cit., p. 141.

⁹¹⁴ CORREIA, Adriano. *Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007, p. 28 e 37.

⁹¹⁵ CORREIA, *Hannah...* Op. cit., p. 36.

“interesses públicos” possuem um preço, assim como a justiça possui um preço, a segurança possui um preço, a verdade possui um preço etc.⁹¹⁶

Ocorre que a justiça é um ideal sempre perseguido, mas, em absoluto, inatingível, dada a limitação decorrente da própria natureza humana⁹¹⁷. Os interesses de diferentes indivíduos são muitas vezes conflitantes e não podem ser ao mesmo tempo satisfeitos; portanto, as satisfações não maximizarão os interesses. Disso decorre rejeitar teorias utilitaristas puras, teorias que pretendem apontar como as decisões devem ser tomadas na concepção do bem humano. Em contraponto, o igualitarismo defende que o bem estar humano deve ser perseguido dentro dos limites da igualdade social e econômica. Nestas correntes não há neutralidade: o utilitarismo representa valor de segunda ordem, a utilidade favorecendo a maximização do bem estar, e a igualdade favorecendo a sua igual promoção⁹¹⁸.

Embora não concebamos o liberalismo no sentido econômico, no campo moral e político estamos ideologicamente afinados com ele, como sinalizamos no prólogo. Aliás, a razão pela qual rechaçamos a vertente econômica é a consequente imposição de um Estado mínimo, pois o Estado esvaziado de suas funções agiganta o Estado penitencial, que é opressivo e incompatível com a liberdade. Na verdade, o incremento da liberdade para o mercado e para o capital importa um custo alto pago pelos oprimidos e pelos vencidos, através dos programas de criminalização da pobreza que nos anuncia Wacquant⁹¹⁹.

Ideologicamente, alinhamo-nos também com o pensamento democrático como forma de encarar o processo. Como assinalamos, na escola democrática, fundada na justiça distributiva, na igualdade de direitos, a liberdade não é apenas método, mas é

⁹¹⁶ Uma das grandes contribuições de Hannah Arendt foi a contestação de que indivíduos comuns, banais, cumpridores de seus deveres, mas distanciados da realidade e incapazes de reflexão não são inofensivos. Constatou ela estes são capazes dos grandes males e que “podem gerar mais devastação do que todos os maus instintos juntos”

⁹¹⁷ CASANOVA, J. F. Salazar. *Princípio dispositivo e poderes de cognição do tribunal*. In Scientia Iuridica, Universidade do Minho, 1991/jan/dez, vol. 229/239, p. 109.

⁹¹⁸ NETO, O. *O Direito...* Op. cit., p. 877-878.

⁹¹⁹ WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: ICC e Freitas Bastos, 2001.

também substância, ou seja, a liberdade é um fim, conforme a filosofia do século XVIII⁹²⁰.

A perspectiva democrática associa liberdade à igualdade⁹²¹, pois, como afirma De Sanctis, onde existe desigualdade, a liberdade pode até estar escrita nas leis ou em estatutos, mas não estará escrita na realidade (De Sanctis⁹²² *apud* Bobbio, 1997).

Como registramos, o liberalismo, considerado como estado mínimo, gera, em contrapartida, um Estado penal, senão máximo, sobremaneira agigantado, destinado a conter as carências sociais e a controlar os sintomas das profundas desigualdades. Portanto, vinculamo-nos à ideologia que inspirou a Revolução Francesa - igualdade, liberdade e fraternidade -, de forma que não podemos ver com bons olhos a possibilidade de o Estado intervir no corpo sem o consentimento do indivíduo.

Não é a proposta utilitarista que orienta nossa perspectiva, que, ao contrário, é inspirada, ideologicamente, nas correntes críticas⁹²³ do direito, do Estado e da sociedade. Uma perspectiva fundada numa visão na qual a democracia – onde se inserem os direitos fundamentais - e a liberdade não sejam fórmulas retóricas ou sofismas, isto é, uma visão na qual haja a efetividade desses valores. Portanto, uma visão na qual não há espaço para a admissão das intervenções corporais não consentidas, principalmente através de coação física.

Estas são nossas razões ideológicas, isto é, nossa visão social do mundo. Cumpre esclarecer em que medida isto influencia ou relaciona-se com o direito.

Para tanto, cabe indagar até que ponto é possível uma investigação científica rigidamente isenta de interesses, necessidades e condições reais de um dado momento

⁹²⁰ BOBBIO, *Liberalismo...* Op. cit., p. 89.

⁹²¹ No que pertence à ideologia democrática, ela é louvada e criticada por diversos segmentos. Não obstante, observa Bobbio que *toda democracia, mesmo em formas limitadas, é um passo para a conquista de um modelo de socialismo democrático*. (In WOLKMER, *Ideologia...* Op. cit., p. 122).

⁹²² DE SANCTIS, Francesco. *Mazzini e la Scuola Democratica*. Turim: Einaudi, 1951, p. 6.

⁹²³ “Nesse primeiro sentido, o ponto de vista crítico é aquele que vê o que existe da perspectiva do novo que ainda não nasceu, mas que se encontra em germe no próprio existente. (...) Eis o segundo sentido fundamental da crítica: um ponto de vista capaz de apontar e analisar os obstáculos a serem superados para que as potencialidades melhores presentes no existente possam se realizar. Sendo assim, a *teoria* crítica não pode se confirmar senão na *prática* transformadora das relações sociais vigentes” (NOBRE... Op. cit., p. 10-11).

político-social? Diante das inúmeras, e contraditórias, concepções jurídicas do mundo, é possível a construção, objetiva, isenta e neutra da Ciência Jurídica? Parece-nos que a razão está com Wolkmer, isto é, *a neutralidade normativa de uma Ciência “pura” do Direito não resiste mais a sua ideologização*. O direito, como ciência dogmática, torna-se também ideologia de ocultação, ou seja, ilusória e de dominação. Toda atividade jurídica é uma prática ideológica⁹²⁴.

Reconhecer isso nos permite melhor compreender as coisas, nossa posição neste cenário e uma tomada de posição não ingênua. É saber se estamos a serviço da ideologia dominante, ou da ideologia dos oprimidos, ou se somos tão somente, massa⁹²⁵, e por consequência, a serviço dos primeiros.

5.2 As razões filosóficas para inadmitir as intervenções corporais não consentidas

Para dizer o que seria filosofia, Deleuze afirmou que tal questão deveria ser respondida no crepúsculo da vida, com a singular soberania que este momento oferece. Deleuze insinua estar em causa, nas questões filosóficas, a determinação de uma filosofia; portanto, só no fim do caminho é que se pode responder de modo definitivo,

⁹²⁴ WOLKMER, *Ideologia...* Op. cit., p.151-152.

⁹²⁵ O termo massa aplica-se a pessoas, geralmente marcada pelo elevado número e pela indiferença, que não se vêem integradas em qualquer organização. Formam a maioria de um grande número de pessoas “neutras” e politicamente indiferentes. (ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 361). Hannah Arendt constatou que o desapego das massas e a sua distância da realidade formam o ingrediente básico de um novo tipo de criminoso, e estes “podem gerar mais devastação do que todos os maus instintos juntos”. Uma das grandes contribuições desta autora foi a constatação de que um indivíduo comum, banal, cumpridor de seus deveres, mas distanciado da realidade e incapaz de reflexão não é inofensivo, ou seja, o perpetrador do mal não é diferente de suas vítimas. (CORREIA, *Hannah...* Op. cit., p. 52). Afirma a autora: “Não é um boêmio, como Göbbels, nem um criminoso sexual como Streicher, nem um fanático pervertido como Hitler, nem um aventureiro como Göring. Ele é um “burguês”, com toda a aparência de respeitabilidade, todos os hábitos de um bom *pai de família*, que não trai sua esposa e busca ansiosamente assegurar um futuro decente para seus filhos, e ele construiu conscientemente sua novíssima organização do terror, cobrindo todo o país, pressupondo que a maioria das pessoas não é constituída nem de boêmios nem de fanáticos, nem de aventureiros nem de maníacos sexuais, nem de sádicos, mas antes de tudo de empregados e bons pais de famílias (ARENDT, Annah. *Essays in understanding - 1930-1954*, Nova York, Harcourt Brace & Co., p. 1994. p. 128, *apud* Correia 2007). O totalitarismo e o autoritarismo são construídos a partir de homens bem intencionados que acreditam em sua neutra vida social, neutra atuação profissional, neutra interpretação e aplicação do direito, neutra investigação jurídico-científica.

isto é, dizer o que é filosofia significa dizer o que é que se andou a fazer toda a vida⁹²⁶. A filosofia cuida da evolução do pensamento desde as suas primeiras manifestações⁹²⁷.

Não menos fácil que ideologia, o significado de filosofia também é ambíguo, para não dizer polissêmico, pois a filosofia se caracteriza pela variedade das suas genealogias e pela diversidade dos seus problemas⁹²⁸. Em grego, filosofia significa “amor pela sabedoria”. Não obstante, *Sophia* em grego significa “ciência”, “conhecimento teórico ou especulativo”, e “ética”, busca moderada da felicidade. Os gregos parecem crer que a felicidade seria decorrência do conhecimento; todavia, a ambiguidade parece viva quando lembramos Sócrates, impassível, bebendo cicuta, e Tales, caindo num poço quando contemplava o céu⁹²⁹.

Buscando um sentido mais comum, a filosofia é um discurso racional que procura responder, através de argumentos, a um problema exposto explicitamente⁹³⁰. Desta forma, o “milagre grego” não é o nascimento da razão, que é próprio do humano, mas o advento do discurso filosófico que erige a racionalidade como meio, norma e critério de verdade⁹³¹.

Na sociedade atual, a eficiência dos avanços científicos pode fazer-se acompanhar de grandes riscos aos princípios do direito⁹³². Os desenvolvimentos imprevistos da ciência fazem, na atualidade, urgente apelo à reflexão filosófica. A filosofia deixa de ser uma ciência, e passa a ser vista como uma atitude intelectual, ou seja, um instrumento crítico e uma interrogação sobre o sentido e o valor da condição humana⁹³³.

⁹²⁶ CARRILHO, Manuel Maria. *Filosofia*. Lisboa: Difusão Cultural, 1994, p. 101.

⁹²⁷ ALVES, Manuel dos Santos. *História da Filosofia*. Porto: Porto Editora, 1989, p. 7.

⁹²⁸ CARRILHO, *Filosofia...* Op. cit., p. 14.

⁹²⁹ CLÉMENT *Et al. Dicionário...* Op. cit., p.152.

⁹³⁰ Neste passo, aproximamo-nos do pragmatismo, pois, nesta altura, a filosofia não deve cuidar de temas a-temporais (verdade, o bem), a racionalidade se desloca da ciência para a cultura, talvez para a satisfação de Rorty, aproximando filósofos de “sonhadores superficiais que propiciam uma esperança pontual, local” ao invés de pensadores profundos que buscam um conhecimento universal (CARRILHO, *Filosofia...* Op. cit., p. 58 e 90).

⁹³¹ CLÉMENT *Et al. Dicionário...* Op. cit., p.152.

⁹³² NETO, *O Direito...* Op. cit., p. 398.

⁹³³ CLÉMENT *Et al. Dicionário...* Op. cit., p.153.

Com esse sentido, socorremo-nos da filosofia para articular argumentos contrários às intervenções corporais não consentidas, e, como aparato instrumental filosófico, adotamos a filosofia política de Agamben e Foucault, conforme demonstrado no prólogo. A partir da percepção da existência de uma biopolítica e de uma vida nua que se inscreve nas decisões políticas, é possível formular uma crítica às intervenções corporais a partir das noções de biopoder e da biopolítica.

Afirma-se que há certo consenso na teoria política, mesmo entre a esquerda e a direita, no sentido de que *a violência é tão somente a mais flagrante manifestação do poder*, isto é, a política seria uma luta pelo poder, e a violência, sua forma básica. O poder, segundo Voltaire, consiste *em fazer com que os outros ajam conforme eu escolho*, ou, para Weber, *afirmar minha própria vontade contra a resistência do outros*. Essas premissas são muito compatíveis com a concepção do poder absoluto, e, realmente, nada é mais comum do que a combinação de violência e poder, nada é menos frequente do que encontrá-los em sua forma pura e extrema, mas tal fato não quer dizer que autoridade, poder e violência sejam a mesma coisa⁹³⁴.

O poder corresponde à habilidade humana para agir, precipuamente pertencente a um grupo; ele não precisa de justificação, pois é inerente à existência da comunidade política, necessitando, porém, de legitimidade. Legitimidade e justificação não se confundem: diz-se que a primeira ampara-se a si mesma em um apelo ao passado, enquanto a justificação apela a um fim que se encontra no futuro⁹³⁵.

A violência, por sua vez, é instrumental, é dependente da diretriz e da justificação pelos seus fins colimados. A violência pode até ser justificada, mas nunca é legítima. Além disso, a justificativa perde em aceitação proporcionalmente à distância do fim almejado⁹³⁶. Não é por outra razão que o direito penal admite a legítima defesa quando a agressão é atual ou iminente⁹³⁷.

⁹³⁴ ARENDT, Hannah. *Sobre a Violência*. Tradução Celso Lafer. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p. 31-38.

⁹³⁵ ARENDT, *Sobre...* Op. cit., p. 36-41.

⁹³⁶ ARENDT, *Sobre...* Op. cit., p. 40-41.

⁹³⁷ Art. 25 do Código Penal Brasileiro e art. 32 do Código Penal de Portugal. Na doutrina sustenta-se que: “Só é admissível legítima defesa contra agressões actuais. A agressão será actual quando é *iminente*, já se iniciou ou ainda persiste. (...) A agressão é **iminente** quando o bem jurídico se encontrar já

O poder e a violência, usualmente, aparecem juntos, embora sejam distintos: é digno de nota o fato de que o poder é o fator primário e preponderante; já a violência é absolutamente incapaz de criar o poder. Por outro lado, como adverte McIver (McIver⁹³⁸ *apud* Arendt, 2001), *o poder coercitivo é um critério do Estado, mas não a sua essência*.

Eduardo Maia Costa⁹³⁹, analisando as intervenções humanitárias na Iugoslávia e demonstrando que o discurso em defesa dos direitos humanos acabou por justificar uma arbitrária e ineficiente intervenção, faz importante apelo por uma ordem internacional fundada no direito, e não na força. Nesta linha, diante do fato de que a violência é um critério, e não um elemento essencial do poder - de nossa parte, desejamos um poder fundado, como manda a Constituição, na dignidade humana e nos direitos fundamentais, e não um poder esteado na violência, repudiando-se também a verdade fulcrada na violência.

Como se viu sobejamente no prólogo busca-se justificar a violência em razão de elevados fins, como a vida, a longevidade, a saúde, o interesse comum, a descoberta da verdade, a segurança, etc. O Estado atualmente exerce um biopoder e uma biopolítica: o corpo e a vida estão na centralidade das decisões políticas.

Poderíamos chamar de um resumo grosseiro da filosofia afirmada por Agamben a constatação de que a violência não se legitima pelos seus fins; estes é que estão relacionados com os meios. Não podemos concordar com o argumento de que é preciso garantir “interesses comunitários”, “outros valores constitucionalmente protegidos”, pesa intervir no corpo. Não podemos, ao incluir uma pessoa humana na categoria de imputado, arguido, despi-lo da proteção dos direitos fundamentais, gerando uma vida nua.

imediatamente ameaçado” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, texto original da 2ª edição portuguesa, 1ª edição brasileira, 2007, p. 411).

⁹³⁸ *The Modern State*, Londres, 1926, 222-225.

⁹³⁹ COSTA, Eduardo Maia. *Por uma ordem internacional fundada no direito e não na força*. In Revista do Ministério Público. Ano 20º, abril-junho, 1999, nº 78, p. 7-9

Walter Benjamin, em sua crítica da violência⁹⁴⁰, parte das relações entre direito e justiça. A relação elementar de qualquer ordem jurídica se dá entre meios e fins, e a violência se situa entre os meios, já que não pode ser um fim em si mesma. Em sua crítica, ele pretende suspender as relações entre meios e fins e analisar a violência sem levar em conta os seus fins. Há correntes, na filosofia do direito, que não vêem problema na utilização de meios violentos para alcançar fins justos. Outras entendem os meios apenas a partir de sua legalidade. O fato é que nem todo direito é justo, e nem toda justiça é fundada na legalidade.

Por ocasião do prólogo, tivemos oportunidade de refletir sobre a teoria da justiça e constatamos a dificuldade de se chegar a um consenso sobre o que é justiça. Tendo em conta a perspectiva relativa do conceito de justiça, bem ilustrada por Kelsen⁹⁴¹, temos um forte argumento para afirmar que o emprego da violência, para se obter um fim justo, deve ser visto com muita moderação e desconfiança, já que o que pode ser justo para um pode ser injusto para outro, dependendo da concepção de justiça que se adote. Por não sabermos ao certo o que é justiça, não podemos impô-la com violência, sem uma cautela, uma reflexão, sem uma desconfiança redobrada em relação a nossas próprias convicções.

A reflexão filosófica proposta nos leva a indagar sobre a condição humana no contexto da biopolítica, e se queremos legitimar o Estado a intervir no corpo humano, através da violência, da coação física (meios) para a obtenção da verdade e da “segurança” (fins). Na filosofia de Kant, o ser humano, em razão de sua dignidade, é visto como fim em si mesmo, e, portanto, a dignidade repudia qualquer coisificação ou instrumentalização do ser humano⁹⁴². Assim a resposta à indagação proposta deve ser negativa.

⁹⁴⁰ BENJAMIN, Walter. *Crítica da violência/Crítica do Poder*. Tradução de Willi Bolle. In: *Documentos de cultura/Documentos de Barbárie: escritos escolhidos*. São Paulo: Cultrix, Edusp, 1986.

⁹⁴¹ KELSEN, Hans. *O que é justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁹⁴² KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

5.3 As razões jurídicas para inadmitir as intervenções corporais não consentidas e as consequências da recusa à submissão.

Nesta altura, apresentaremos as objeções às intervenções corporais não consentidas, articulando argumentos de ordem jurídica, bem como apresentaremos apontamentos sobre as consequências da recusa à submissão à intervenção.

Para tanto, apresentaremos os argumentos organizados em três tópicos, a saber: na teoria geral do direito; na teoria do processo penal; e nos direitos fundamentais. Nestas ocasiões, abordaremos o tema de forma geral, para, ao final, apreciar algumas questões específicas.

5.3.1 A Teoria do Direito na perspectiva do garantismo

Um dos grandes problemas do ordenamento jurídico não está propriamente em seu reconhecimento, e, sim, na sua efetividade⁹⁴³. De nada adianta a consagração de direitos, se estes não saírem da esfera da retórica, da proclamação, para integrarem a realidade das relações sociais, condicionando-as.

Neste ponto, adotamos como moldura teórica o garantismo. Não obstante tenha ele nascido em um sentido estrito de “garantismo penal”, no seio da cultura jurídica italiana de esquerda, atualmente ganhou uma dimensão alargada, configurando-se mesmo como uma teoria geral do direito⁹⁴⁴.

Esta teoria pretende-se firmar como paradigma para todo o campo de direitos subjetivos, sejam patrimoniais ou fundamentais, bem como para os poderes, públicos, estatais ou internacionais. Sua preocupação é afastar o perigo da violação dos direitos, exprimindo uma desconfiança na espontânea satisfação e respeito aos direitos, principalmente os direitos fundamentais. Neste aspecto, o garantismo está em oposição às concepções das relações económicas, políticas, as relações de direito público e

⁹⁴³ E aqui recordamos, mais uma vez, a frase do romance *O Processo*, quando o autor nos conta que, ainda que K. vivesse em um Estado Constitucional de Direito, inexplicavelmente, teve sua casa invadida, e o levaram preso, não obstante estarem todas as leis em vigor.

⁹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Garantias*. In Revista do Ministério Público, ano 22º, Janeiro-março, 2001, nº 85, p. 8-9.

privado, que se assentam na ilusão de um “poder bom”, ou no espontâneo respeito ao direito⁹⁴⁵.

A teoria do garantismo defende a conformação do Estado real ao modelo ideal, obra dos valores ético-políticos e de justiça, incorporados pelo direito positivo, tais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, os direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, bem como as garantias desses direitos fundamentais⁹⁴⁶.

O garantismo jurídico esteia-se assim, na tradição iluminista, articulando mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano, que sofre as influências dos acontecimentos históricos, notadamente, o “levante neoliberal”, que põe em risco as garantias individuais. Esta limitação ao poder não se dá apenas em relação ao Executivo, mas a todas as funções estatais, destacando-se a limitação ao Legislativo, vinculado que está aos direitos fundamentais, e limitado, de forma que nem mesmo a vontade da maioria pode negar ou violar os direitos fundamentais⁹⁴⁷.

O termo garantia sempre esteve associado às técnicas normativas de tutela de direitos subjetivos, cujas classes mais conhecidas são as garantias reais (penhor e hipoteca) e garantias pessoais (aval e fiança). A introdução do significado de “garantias” e do seu neologismo “garantismo”, como técnicas de tutela dos direitos fundamentais, é recente. Mas, para, além disso, para se falar de técnicas para a efetividade e satisfação de direitos, é possível reconhecer o *garantismo patrimonial*, associado à tutela da propriedade e de outros direitos patrimoniais; *garantismo liberal ou penal*, designando as técnicas consagradas para defesa dos direitos de liberdade; *garantismo social*, como o conjunto de garantias para satisfazer os direitos sociais, como saúde, educação, trabalho, etc.; *garantismo internacional*, para a tutela dos direitos humanos previstos em declarações e documentos internacionais. Assim, fala-se em garantismo para definir o conjunto das limitações e obrigações impostas *a todos os poderes – públicos e privados, políticos (ou de maioria) e econômicos (ou do mercado)*,

⁹⁴⁵ FERRAJOLI, *Garantias...* Op. cit., p. 9.

⁹⁴⁶ CASARA, Rubens. *Interpretação Retrospectiva: Sociedade Brasileira e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 87.

⁹⁴⁷ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: A Bricolage de Significantes*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 86-87.

*em nível nacional e em nível internacional – com vista a tutelar através da sua sujeição à lei e especificamente aos direitos fundamentais por ela estabelecidos, tanto a esfera privada contra os poderes públicos, como a esfera pública contra os poderes privados*⁹⁴⁸.

É precisa a nota de Norberto Bobbio acerca do garantismo, ao afirmar que se trata de um modelo ideal do estado de direito, entendido não só como estado liberal, protetor dos direitos sociais, como também se apresenta como uma teoria do direito que propõe um juspositivismo crítico contraposto ao juspositivismo dogmático, e, por fim, interpretado como uma filosofia política que funda o Estado sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, não prescindindo da efetiva proteção, visto que não basta o reconhecimento dos direitos fundamentais, do que o Estado extrai sua legitimidade e também sua capacidade de renovar-se sem recorrer à violência subversiva⁹⁴⁹.

O garantismo redefine a categoria “garantia”, elevando-a à categoria geral da teoria do direito. Fala-se, assim, em **garantias primárias ou substanciais**, relacionadas às obrigações e proibições afetas aos direitos subjetivos; e **garantias secundárias ou jurisdicionais**, relativas às obrigações deferidas aos órgãos judiciais para aplicarem sanções ou declararem nulidades, quando detectados atos lesivos aos direitos subjetivos. Por consequência, as normas assim também se classificam, bem como a sua efetividade; daí falar-se em efetividade primária e efetividade secundária. Entende-se, assim, que o garantismo dos direitos fundamentais está intimamente ligado à história, teoria e prática do constitucionalismo⁹⁵⁰.

No Estado constitucional, a supremacia do legislativo desaparece, pois agora a rigidez da Constituição e dos direitos fundamentais, nela consagrados, é um limitador que cria uma *esfera indecível*, ou seja, aspectos sobre que nenhuma maioria pode decidir. Agora, a validade das leis só ocorre quando o seu conteúdo coincide com os princípios constitucionais, e, portanto, a jurisdição está imbuída de uma função crítica: a de aferir a validade constitucional das normas. A democracia, na perspectiva do

⁹⁴⁸ FERRAJOLI, *Garantias...* Op. cit., p. 9.

⁹⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Prólogo*. In: FERRAJOLI, L. *El Derecho como Sistema de Garantías*. Madrid: Trotta, 1999, p.16.

⁹⁵⁰ FERRAJOLI, *Garantias...* Op. cit., p. 10-11.

garantismo, ganha uma dimensão substancial através das proibições e obrigações impostas pela Constituição, pelas garantias primárias dos direitos fundamentais. Daí resulta a democracia constitucional, modelo que se contrapõe à democracia liberal, que acabou por convergir em uma forma de absolutismo, o absolutismo da maioria, dos mercados, dos poderes políticos e econômicos, o que, ao final, representa ameaça às liberdades⁹⁵¹.

A par deste quadro, as limitações ou restrições aos direitos fundamentais não estabelecidas de forma muito clara pela própria Constituição encontram dificuldades de ser admissíveis. O problema das intervenções corporais vai além da mera necessidade de sua previsão legal, mas deve ser analisado sob o ponto de vista de sua viabilidade constitucional.

Outra diretriz importante do garantismo refere-se ao impacto das garantias processuais, como o contraditório, igualdade de armas, presunção de inocência, etc., sobre a verdade processual, que será sempre probabilística da verdade factual⁹⁵², uma verdade relativa, mínima. Em outras palavras, na perspectiva do garantismo, a verdade perseguida pelo processo encontra eco na verdade aproximação, e não na verdade correspondência⁹⁵³. Desta forma, ao abraçarmos o garantismo como teoria do direito, renunciamos à verdade máxima, de cariz inquisitorial, cuja satisfação desta “vontade de verdade”, na expressão de Nietzsche, muitas vezes não ocorrerá sem recorrer-se às intervenções corporais, e, para tanto, recorrer-se-ia a elas ainda que necessário fosse o emprego da força física. Por outro lado, a verdade mínima recomendada pela teoria do garantismo e pela democracia constitucional, que limita a vontade majoritária, pode prescindir do recurso a violência para a obtenção da verdade.

Não obstante, assistimos a uma crise na justiça penal, cuja responsabilidade pode ser tributada tanto ao Legislativo como ao Judiciário, “associados” por uma insensibilidade em relação às garantias e submissos às raízes da exceção e da emergência, em razão do desejo de combater, inicialmente terroristas, depois, mafiosos,

⁹⁵¹ FERRAJOLI, *Garantias...* Op. cit., p. 12-14.

⁹⁵² FERRAJOLI, *Garantias...* Op. cit., p. 15-16.

⁹⁵³ FERRAJOLI, *Direito...* Op. cit., p. 38-42, 434 e 440.

camorristas⁹⁵⁴, e por que não? Traficantes, imigrantes, e tantos outros inimigos públicos que ainda advirão.

Assim, podemos identificar as falhas do Estado e reconhecer que elas são próprias do real, decorrem da contradição entre os ideais que procuramos realizar e aquilo que efetivamente se realiza⁹⁵⁵.

O abismo existente entre lei e realidade, entre direitos solene e constitucionalmente proclamados e a desoladora ausência de efetiva proteção, é um abismo contrário ao próprio direito positivo vigente, e tributável, não a dificuldades técnicas, mas, sim, a permanente indisponibilidade do poder para suportar os custos dos limites, das regras, do controle, ou seja, da recusa do poder em ser limitado, controlado⁹⁵⁶.

Portanto, a garantia jurídica, ou garantia da própria justiça, deve transmutar-se em reivindicação, e não manter-se como mera memória metafísica. Desta forma, a justiça tente a se expressar mais como um desafio cultural do que se realizar como mero reflexo da atuação do Poder Judiciário. Não basta o aparato legal sem a essencial vontade, ânsia, desejo de concretizar o Estado de Direito e a justiça⁹⁵⁷.

Os direitos fundamentais afirmaram-se como lei dos mais fracos, quando a opressão ou a discriminação se tornaram intoleráveis. Urge, então, uma reafirmação de tais direitos. Apenas um processo penal depurado da herança da legislação de emergência pode oferecer credibilidade à magistratura em seu papel de controle sobre as ilegalidades do poder. É papel de o judiciário garantir segurança perante punições arbitrárias, segurança dos direitos fundamentais. Através do garantismo, e da própria Declaração Universal de 1948, reconhecemos um nexos indissolúvel entre as garantias dos direitos fundamentais de todos os seres humanos e a paz no mundo⁹⁵⁸.

⁹⁵⁴ FERRAJOLI, *Garantias...* Op. cit., p. 18.

⁹⁵⁵ CORREIA, Heloisa Helena Siqueira. *O processo de Kafka: memória e fantasmagorias do Estado de Direito*. In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5130>, capturado em 11/01/2010.

⁹⁵⁶ FERRAJOLI, *Garantias...* Op. cit., p. 24.

⁹⁵⁷ CORREIA, *O Processo...* Op. cit.

⁹⁵⁸ FERRAJOLI, *Garantias...* Op. cit., p. 17-24.

Com efeito, não será a busca desmedida da verdade, nem o combate à violência que nos trarão a almejada paz e segurança, e, sim, a efetiva tutela do homem. A par disso, não há como interpretar o direito de forma que seja possível admitir as intervenções corporais não consentidas, com emprego de força física.

O direito não é um *quantum* de ideal decorrente do Estado justo, mas, sim, a resultante das contradições, dos embates políticos e das lutas sociais. Por sua vez, a liberdade do homem apenas existe na medida em que ele se assume como intérprete, como protagonista, como sujeito de sua própria história. Do contrário, corre o risco de apenas ser interpretado e se tornar joguete no interior de um jogo violento, parcelar e dicotômico das interpretações⁹⁵⁹.

Esta será a concepção que adotaremos ao examinar o processo e os direitos fundamentais.

5.3.2. Teoria do Processo Penal

Em nossa dissertação de mestrado, investigamos a influência da violência urbana sobre o processo penal brasileiro. Na ocasião, sustentamos posição, da qual não nos afastamos no sentido de que a aplicação, interpretação e criação do processo penal têm sido influenciadas pelo fator violência, o que gera uma miopia dos atores do direito em relação ao modelo constitucional garantista. O lastimável resultado é a aproximação que se faz - quando da criação, aplicação e interpretação do processo penal - das escolas técnico-jurídicas e das correntes de política criminal voltadas à defesa social⁹⁶⁰.

Embora nossa investigação tenha tido por foco o processo penal no Brasil, suas conclusões são admissíveis no contexto mundial, ainda que para tanto alarguemos a visão para além da violência urbana, incluindo o terrorismo e outras formas de

⁹⁵⁹ CORREIA, *O Processo...* Op. cit.

⁹⁶⁰ NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: violência, cidade e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 149.

violência. Para ilustrar, basta lançarmos um olhar sobre a legislação advinda nos Estados Unidos após o episódio do 11 de Setembro⁹⁶¹.

No âmbito europeu, e bem tangente à nossa presente investigação, dignos de exemplo são os julgados das Cortes Constitucionais de Espanha e Portugal, ademais de outros Tribunais, referidos anteriormente, nos quais é possível vislumbrar não só a preocupação com o elevado sentimento de insegurança viária, em razão das vítimas de acidentes causados por condutores alcoolizados, bem como argumento de justificação da interpretação dada a questões afetas à utilização de testes de alcoolemia, seja por ar expirado, seja por extração sanguínea.

Ademais, a doutrina tem sinalizado no sentido de reconhecer esta influência quando afirma a necessidade de que a política criminal se aparte *dos síndromas da política securitária*⁹⁶². Registra-se que discursos dominantes, “do Norte ao Sul, à direita e à esquerda, com algumas exceções”, alegam um excesso de garantias do processo penal e buscam a compressão e restrição progressiva dos direitos fundamentais⁹⁶³.

O quadro europeu, destacadamente influenciado pelo episódio de 11 de março em Madrid, tende a demonstrar que, pela extensão e permanência das leis de exceção, o Estado de Exceção substitui o Estado de Direito, criando um estado de não-direito, de pura violência no domínio jurídico⁹⁶⁴. A professora Anabela Miranda Rodrigues afirma que, atualmente, se vive uma dramatização e politização da violência em grandes proporções⁹⁶⁵. Em Portugal, afirma-se que a subversão dos basilares princípios do processo penal, embora não chegue ao nível do que ocorreu nos Estados Unidos após o 11 de Setembro, é motivo de preocupação e alarmes⁹⁶⁶. Na Alemanha, segundo

⁹⁶¹ Basta citar a *USA Patriot Act*, que autoriza a prisão de todo estrangeiro suspeito de pôr em risco a segurança nacional estadunidense; a *Military Order*, que permite submeter os estrangeiros, suspeitos de terrorismo, presos por tempo indeterminado e sujeitos a jurisdição especial.

⁹⁶² VALENTE, *Escutas...* Op. cit., prefácio.

⁹⁶³ FONSECA, Jorge Carlos. *Reforma do Processo Penal e Criminalidade Organizada*. In: Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais. Maria Fernanda Palma (coordenadora). Coimbra: Almedina, 2004, p. 412.

⁹⁶⁴ SILVA, Germano Marques da. *Novos Desafios do Processo Penal*. In: II Congresso de Processo Penal – Memórias. Manuel Monteiro Guedes Valente (Organizador). Coimbra: Almedina, 2006, p. 301-303.

⁹⁶⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Globalização, Democracia e Crime*. In: II Congresso de Processo Penal – Memórias. Manuel Monteiro Guedes Valente (Organizador). Coimbra: Almedina, 2006, p. 29.

⁹⁶⁶ MEIREIS, Manuel Augusto. “*Homens de Confiança*”. *Será o Caminho?* II Congresso de Processo Penal – Memórias. Manuel Monteiro Guedes Valente (Organizador). Coimbra: Almedina, 2006, p.89-90.

Hassemer, o panorama é de diminuição das garantias e ampliação do direito penal e aumento do poder do Estado⁹⁶⁷.

Assim, temos que resgatar a essência do processo como garantia fundamental. Com razão, destaca Guedes Valente que *falarmos de PROCESSO PENAL é falarmos de nós, da nossa liberdade, dos nossos direitos, liberdades e garantias, da nossa visão e vivência em um Estado de Direito e democrático*⁹⁶⁸. Roxin, por sua vez, alerta que o processo penal é um verdadeiro sismógrafo da Constituição do Estado, pois é exatamente no processo penal, como em nenhum outro ramo, que entram em conflitos os interesses coletivos e os individuais, e, através do processo penal, traça-se o tipo de relação Estado-indivíduo que vige em cada comunidade⁹⁶⁹.

Desta forma, é através por meio do processo penal que podemos verificar se dada sociedade é autoritária ou democrática, como afirma José Souto de Moura⁹⁷⁰, *através da Constituição processual penal o Estado auto-define-se como liberal ou autoritário, e revela o apreço em que tem a pessoa individualmente considerada por contraposição a interesses coletivos*.

O processo penal vive então sob a pressão de duas óticas: uma, que prioriza a garantia; outra, a eficiência. A interpretação sobre a possibilidade das intervenções corporais não consentidas e sobre as consequências da recusa varia em relação ao ponto de vista que se tem do processo, ou seja, uma ótica mais garantista ou efficientista.

De nossa parte, estamos convencidos de que o rumo que se deve tomar é do garantismo, notadamente pelo fracasso que tem demonstrado a lógica securitária no combate à violência. A história está demonstrando que as compressões aos direitos fundamentais, seja através do direito penal, seja do direito processual, destacadamente pela legislação excepcional transmutada em regra, não são, longe disso, o único

⁹⁶⁷ HASSEMER, Winfried. *Processo Penal e Direitos Fundamentais*. In: Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais. Maria Fernanda Palma (coordenadora). Coimbra: Almedina, 2004, p. 19.

⁹⁶⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Introdução*. I Congresso de Processo Penal – Memórias. Manuel Monteiro Guedes Valente (Organizador). Coimbra: Almedina, 2005.

⁹⁶⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Tradução para o espanhol de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 12.

⁹⁷⁰ MOURA, José Souto de. *A Proteção dos Direitos Fundamentais no Processo Penal*. In: I Congresso de Processo Penal – Memórias. Manuel Monteiro Guedes Valente (Organizador). Coimbra: Almedina, 2005, p. 43.

caminho para a busca da almejada segurança. Após esta advertência, Guedes Valente cita Santo Agostinho lembrando que *“a sede de vingança” não pode nos vencer nem nos pode guiar na criação legislativa e na interpretação e na aplicação das disposições processuais castradoras de direitos e liberdades fundamentais*⁹⁷¹.

Maria Leonor Assunção (Assunção⁹⁷² *apud* Valente, 2005) defende que a linha de luta contra a criminalidade resulta praticamente nula, se pautada no endurecimento das normas de direito penal e processo penal, se não for acompanhada de uma radical mudança de atitude por parte dos órgãos estatais, mormente no domínio da investigação e da prevenção.

Por tais razões, estamos convencidos também de que o emprego da violência e a opressão sobre o arguido para a obtenção de provas sobre o seu corpo não se compatibilizam com o cariz do processo penal democrático. Este modelo democrático de processo assenta-se no fato de ser mais uma forma de autolimitação do Estado do que um instrumento destinado à persecução criminal. Enquanto o direito penal tem caráter preponderantemente repressivo, o direito processual penal é comprometido com a liberdade⁹⁷³.

Neste sentido, ensina Ferrajoli, referindo-se à presunção de inocência que ilumina o processo penal democrático, que este princípio de civilidade representa o fruto de uma posição garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado, ***pois o maior interesse do corpo social é que todos os inocentes sejam protegidos***. Citando Lauzé di Peret, afirma Ferrajoli que “Basta ao corpo social que os culpados sejam apenas ***geralmente*** punidos”. (Destaque nosso)⁹⁷⁴.

Por tal razão, concluímos, em nossa dissertação de mestrado, que o objetivo primeiro do processo penal é garantir que nenhum inocente seja punido; o objetivo de

⁹⁷¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Dos Meios de Obtenção de Prova*. In: I Congresso de Processo Penal – Memórias. Manuel Monteiro Guedes Valente (Organizador). Coimbra: Almedina, 2005, p.288.

⁹⁷² ASSUNÇÃO, Maria Leonor. *Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada*. In: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2003, p. 125.

⁹⁷³ JARDIM, Afranio Silva. *Processo Penal. Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 308.

⁹⁷⁴ FERRAJOLI, *Direito...* Op. cit. p. 441.

punir os culpados, embora importante, é secundário⁹⁷⁵. Nesta altura, nosso passo adiante é afirmar que, por isso, num processo penal fundado na democracia, na qual os direitos fundamentais constituem elementos essenciais, não há espaço para intervenções corporais não consentidas e com emprego de força física.

5.3.3 Intervenções corporais não consentidas à luz dos direitos fundamentais

Chegamos ao momento de cotejar as intervenções corporais não consentidas com os direitos fundamentais. Nesta oportunidade, cabe, primeiramente, identificar as intervenções corporais como limitações ou restrições aos direitos fundamentais, e algumas delas, em razão de seu grau de invasividade, como fonte de afetação da dignidade humana.

De início, cabe afirmar que não há norma constitucional que autorize a restrição do direito à inviolabilidade e à integridade corporal, e tampouco dos direitos de defesa, da presunção de inocência ou da garantia contra a autoincriminação. No que se refere à presunção de inocência vale destacar que a própria Constituição cria restrições, ao prever a prisão preventiva (art. 28º da CRP), sem, contudo, deixar ao legislador infraconstitucional espaço para alargar as restrições para além dos limites constitucionais. Desta forma, ao situarmos as intervenções corporais entre as restrições de direitos fundamentais, estamos a falar de restrições não expressamente autorizadas⁹⁷⁶; daí decorrem todos os problemas concernentes aos chamados limites imanentes, ou mesmo da chamada reserva geral imanente de ponderação⁹⁷⁷.

Em seguida, confessamos a nossa preocupação com as restrições de direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, mormente à luz do que dispõe o nº 2 do art. 18º da Constituição Portuguesa⁹⁷⁸. Assim, aflora nossa dificuldade em admitir os chamados limites imanentes, ou a reserva geral imanente de ponderação,

⁹⁷⁵ NICOLITT, *As Subversões...* Op. cit., p. 151.

⁹⁷⁶ Sobre as restrições não expressamente autorizadas: CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 450 e NOVAIS, *As Restrições...* Op. cit.

⁹⁷⁷ NOVAIS, *As Restrições...* Op. cit., p. 573.

⁹⁷⁸ Art. 18º, nº 2 - A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

como formas de restrição dos direitos fundamentais, sem com isso não pôr em causa a segurança dos direitos fundamentais e os princípios do Estado Democrático de Direito.

Nossa preocupação se exacerba quando se alia à constatação da biopolítica, como sinalizou Agamben, o reconhecimento, por parte de abalizada doutrina⁹⁷⁹, de que todo o problema dos limites dos direitos fundamentais, especialmente o das restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, gira em torno de duas exigências: de um lado, a proteção privilegiada e qualificada aos direitos fundamentais; e, de outro, a satisfação, por parte do Estado, das necessidades da vida em comunidade, além, é claro, das garantias dos direitos fundamentais dos outros. Atormenta-nos o fato de dar poder ao Estado de comprimir direitos fundamentais, justificando sua intervenção em razão dos fins perseguidos, quando não se tem, expressamente, na Constituição, uma autorização para tanto.

Ademais, adotando-se a ideia dos direitos fundamentais como “trunfos”, como sinaliza Dworkin citado por Novais, aumenta-se nossa referida dificuldade. Isto porque com base em um princípio de justiça, constitucionalmente concretizado no valor dignidade humana, há uma margem indisponível ao Estado, na qual a autonomia e a liberdade individual são incomprimíveis, independentemente do prejuízo ou dificuldades que tal reconhecimento e normatividade, desses direitos fundamentais, possam causar à satisfação de interesses públicos fruto de um dado momento e de uma dada maioria que conjunturalmente ocupa o poder⁹⁸⁰.

Nesta concepção, o Estado não pode, em nome da necessidade de buscar a satisfação de utilidades ou fins coletivos, sacrificar interesses individuais “trunfados” pelos direitos fundamentais. De forma que, mesmo o legislador com legitimação democrática, convencido do benefício para a comunidade, ou ainda que a própria comunidade exija medidas políticas que importem sacrifício de interesses individuais, estes, quando elevados à categoria de direitos fundamentais, prevalecem. Os direitos fundamentais são limites ao poder político, e disso decorre que o poder deve conformar-se aos direitos fundamentais, e não estes é que devem ser compatibilizados

⁹⁷⁹ Por todos: NOVAIS, *As Restrições...* Op. cit., p. 574.

⁹⁸⁰ NOVAIS, *As Restrições...* Op. cit., p. 602-603.

subordinadamente ao interesse comum, tal qual interpretados pela maioria. Do contrário, perderia todo o sentido a elevação destes ao texto constitucional com a rigidez e limites de matérias à revisão que lhes são peculiares⁹⁸¹.

O sacrifício, ainda que seja a uma só pessoa [diríamos nós, como a pessoa do arguido], ainda que traga em contrapartida o benefício e o incremento significativo das utilidades da sociedade, é inadmissível, mesmo em uma perspectiva utilitarista, seja em um utilitarismo positivo, que busca maximizar o prazer e a felicidade, seja no utilitarismo negativo, que visa a minimizar a dor e a frustração (Nino⁹⁸² *apud* Novais 2003).

Na verdade, nos parece que a proibição do art. 18º, nº 2 da CRP representa algo mais que *um especial apelo ou advertência dirigido aos poderes constituídos no sentido do reforço da enunciação do carácter excepcional e sempre carente de justificação de qualquer restrição da liberdade em Estado de Direito*. Para nós, o referido dispositivo não demonstra representar apenas o caráter restritivo às restrições não expressamente autorizadas como sugere Novais⁹⁸³.

Desta forma, somos simpáticos à concepção de Andrade ao considerar que, relativamente aos limites imanentes implícitos, apenas é possível asseverar com segurança e em termos absolutos, que não é admissível, em hipótese alguma, que a Constituição, ao proteger especificamente determinado bem através da concessão e garantia de um direito, possa estar a acobertar situações e formas do seu exercício; toda vez que, pelo contrário, deva concluir-se que a Constituição as exclui sem condições nem reservas. É o caso, por exemplo, de se invocar a liberdade religiosa para efetuar sacrifício humano ou aduzir à liberdade artística para legitimar a morte de um ator no palco: não se tem dúvida de que a Constituição exclui tais possibilidades⁹⁸⁴.

Portanto, nesta altura, teremos que analisar as intervenções corporais não consentidas à luz da dignidade humana e de alguns direitos fundamentais,

⁹⁸¹ NOVAIS, *As Restrições...* Op. cit., p. 603.

⁹⁸² NINO, Carlos S. *Ética y Derechos Humanos*, p. 45 e 148ss.

⁹⁸³ NOVAIS, *As Restrições...* Op. cit., p. 596.

⁹⁸⁴ ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 294-295.

destacadamente, a inviolabilidade corporal, a presunção de inocência, a ampla defesa e o *nemo tenetur*.

Não obstante nossa inclinação em sustentar a impossibilidade de qualquer restrição a direitos fundamentais que não aquelas expressamente autorizadas pela Constituição, ou as que decorrem da colisão de direitos fundamentais de terceiros, ou, quando muito, dos limites imanentes, entendidos estes de forma restrita, como o fez Andrade, o fato é que grande e significativa parte da doutrina e da jurisprudência remete a questão das restrições à solução da ponderação⁹⁸⁵. Desta forma, imprescindível, para nossa conclusão, uma nota sobre a ponderação entre os chamados “interesses comunitários” ou “interesses públicos” constitucionalmente protegidos e os direitos fundamentais em jogo. Destarte, passemos à análise em tópicos.

5.3.3.1 Da ponderação de interesses e intervenções corporais

Em nossa perspectiva, desejamos confrontar as intervenções corporais com a dignidade humana, a inviolabilidade corporal, a presunção de inocência, o direito de defesa e, principalmente, o direito contra a autoincriminação, notadamente para ver qual a resultante da ponderação destes com os chamados interesses públicos, designadamente a **segurança** e a **verdade material**, já que estes são os principais fins indicados pela doutrina e jurisprudência para justificar as intervenções corporais não consentidas⁹⁸⁶.

Inicialmente, podemos dizer que a dignidade humana está fora de possibilidade de ponderação nos termos acima indicados. Como frisamos no prólogo, alguns chegam a sustentar que a dignidade seria um princípio absoluto, que não admite ponderação⁹⁸⁷. Na verdade, não se pode olvidar da necessidade de resolver tensões entre a dignidade de diversas pessoas que possuem igual dignidade. A afirmação de sua natureza absoluta surge em razão de que a dignidade possui dupla dimensão (princípio e regra) e

⁹⁸⁵ Por todos: CANOTILHO, *Direito...* Op. cit.; NOVAIS, *As Restrições...* Op. cit. e ALEXY, *Teorias...* Op. cit. Na jurisprudência, por todos os acórdãos encontrados nos Tribunais Constitucionais de Portugal e Espanha, referimos apenas o acórdão 155/2007.

⁹⁸⁶ Na doutrina vale referir: AMIGO, *Las Intervenciones...* Op. cit.; e na jurisprudência, por todos, os acórdãos do Tribunal Constitucional de Portugal n.ºs. 319/95, 628/06 e 155/07.

⁹⁸⁷ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 94 e seguintes.

prepondera em relação aos demais princípios. Ademais, por ser uma qualidade intrínseca ao ser humano, nunca pode ser sacrificada, embora possa ser harmonizada em razão da igual dignidade de todos os seres humanos, o que parece ser consensual entre os autores⁹⁸⁸.

Portanto, se chegarmos à conclusão de que as intervenções corporais não consentidas violam a dignidade humana, não há outro caminho senão indicar sua inconstitucionalidade. Todavia, guardaremos o confronto das intervenções corporais e a dignidade humana para tópico à frente. Voltemos, pois, à ponderação.

Seria possível afirmar, à partida, a impossibilidade de ponderação entre a **inviolabilidade corporal** e os **interesses públicos** consubstanciados na segurança e na verdade material, ao argumento de que, na realidade, a integridade corporal não seria um princípio, e, sim, uma regra, insuscetível, pois, de ponderação⁹⁸⁹.

Não há dúvidas de que, por vezes, o legislador constitucional, no momento de consagrar um direito fundamental, formula todas as ponderações possíveis, criando uma garantia fechada, isenta e dispensada qualquer outra ponderação. É o que ocorre com a vedação da pena de morte e da prisão perpétua, que, independente da gravidade do

⁹⁸⁸ SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 75-77.

⁹⁸⁹ Esta posição parece doutrinariamente defensável. Note-se que, em Espanha, o professor López Quiroga parece assim entender. Em artigo lapidar, o referido professor analisa a sentença 37/89 do Tribunal Constitucional Espanhol, decisão esta que, embora tenha reconhecido a impossibilidade do uso da coação física para a realização das intervenções corporais, afirmou que estas poderiam ser feitas sob coação, como a advertência, ao examinado, das consequências de sua recusa, nomeadamente a valoração da recusa como indícios. Em sua precisa crítica à decisão do TC espanhol, o professor assinala que a Corte inicia afirmando que a Constituição Espanhola, em seu art. 18.1, assegura a intimidade corporal como princípio imune frente às pesquisas sobre o corpo que se queira impor contra a vontade da pessoa, e, à frente, contraria essa constatação, que fica diluída em matizações que criam uma “intimidad light”. Prosseguindo em sua crítica o autor afirma o caráter absoluto da proteção ao corpo, o que, a nosso sentir, decorre de sua natureza como regra, e não princípio. Vale transcrever: “Se afirma en primer lugar que la intimidad no es un derecho absoluto, afirmación que sin matices es categóricamente incorrecta. La intimidad es una realidad (o, si se prefiere, un valor culturalmente dominado) amplia y, por ello, comprensiva de muy diversos aspectos y ramificaciones, algunas de ellas de carácter absoluto, dentro de cada orden cultural. Existen derechos absolutos frente al Estado: por ejemplo, el derecho al proceso debido; el Estado no puede aplicar su *ius puniendi* si no es con sujeción a determinadas normas, que en un aspecto conforman el derecho al proceso debido que es oponible con “carácter absoluto” frente al Estado. (...) lo que no es de carácter absoluto es el poder del Estado ni su derecho a ejercerlo, y por ello en una sociedad democrática ni es necesario ni es posible tal reconocimiento corporal no consentido [referiéndose às inspeções vaginais]” (QUIROGA, Jacobo López Barja e RAMOS, Luis Rodríguez. *La Intimidad Corporal, Devaluada (Comentario a la sentencia número 36/89, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional)*. Revista del Poder Judicial, nº. 14, junio de 1989, Consejo General Del Poder Judicial, p. 123-130.)

crime, e por mais relevantes e específicas as circunstâncias concretas, os poderes constituídos não poderão nunca ponderar o que quer que seja com o escopo de limitar, restringir ou excepcionar o alcance de tais proibições. O mesmo ocorre com relação à vedação das provas ilícitas que, caso em que, de igual maneira, e independentemente da demanda de repressão à criminalidade e o anseio de objetivar a verdade, tal regra não pode ceder a tais interesses⁹⁹⁰, ressalvado, para nós, a harmonização decorrente da colisão de direitos fundamentais como na hipótese da prova ilícita *pro reo*⁹⁹¹.

Jorge Miranda sinaliza que a inviolabilidade da integridade física está bem delineada na Constituição, destacadamente pela inexistência de autorização expressa para sua restrição e na proibição de sua afetação, mesmo nas situações de suspensão dos direitos fundamentais em estado de sítio ou de emergência (art. 19º, nº 6 CRP), prescrevendo, ainda, a nulidade da prova obtida mediante violação da integridade física e moral da pessoa. Em termos simples, assevera, a proteção à integridade física e moral traduz-se no direito a não ser agredido ou ofendido no corpo ou espírito, por qualquer meio (físico ou não), e independente da gravidade da ofensa⁹⁹². A proibição contra a tortura, tratos cruéis, degradantes e desumanos, do art. 25º da CRFP e de dispositivo similar na Constituição Brasileira, não apresenta qualquer possibilidade de restrição⁹⁹³, embora a interpretação do que seja desumano e cruel possa variar. *Ora, se direito à*

⁹⁹⁰ NOVAIS, *As Restrições...* Op. cit., p. 576-578.

⁹⁹¹ NICOLITT, *As Subversões...* Op. cit., p. 92-99.

⁹⁹² MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora. 2005, p. 267-279.

⁹⁹³ Note-se que parte da doutrina chega a sustentar a absoluta e incondicionada prevalência da própria privacidade em relação a interesses públicos, como a prevenção e a repressão à criminalidade. Vale citar: “De um lado, os interesses da prevenção e **repressão da criminalidade, da descoberta da verdade material**, da punição dos que atentem contra valores dignos de tutela penal; de outro, **o direito à privacidade**, a dignidade da pessoa humana, a prevenção dos abusos e dos perigos que adviriam para os direitos fundamentais, em geral, da eventual admissibilidade de provas obtidas naquelas circunstâncias. Ponderando uns e outros, a Constituição dá prevalência absoluta, definitiva, incondicionada, a estes últimos e fá-lo duma forma que impede qualquer avaliação, exceção ou adaptação de caso concreto. Nesta decisão de prevalência vem também envolvida e implícita uma ponderação de outros fatores: o legislador constitucional considerou que abrir exceções, por mais justificadas que elas fossem em função da gravidade do crime em causa, significaria abrir uma *porta* por onde entrariam perigos e consequências negativas incontáveis. Ponderada essa possibilidade, o legislador constituinte considera tacitamente preferível que muitos criminosos permaneçam impunes, mesmo quando já absoluta a certeza da sua responsabilidade na prática de um crime, a que algum inocente venha a ser condenado como efeito dos eventuais abusos que uma norma mais maleável pudesse induzir (NOVAIS, *As Restrições...* Op. cit., p. 578).

integridade física se caracteriza por uma nota de intransmissibilidade não poderá ser objecto de uma “expropriação forçada” ⁹⁹⁴.

Em todo caso, embora entendamos que não seja a hipótese de ponderação, por se tratar de regra, há que se ter em mente que, mesmo em se adotando tal procedimento nos casos das intervenções corporais, a conclusão a que se poderia chegar também nos indica a inadmissão das intervenções corporais não consentidas.

Preliminarmente, é preciso reconhecer que diversas pessoas podem chegar a diversos resultados sobre o peso e o grau de afetação de um princípio em face de um princípio contraposto, bem como no que tange à relação de prevalência entre eles⁹⁹⁵. Embora as técnicas de ponderação possam reduzir o subjetivismo e o intuicionismo decorrente da ponderação, estes são elementos inevitáveis. Quando se fala em ponderação ou reserva geral de ponderação, o que se propõe é uma guinada de paradigma da **jurisprudência de conceitos** para a **jurisprudência de interesses**⁹⁹⁶, e, quando falamos de ponderação de “interesses” ou “interesses em conflito”, inevitável recordar o quanto as ideologias são decisivas nesta seara, como destacamos anteriormente. Portanto, as razões ideológicas acima destacadas refletem-se diretamente no resultado da ponderação que apresentaremos, sem retirar a jurisdição da mesma.

Sustenta-se que, em matéria de ponderação, é indispensável que se aplique o princípio da proporcionalidade compreendido em três avaliações, a saber: (a) **adequação**, isto é, exigência de que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem capazes de alcançar os objetivos colimados; (b) **necessidade** ou **exigibilidade**, que comina a verificação da inexistência de meio menos gravoso para o alcance dos fins objetivados; (c) **proporcionalidade em sentido estrito**, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício obtido, para examinar se é justificável a interferência na esfera dos direitos fundamentais⁹⁹⁷.

⁹⁹⁴ NETO, *O Direito...* Op. cit., p. 422.

⁹⁹⁵ BOROWSKI, Martín. *La Restricción de los Derechos Fundamentales*. In: revista Espanhola de Derecho Constitucional. Ano 20 nº 59, Maio-Agosto, 2000, p. 46.

⁹⁹⁶ NOVAIS, *As Restrições...* Op. cit., p. 635 e 571.

⁹⁹⁷ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 219-220.

Ponderando primeiramente o interesse público pela segurança, duas objeções devem ser feitas. Primeiramente, a advertência de Hassemer sobre a “invenção” de um direito fundamental à segurança, afirmando que algo do gênero pode ser considerado como uma bomba. A partir do momento em que se pensa na segurança produzida a partir de limitações aos direitos fundamentais, põe-se contrariamente a toda tradição do direito constitucional⁹⁹⁸.

A segunda objeção consiste na crítica ao que chamaríamos de “ponderação híbrida” ou “heterogênea”. Em nosso entender, qualquer ponderação deve ocorrer ou entre interesses abstratamente considerados, ou entre interesses concretamente considerados. O que não se pode é colocar, de um lado, direitos concretos de um sujeito concretamente considerado, e, de outro, interesses cuja titularidade é indeterminada no caso concreto, ou seja, o sujeito da outra ponta é uma abstração. Assim ocorre quando ponderamos sobre as intervenções corporais, caso em que, uma vez levadas a efeito, teremos a afetação de um direito fundamental, como a integridade física, ou o direito à não autoincriminação de um argüido, que é uma pessoa concreta, determinada, cuja justificação para a restrição consiste na finalidade da segurança pública. Indaga-se: segurança de quem?

A par destas advertências, a questão principal é que, na ponderação entre os direitos fundamentais e o interesse público na segurança, a preponderância deste último não consegue vencer o primeiro critério de proporcionalidade, ou seja, a adequação. O sacrifício das garantias fundamentais não é capaz de garantir segurança pública. Não há, desta forma, atendimento à adequação; portanto, não é proporcional o sacrifício dos direitos fundamentais em apreço: integridade física e direito à não autoincriminação, uma vez que não são meios adequados para se conseguir a segurança de qualquer pessoa.

Ademais, a engenhosidade humana é sempre capaz de buscar, de forma criativa e legítima, meios menos gravosos de se assegurar o resultado pretendido, por meio, por exemplo, de atividades preventivas, trabalhos de inteligência e políticas públicas inclusivas, que são técnicas mais efetivas para se buscar a almejada segurança, ao invés

⁹⁹⁸ HASSEMER, *Processo...* Op. cit., p. 22.

do sacrifício dos direitos fundamentais. Com efeito, na ponderação, o segundo critério, ou seja, necessidade, também não recomenda a utilização de intervenções corporais não consentidas, por se tratar de meio excessivamente gravoso, havendo outros instrumentos para a consecução do mesmo resultado.

Por fim, a análise da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a avaliação entre o ônus imposto e o benefício pretendido também não indica a utilização das intervenções corporais não consentidas. O resultado de tal diligência importaria uma agressão à integridade corporal, ou à vulneração do direito a não produzir prova contra si: o único objetivo que se alcançaria com tal medida seria a possível condenação de um indivíduo com base em uma prova produzida com sua colaboração forçada, não se alcançando qualquer outro objetivo como a segurança. Por outro lado, o Estado assumiria o risco de submeter inocentes a este meio de prova tão gravoso. Como o Estado Democrático de Direito não se contenta com a condenação a qualquer preço, a relação ônus-benefício não nos parece proporcional.

No que tange à verdade material, entendemos que esta sequer pode ser objeto de ponderação com os direitos fundamentais em apreço. A verdade material não encontra abrigo constitucional; muito ao contrário, trata-se de finalidade secundária à luz do desenho constitucional luso-brasileiro⁹⁹⁹.

Como já assinalamos anteriormente, na medida em que as Constituições brasileiras e portuguesas rechaçam a admissão de provas obtidas por meios ilícitos, ou mediante tortura, meios cruéis e desumanos, abriu-se mão da verdade material, colocando a dignidade humana e o respeito aos direitos fundamentais à frente do interesse público na apuração da verdade material. De tal forma, não há espaço para ponderação, pois o constituinte já efetuou a ponderação necessária. A verdade real não se exhibe, no quadro do Estado Democrático de Direito, como um interesse público com qualidade para ser submetido a sopesamento diante dos direitos e liberdades individuais.

⁹⁹⁹ Em Espanha afirma-se também que a distinção entre verdade material e verdade formal é arcaica, e que, hoje em dia, é assente a ideia de que a verdade não pode ser buscada a qualquer preço (QUIROGA, *La Intimidad...* Op. cit.)

Com efeito, a busca da verdade real, em hipótese alguma, poderá justificar as intervenções corporais não consentidas.

Do exposto, a conclusão a que chegamos é a de que, na ponderação entre os direitos fundamentais (inviolabilidade da integridade física e não autoincriminação) e os interesses públicos na segurança e busca da verdade, os primeiros prevalecem, não resultando de tal sopesamento a possibilidade da realização de intervenções corporais não consentidas.

Diante desta premissa geral, cumpre passar à análise de algumas questões específicas que percorrem o tema.

5.3.3.2 As intervenções corporais não consentidas e a dignidade da pessoa humana

Como se tem afirmado reiteradas vezes ao longo deste trabalho, a dignidade humana faz da pessoa um fim em si mesma, vedando qualquer reificação do homem ou sua utilização como objeto. Por outro lado, a integridade física e corporal da pessoa humana é o primeiro dos cinco componentes da dignidade humana, sendo que só o próprio pode julgar quando sua violação pode ser considerada insignificante ou grave.

Como ensina Figueiredo Dias, a presunção de inocência, diretamente ligado ao maior dos princípios jurídico-constitucionais, que é a dignidade da pessoa humana, impõe que a utilização do arguido como meio de prova seja sempre pautada pelo total respeito a sua decisão, isto é, a sua vontade, plena e livre, de tomar posição perante a matéria objeto do processo¹⁰⁰⁰.

Desta forma, a vulneração da integridade física importa lesão à dignidade humana. A utilização do homem como meio de obtenção da verdade, nos autos do processo, o transforma em um objeto e traduz-se em sua instrumentalização, em sua coisificação, o que é vedado pela regra¹⁰⁰¹ de inviolabilidade da dignidade humana.

¹⁰⁰⁰ DIAS, Jorge Figueiredo. *Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal*. In: Jornadas de Direito Processual Penal. Centro de Estudos Judiciários-CEJ, Almedina, Coimbra, 1991, p. 27-28.

¹⁰⁰¹ Repita-se que a dignidade humana tem dupla dimensão, a saber: princípio e regra.

Ponto muito debatido refere-se à insignificância da intervenção sobre o corpo relativamente a alguns exames, destacadamente a análise de ADN a partir de amostras biológicas, o que possibilitaria que as intervenções corporais não consentidas escapassem da barreira da dignidade humana. Chegamos inclusive a sustentar¹⁰⁰² que as intervenções consideradas não invasivas ou leves não encontrariam óbice na dignidade humana, embora encontrassem a barreira do *nemo tenetur*, o que ora revemos à luz do que segue.

Sónia Fidalgo¹⁰⁰³ destaca posicionamentos segundo os quais a colheita de material biológico, em si mesma considerada, não chegaria a constituir, verdadeiramente, um atentado à integridade física, por ser uma agressão insignificante. Nesta perspectiva, haveria ofensa à integridade física apenas quando o examinado recusasse a colaborar, e a colheita fosse realizada à força sobre seu corpo. Neste caso, o que seria um atentado à integridade física não seria propriamente a colheita do material, mas, sim, o modo como esta foi realizada.

Todavia, a referida autora não concorda com tal posicionamento, vislumbrando ofensa à integridade física, mesmo quando não há recurso à força durante a sua colheita. Ademais, adverte que, em relação à integridade moral, a questão se mostra mais sensível, pois, neste domínio de natureza imaterial, a lesão à integridade moral ocorre tão só com a perturbação da liberdade de vontade, ou de decisão, e da capacidade de memória, ou de avaliação.

Nesta linha de ideias, a integridade física, e, portanto, a dignidade humana em seu primeiro componente, estaria violada com a simples colheita de amostras, antes mesmos do emprego da força sobre o corpo.

Não obstante, o fato é que, seja para aqueles que consideram a recolha em si mesma uma agressão à integridade física, seja para os que só consideram tal agressão a partir do emprego da força sobre o corpo, não havendo consentimento, não há hipótese

¹⁰⁰² Esta posição que ora revemos consta em: NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 413-414.

¹⁰⁰³ FIDALGO, Sónia. *Determinação do Perfil Genético como meio de Prova em Processo Penal*. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, janeiro-março, 2006, p. 122-123.

de se extrair a amostra sem a coerção física, o que, em qualquer concepção, configurará lesão à integridade física e moral, e, conseqüentemente, violação da dignidade humana.

Desta forma, a dignidade humana é uma barreira intransponível à realização das intervenções corporais não consentidas, seja - na ótica de alguns - pela recolha da amostra em si considerada, seja - sob a ótica de outros - pelo eventual emprego de força sobre o corpo do examinado.

Helena Moniz, por seu turno, chega a sustentar que a recolha de amostras “do corpo do delinquente” constitui comportamento que se subsume ao tipo legal do crime de violação à integridade física, salvo se houver a incidência de uma causa de exclusão de ilicitude, como o caso do consentimento, que deverá ser livre e informado¹⁰⁰⁴.

5.3.3.3 Intervenções corporais e o princípio do *nemo tenetur*

Como destacamos anteriormente, partimos da concepção de que há um direito fundamental que protege o indivíduo contra a autoincriminação: *nemo tenetur se ipsum accusare*. Uma vez reconhecido este direito fundamental, as dificuldades brotam, ou melhor, são ideologicamente criadas, relativamente à definição de seu alcance. Para nós, no entanto, não há dúvida de que a Constituição, através de tal princípio, veda qualquer colaboração não voluntária do réu para a investigação ou instrução processual.

O arguido não pode ser induzido, seja por fraude, seja por coação, a contribuir para sua condenação, não pode ser obrigado a carrear ou oferecer meios de provas contra a sua defesa. O imputado não está afetado por um dever de colaboração, nem tampouco por um dever de verdade¹⁰⁰⁵.

A demarcação do alcance do princípio *nemo tenetur* passa por uma opção ideológica, isto é, pela escolha de um processo penal de cariz mais inquisidor, portanto autoritário, ou um processo com estrutura acusatória, democrático. Isto porque, como ensina Costa Andrade, o princípio em apreço é a pedra de toque extremado entre si os modelos processuais. Para o autor, afigura-se o *nemo tenetur*, como critério seguro de

¹⁰⁰⁴ MONIZ, Helena. *Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais*. In: Revista Portuguesa de Ciências Criminais, abril-junho, 2002, p. 250-251.

¹⁰⁰⁵ ANDRADE, *Sobre as Proibições...* Op. cit., p. 121.

*demarcação e fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório*¹⁰⁰⁶.

Dingeldey (Dingeldey¹⁰⁰⁷ *apud* Andrade 1992) afirma que o indivíduo não pode ser convertido em um objeto da atuação do Estado, e tal princípio tem por escopo a proteção completa do indivíduo. Tal liberdade é posta em risco quando o imputado é transformado em um meio de prova contra si próprio. Em última análise, o princípio é uma repercussão da dignidade humana dentro do arquétipo conceitual de Kant sobre autonomia.

A pessoa humana não pode ser degradada a ponto de se tornar um mero instrumento contra si próprio, de forma que a proteção constitucional que recebe, em matéria probatória, para além do filtro atinente à proibição da tortura e da coação, conta ainda com o princípio do *nemo tenetur*¹⁰⁰⁸, tamanha é a preocupação do constituinte com a busca da verdade no processo penal.

Ainda percorrendo a lição de Costa Andrade, este dá conta da problemática distinção entre ação *positiva* e o tolerar *passivo* de uma atividade de terceiro, quando se pretende afirmar que o *nemo tenetur* veda apenas que o arguido atue positivamente no sentido da autoincriminação, mas não o preserva de tolerar (passivamente) atividade do Estado que recaia sobre si. Conclui o doutrinador que tal distinção revela comprometedora limitação ao princípio e, trazendo à baila doutrina alemã, afirma que o imputado não é instrumento da própria condenação apenas quando contribui ativamente, mas também quando tem que tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova. Não há como inferir que a dignidade humana só protege a pessoa a não ser forçada a realizar uma ação, mas não a protegeria no tocante a tolerar uma ação contra si. Na verdade, não há uma distinção qualitativa entre ação e omissão¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁶ ANDRADE, *Sobre as Proibições...* Op. cit., p. 122.

¹⁰⁰⁷ DINGELDEY, *Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafprozessrecht*. JA 1984, p. 409.

¹⁰⁰⁸ ANDRADE, *Sobre as Proibições...* Op. cit., p. 126.

¹⁰⁰⁹ ANDRADE, *Sobre as Proibições...* Op. cit., p. 128.

Como destaca Paulo Mota Pinto, o direito ao desenvolvimento da personalidade não protege apenas a liberdade de agir: para, além disso, protege igualmente a liberdade de não agir, ou seja, tutela a atividade e a passividade¹⁰¹⁰.

Não obstante, este sofisma da tolerância passiva tem encontrado guarita na jurisprudência, como na decisão do *Kammergericht* de 04/05/1979. Também na Espanha, o Tribunal Constitucional tem buscado distinguir a ação da omissão, afirmando que, nos casos de testes de alcoolemia, há apenas tolerância passiva ao submetimento a exame pericial¹⁰¹¹. Do mesmo modo, o Tribunal Constitucional de Portugal parece dar importância à referida distinção, como se extrai, *contrario sensu*, do acórdão 155/2007.

Na doutrina espanhola esta distinção também faz eco. Asencio Mellado assinala que não há obstáculo algum em impor ao imputado o dever de suportar passivamente qualquer tipo de intervenção, sempre que seu comportamento seja unicamente negativo, isto é, que não seja exigida colaboração ativa¹⁰¹² do imputado.

Para nós, razão está com a doutrina que apresenta objeção a tal distinção. O *nemo tenetur*, como o dissemos, protege o imputado tanto contra a colaboração passiva como ativa, quando não voluntária¹⁰¹³. A distinção, para nós, não passa de um argumento retórico, sofismático, com o intuito de driblar o direito fundamental contra a autoincriminação coercitiva.

Outro argumento que reputamos sofismático foi trazido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em sentença proferida em 17 de dezembro de 1996 (caso *Saunders v. Reino Unido*), a qual concluiu que o direito à não autoincriminação se refere, primeiramente, ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, isto é, ao direito ao silêncio. Todavia, tal direito não se estende ao uso, em processo penal, de elementos obtidos do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam

¹⁰¹⁰ PINTO, Paulo Mota. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. In: *Studia Jurídica* – Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 1999, p. 149 e seguintes.

¹⁰¹¹ Espanha, STC 161/97; STC 103/85.

¹⁰¹² ASENSIO MELLADO, *Prueba...* Op. cit., p. 150-152.

¹⁰¹³ ANDRADE, *Sobre as Proibições...* Op. cit., p. 131.

independentemente da sua vontade, como por exemplo, as colheitas, por expiração, de sangue, de urina, assim como de tecidos corporais com finalidade de análises de A.D.N.

Ora, a informação sobre o fato existe na mente do sujeito, independentemente de sua vontade: este tão somente impede que sua vontade seja exteriorizada pela palavra, por meio do direito ao silêncio. Da mesma forma, as informações sobre o perfil genético que podem revelar informações sobre o fato existem no corpo do indivíduo, independentemente de sua vontade, e este apenas pode impedir que sejam exteriorizadas através da cessão das amostras biológicas. A memória e o pensamento fazem parte do corpo e se exteriorizam pela palavra ou pela escrita. As informações genéticas também fazem parte do corpo e se exteriorizam pela análise do ADN.

Vale dizer que, dada a eficácia dos resultados da análise genética, uma amostra biológica ínfima pode ser muito mais eloquente do que um milhão de palavras do imputado, não havendo, assim, como diferenciá-las, excluindo-se do direito a não declarar contra si o direito de não fornecer amostras biológicas. O argumento do TEDH, com toda a vênia, é um sofisma. Neste aspecto, como demonstramos no capítulo IV, o Supremo Tribunal Federal do Brasil melhor interpretou o alcance e o sentido do princípio em apreço, fortalecendo o sistema de direitos fundamentais.

A plena eficácia do princípio *nemo tenetur*, notadamente como expressão da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, não comporta descontinuidade, nem tampouco graduações, devendo atuar como verdadeira barreira para que o arguido não se torne um objeto no processo e mantenha acesa sua condição de sujeito. O processo não pode ser uma noite capaz de transformar o homem em um inseto, como na metamorfose de Kafka.

5.3.3.4. *Intervenções corporais e tortura: tormenta juris permissione*¹⁰¹⁴

As intervenções corporais, destacadamente quando necessárias à comparação de perfil genético a partir da análise de ADN, tem se mostrado como método eficaz de busca da verdade. A fiabilidade dos resultados advindos da análise de ADN é

¹⁰¹⁴ Tortura legalmente autorizada.

considerada como resultado do grande avanço da evolução científico-tecnológica. As provas advindas da análise de ADN superariam, pela qualidade dos resultados, inúmeros outros meios de provas conhecidos tradicionalmente.

Não é, contudo, a primeira vez em que temos uma grande guinada do campo da busca da verdade no processo penal, o que pode ser constatado pela transição dos juízos de Deus para o inquérito, ou a inquisição.

O direito feudal, de essência germânica, desconhecia o inquérito, e os conflitos até então eram resolvidos inteiramente sem a intervenção de um terceiro. As fórmulas de resolução do conflito eram basicamente os duelos, a justiça privada, segundo a qual não importava quem tivesse razão. Ao invés de se saber quem tinha a verdade, o rito conduzia à descoberta de quem era o mais forte, e assim o *direito é, pois, uma maneira regulamentada de fazer a guerra*¹⁰¹⁵, de forma singular, entre indivíduos.

Como assinalamos em nossa pesquisa de mestrado, os conflitos eram solucionados através de provas aceitas pelos litigantes. O que se determinava não era a verdade, e, sim, a força. Neste período, ganham destaque, primeiramente, as provas sociais, como, por exemplo, o juramento de inocência por doze testemunhas que sequer viram ou ouviram algo, mas que traduzem a importância do suposto assassino para o grupo social. Em seguida, as provas verbais, nas quais a pronúncia correta de determinadas fórmulas garantia que o indivíduo não teria cometido o crime. Relevantes, de igual maneira, as provas mágico-religiosas, como os juramentos. O resultado do caso se dava em razão de eventual hesitação ou recusa no juramento¹⁰¹⁶.

Não se pode olvidar das provas corporais, físicas, conhecidas como *ordálias*. Foucault noticia que, no Império Carolíngio, em certas regiões no norte da França, o acusado de assassinato deveria andar sobre ferro em brasa. Após dois dias, se ainda tivesse cicatriz, perdia o processo. Já nas ordálias da água, amarrava-se a mão direita e o pé esquerdo de uma pessoa, lançando-a na água; caso se afogasse, ganharia o processo, já que a água a teria admitido ou aceitado. O não afogamento sinalizava que nem a água

¹⁰¹⁵ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as Formas Jurídicas*. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1996, p. 55-57.

¹⁰¹⁶ NICOLITT, *As Subversões...* Op. cit., p. 64-76.

a aceitava, e, por tal razão, perdia o processo. Também eram conhecidos os duelos, nos quais se escolhiam as armas, ou o tempo, ou tipo de luta, tudo isso se enquadrando nos chamados Julgamentos de Deus¹⁰¹⁷.

Em todos os casos, o que se nota é que o exercício do poder de dizer ou descobrir a verdade era inexistente, pois a verdade advinha dos jogos ou das provas: era uma álea. Como os resultados dos conflitos interferiam na circulação de riqueza, os interesses econômicos acabaram por impulsionar uma mudança de paradigma na solução dos conflitos, e resgatou-se, então, do Império Carolíngio - onde era utilizado como prática administrativa para solucionar problemas de impostos, costumes, foros e propriedade –, o inquérito, a *inquisitio*¹⁰¹⁸.

O inquérito, como prática essencialmente religiosa que predominou durante toda a Idade Média, e, com a ascensão da Igreja, como único corpo econômico e político coerente, foi estendido à apuração dos pecados, das faltas, dos crimes e da administração dos bens. Com a consolidação dos Estados como centro do poder, passou a ser o modelo prevalente na solução dos conflitos¹⁰¹⁹.

Foucault, por sua vez, não vê no advento do inquérito meramente o progresso de uma nova racionalidade. Não representou a racionalização dos procedimentos judiciais; na verdade, ele representou uma transformação política, que tornou necessária a utilização deste procedimento. Seria, assim, o inquérito um processo de governo, uma técnica de administração e de gestão, ou seja, uma nova forma de exercício do poder¹⁰²⁰.

Com efeito, não sejamos ingênuos a ponto de não perceber que as mudanças de paradigmas, no processo penal, nunca são apenas racionalidade técnica, mas, antes de tudo, formas de exercício do poder.

O advento da inquisição, que marcou a Idade Média, perdurando até o século XIX¹⁰²¹, embora hoje seja vista com toda a reserva e censura, à época, como superação

¹⁰¹⁷ FOUCAULT, *A Verdade...* Op. cit., p. 60.

¹⁰¹⁸ FOUCAULT, *A Verdade...* Op. cit., p. 53-78.

¹⁰¹⁹ NICOLITT, *As Subversões...* Op. cit., p. 71.

¹⁰²⁰ FOUCAULT, *A Verdade...* Op. cit., p. 72-73.

¹⁰²¹ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 1989, p. 52.

do quadro acima exposto das ordálias e juízos de Deus, representou, como sistema de perseguição da verdade, “a luz da racionalidade”¹⁰²².

Durante a inquisição, o emprego da tortura foi o método científico que “iluminou” a busca da verdade, quando não mais imperava a álea dos jogos e das juras, mas a apurada técnica e ciência, os conhecimentos de anatomia, química, física etc.

A par disso, indaga Francisco Tomás y Valiente¹⁰²³ se a tortura foi algo mais racional que as ordálias, na medida em que representava um procedimento probatório regulando dentro de um procedimento inquisitivo e, portanto, mais próximo da verdade material do que os ritos mágicos. Prossegue o autor afirmando que, na comparação da tortura com os juízos de Deus, a primeira ainda tem uma vantagem, que é a eficácia, isto é, embora igualmente injusta como as ordálias, e *si analizamos su crueldad, podremos considerarla incluso más cruel y credenta que muchas ordalias; pero como procedimiento para averiguar la verdad (...) es innegable que resulta mucho más eficaz que cualquier rito mágico ordálico*.

Esta constatação da tortura como progresso, como quebra de paradigma e como método científico eficaz na busca da verdade, nos leva a refletir sobre o uso da força física para a obtenção de amostras biológicas sobre o imputado. Tal qual a tortura, os exames de ADN são muito eficazes; aliás, muito mais eficazes. Ademais, quando realizada extração com emprego de força física sobre o corpo do imputado, em nada se diferencia da tortura.

Seguindo a orientação de que a tortura não deve ser compreendida como mero exercício da violência como meio de satisfazer instintos, mas, ao contrário, deve ser vista no âmbito de uma cultura jurídica que lhe confere valor e legitimidade¹⁰²⁴, há de se indagar quais os valores atribuídos à tortura, e quais os valores atribuídos à “intervenção corporal não consentida com emprego de força física”, leia-se, tortura.

¹⁰²² PRADO, Sistema... Op. cit., p. 97.

¹⁰²³ VALIENTE, Francisco Tomás y. *La Tortura Judicial en España*. Barcelona: Crítica, 2000, p. 208-209.

¹⁰²⁴ SABADELL, Ana Lucia. *Tormenta Juris Permissione. Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (séculos XVI – XVIII)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 38.

Os discursos teológico e jurídico relativamente à tortura tinham um denominador comum: ambas as construções estavam assentadas na ideia da supremacia do interesse coletivo sobre o individual e da alma sobre o corpo. Portanto, a tortura não era tida como algo bárbaro ou arbitrário, pois encontrava justificação no âmbito das concepções culturais vigentes¹⁰²⁵.

É de se perceber que, tal qual a tortura, as intervenções corporais não consentidas se justificam pela prevalência dos interesses coletivos ou públicos, que impõem limitações aos direitos fundamentais. Ademais, aqui também, isto é, em sede de intervenções corporais, parece haver uma supremacia da alma sobre o corpo. Isto porque, ao mesmo tempo em que se consagra o direito ao silêncio, o direito de não declarar, permite-se a intervenção sobre o corpo. Em outras palavras, não se poderia empregar a força para obrigar a declarar, pois a fala ou a escrita seriam a exteriorização do pensamento (ou da alma); todavia, seria possível buscar a verdade através do corpo, que mereceria menos proteção que o pensamento, ficando exposto à força física para subtração de amostras biológicas que conduziriam à verdade.

A voz, quicá por não ter materialidade visível, talvez esteja associada à alma, enquanto o sangue, o cabelo e outras amostras integram a corporeidade. Na palavra, pode haver uma verdade, e a verdade das amostras biológicas é mais fiável que a verdade da palavra. O fato é que a mesma lógica de justificação da tortura é empregada na justificação das intervenções corporais não consentidas.

Ainda que não se queira tributar a extração de sangue ou saliva à qualidade de tortura, dada a insignificância desta, é indiscutível que o emprego da força física sobre o corpo para se extrair uma gota de sangue, saliva, ou um fio de cabelo, em tudo equivale ao emprego da força sobre o corpo para se extrair uma palavra, “culpado” ou “inocente”. A única diferença talvez resida na fiabilidade da palavra e das amostras biológicas para exame de ADN.

O artigo primeiro da Convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, da Assembléia Geral das Nações Unidas, prescreve que o

¹⁰²⁵ SABADELL, *Tormenta...* Op. cit., p. 42.

termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões.

Não há dúvida de que, através de amostras biológicas, se obtêm informações, o que se subsume nos termos do artigo primeiro da Convenção, ou seja, o emprego de força física sobre o corpo causa dor ou sofrimento agudo, físico e mental, e tal emprego tem por intenção obter informações contidas nas amostras corporais, ou seja, não na mente, mas no próprio corpo.

Considerando que tanto o Brasil quanto Portugal estão vinculados à Resolução 39/46 da Assembléia Geral das Nações Unidas, por terem-na ratificado, estamos convencidos de que o presente conceito de tortura é aplicável como paradigma interpretativo das condutas para efeito de classificá-las, ou não, como tortura e, por consequência, analisar a possibilidade, ou não, de a legislação infraconstitucional regular a possibilidade de intervenção corporal não consentida por via de força física.

A nossa conclusão é a de que o legislador ordinário não pode, por via de lei, criar restrição aos direitos fundamentais nesta proporção, criando verdadeira tortura legal ou judicial. Para nós, nem a previsão legal com “densidade normativa”, como sinalizou Canotilho no parecer constante nos autos referentes ao acórdão 155/2007 do Tribunal Constitucional de Portugal, e tampouco a autorização judicial, como salienta a doutrina e a jurisprudência de Espanha e Portugal, são suficientes para permitir tamanha compressão aos direitos fundamentais.

Aqui, mais uma semelhança entre a tortura legal e as intervenções corporais. Como explica Sabadell¹⁰²⁶, parte da doutrina considerava a tortura legalizada um instrumento “garantista”, na medida em que limitava os abusos do poder através de criação de regras e instâncias de controle. O que se quer fazer, com a simples exigência

¹⁰²⁶ SABADELL, *Tormenta...* Op. cit., p. 386.

de autorização legal (com densidade normativa) e decisão judicial¹⁰²⁷, senão criar regras e instâncias de controle para “legalizar” a tortura?

Quando a sentença 207/1996 do Tribunal Constitucional Espanhol prescreve que, em caso de intervenção corporal grave, é necessária a intervenção de profissional médico especializado¹⁰²⁸, não conseguimos deixar de lembrar a descrição do regramento da tortura, na doutrina catalã, que nos é trazida por Sabadell. Segundo a autora, no procedimento, após a decisão interlocutória de tortura, o inquirido é citado e notificado da decisão e devia ficar em jejum, por, pelo menos, nove horas antes de iniciar-se a sessão de tortura, que era presidida por um juiz, e, participavam, ainda, o fiscal, um cirurgião e um carrasco¹⁰²⁹.

Por tudo, somos que as constituições do Brasil e de Portugal, ao vedarem o emprego da tortura, proscrevem também o emprego da força física para realização de intervenções corporais não consentidas.

5.3.3.5. Intervenções corporais não consentidas: força física, desobediência ou presunção de indícios?

Quanto ao emprego de força física para a realização das intervenções corporais, a jurisprudência espanhola já afastou tal possibilidade, ao afirmar que, em nenhum caso, se poderá recorrer à força física, por ser degradante e incompatível com o art. 15 da Constituição da Espanha¹⁰³⁰. Não obstante, a doutrina parece entender ser possível o exame com coerção física, desde que haja autorização legal expressa, clara, com densidade normativa e qualificada como orgânica no caso da Espanha¹⁰³¹. Alguns autores acreditam, inclusive, que o atual quadro legislativo espanhol, embora não afirme

¹⁰²⁷ Como visto em capítulo anterior, a previsão legal e a autorização judicial, além da proporcionalidade, são requisitos apontados pela doutrina e pela jurisprudência para a admissão das intervenções corporais. Por todos referimos: EVANGELIO, *Intervenciones...* Op. cit., p. 61-125.

¹⁰²⁸ No mesmo sentido é a sentença 05/2002 do Tribunal Constitucional da Espanha.

¹⁰²⁹ SABADELL, *Tormenta...* Op. cit., p. 354.

¹⁰³⁰ Espanha, STC 37/1989. Em sentido semelhante SSTC 107/1985, 161/1997 e ATC 61/1983.

¹⁰³¹ Por todos: EVANGELIO, *Intervenciones...* Op. cit., p. 64-94; KAPPLER, *La Prueba...* Op. cit., p. 81-92.

expressamente a permissão do uso de força física, é suficiente para permitir a *vis compulsiva* na realização do exame¹⁰³².

Todavia, para nós, como assinalamos acima, o legislador ordinário não pode fazer tal compressão nos direitos fundamentais. Portanto, são inconstitucionais as interpretações de dispositivos como a do art. 172º do CPP de Portugal e a do art. 363, II da LECrim da Espanha, no sentido de que é possível o uso da coerção física para a realização de intervenção corporal, por violarem a dignidade humana, a inviolabilidade corporal, o *nemo tenetur* e a vedação da tortura.

Cabe, então, analisar qual a consequência da recusa do arguido em colaborar com a investigação ou instrução processual. A primeira questão que surge é sobre o delito de desobediência; vejamos.

A ideia de que não há impedimento constitucional de se conceber a submissão a exame como uma obrigação legal, no caso da Espanha, através de lei orgânica, inclusive tipificando a negativa como delito de desobediência, encontra eco na doutrina e na jurisprudência¹⁰³³.

Entendemos que tal concepção não se sustenta à luz do *nemo tenetur* e da ampla defesa. Não pode a lei ordinária punir ou criminalizar o exercício de um direito fundamental. Quando o suspeito ou imputado se recusa a colaborar com a investigação, ou a instrução, está exercendo seu direito fundamental de defesa na dimensão negativa de se abster. Da mesma forma, está legitimamente exercendo seu direito a não autoincriminar-se. Uma ação ou omissão não pode, ao mesmo tempo, ser lícita, por

¹⁰³² “el sometimiento a las mismas es una obligación que el Juez puede imponer incluso por medio del recurso a la coacción directa, es decir, con empleo de la fuerza física si fuese necesario...” (AMIGO Las Intervenciones... Op. cit., apêndice, p. 9. Mesmo antes da reforma do art. 363, II da LECrim da Espanha, já havia vozes na doutrina a sustentar a possibilidade do emprego de força física. Para ilustrar, González-Cuellar entende que, não havendo como recusar a legitimidade constitucional da regulação das medidas de intervenção corporal e a conveniência de sua introdução no ordenamento jurídico, a consequência é admitir a possibilidade da coerção direta para sua aplicação (GONZÁLEZ-CUÉLLAR, *Proporcionalidad...* Op. cit., p. 294-296).

¹⁰³³ Kappler dá conta de que certo setor da doutrina entende que a nova regulação da matéria permite não só a coerção física com independência da configuração de crime de desobediência. Informa ainda que a admissibilidade da configuração de desobediência tem respaldo no Tribunal Constitucional Espanhol e na Comissão Europeia de Direitos Humanos (CEDH) (KAPPLER, *La Prueba...* Op. cit., p. 90-91).

força da Constituição, e ilícita, por força de lei infraconstitucional, o que revelaria uma verdadeira esquizofrenia do sistema jurídico.

Com efeito, se a recusa é a expressão do privilégio contra a autoincriminação e da ampla defesa, não pode ser criminalizada, sendo inconstitucional qualquer norma que assim disponha.

Por fim, há que se indagar se é possível se extrair, da recusa em consentir nas intervenções corporais, algum elemento de convicção, ou alguma presunção.

Nesta seara, não há dúvidas de que a única presunção possível é a de inocência. Não obstante, na jurisprudência constitucional da Espanha, tem-se destacado que a recusa em colaborar pode ser interpretada como indício a ser referendado por outras provas complementares ou adicionais¹⁰³⁴. Entende-se que negar colaboração a um exame tão confiável pode ser interpretado como indício revelador da responsabilidade criminal.

Ocorre que tal ilação é insustentável à luz dos princípios constitucionais da presunção de inocência e da proteção contra a autoincriminação¹⁰³⁵. Como afirmamos anteriormente, o direito fundamental à presunção de inocência configura-se em tripla dimensão, a saber: regra de tratamento, regra de julgamento e regra de garantia.

Sendo assim, como regra de julgamento, estabelece a distribuição do ônus da prova, entregando este à acusação, de maneira que não possui, o réu, ônus de provar e, portanto, não pode sofrer consequência alguma em razão da ausência desta ou daquela prova no processo. Ademais, a dúvida o favorece, e não está ele obrigado a provar sua inocência; ao contrário, cabe à acusação afastar sua qualidade de inocente, sem a sua colaboração, a não ser que esta seja livre e esclarecida. A única presunção que pode existir constitucionalmente no processo é a de inocência, de forma que a não colaboração do suspeito ou acusado não pode ser interpretada como indício de culpa, sob pena de se rasgar o princípio constitucional da presunção de inocência.

¹⁰³⁴ Espanha, STC 37/89; STS de 02 de fevereiro de 1986 e STS 107/2003.

¹⁰³⁵ Em sua crítica à sentença 37/89 do TC espanhol, que sinaliza para a possibilidade de valorar a recusa como indícios, Quiroga assevera: “No cabe, pues, afirmar que la negativa del acusado a declarar contra si mismo o a permitir el reconocimiento corporal pueda ser considerado un indicio de culpabilidad, como pretende la sentencia que comentamos” (QUIROGA, *La Intimidad...Op. cit.*).

5.3.3.6 O “Bafômetro” e a *Bocca Della Verità*: tomada de posição

Em Roma, há um ponto turístico muito visitado chamado *Bocca Della Verità*. Situa-se na igreja medieval de *Santa Maria Cosmedin*. Trata-se da imagem de um rosto esculpido em pedra. Segundo a lenda, o local era usado para julgamento de criminosos na Idade Média. Acreditava-se que, se um mentiroso colocasse a mão na boca de pedra, esta se fecharia, decepando-lhe a mão. Tementes a esta crendice, muitos criminosos preferiam não arriscar a perda do membro, jurando dizer a verdade, e acabavam confessando.

Com outros contornos, os etilômetros, popularmente conhecidos no Brasil por bafômetros, são verdadeiras bocas da verdade *pós-modernas*. A diferença é que a boca do suspeito passa a ser a “boca da verdade”, pois é colocada no aparelho, e expirando-se o ar, chega-se à conclusão sobre um crime.

Na lenda da Idade Média, o suspeito tinha a possibilidade de colocar a mão da boca da verdade e jurar, ou mesmo confessar. Nos tempos modernos, ao menos aos olhos de alguns, não há escolha. Isto porque se sustenta que a recusa pode configurar o crime de desobediência¹⁰³⁶. No Brasil, por exemplo, a materialidade do delito só é comprovada através do etilômetro, ou exame de sangue, uma vez que, para a tipificação do delito, se exige a quantia de 06 decigramas de álcool por litro de sangue. Parece estar assim, na centralidade do problema relativo à segurança viária, o tema da recusa em submeter-se a exame de alcoolemia.

A lenda trazida à colação serve para ilustrar como as coisas mudam apenas aparentemente, em uma perspectiva de progresso e liberdade; na verdade, porém, a história real se dá na perspectiva de Walter Benjamin, conforme já aduzimos anteriormente. Nota-se que, na essência, embora as fórmulas mudem – ontem, uma boca de pedra; hoje, um aparelho sofisticado -, a questão de fundo continua a mesma: o suspeito pode ou não ser transformado em objeto, pode ou não recusar-se ao exame, daí advindo as consequências desta recusa.

¹⁰³⁶ Como referimos anteriormente, é o caso da legislação de Portugal e Espanha.

Comparando a tortura com as intervenções corporais com emprego de força física, notamos também que a questão de fundo é idêntica. Na Idade Média, o emprego da força busca arrancar a confissão, ou seja, a verdade através da palavra. Hoje, o emprego da força sobre o corpo não tem outra função que não a de arrancar a verdade através das amostras biológicas. Embora os instrumentos atuais sejam mais sofisticados do que os que hoje se encontram nos intrigantes museus da inquisição, como o de Cartagena de Índias, na Colômbia, é tão somente nisso que reside a diferença.

No caso do bafômetro, o resultado “mágico” muitas vezes está presente também, como no caso da Boca da Verdade. No Brasil, para parte da jurisprudência e da doutrina, embora não sejam majoritárias, basta acusar um resultado superior a 06 decigramas de álcool por litro de sangue para a configuração do delito, sem se indagar se tal concentração de álcool no sangue de fato influenciou efetivamente a condução, transformando o delito em um crime de perigo abstrato.

A par dessas considerações, resta-nos tomar uma posição acerca das consequências da recusa em submeter-se ao teste de alcoolemia, à luz dos princípios *nemo tenetur*, da presunção de inocência e da ampla defesa.

O argumento de que, através da obrigatoriedade à submissão do exame, estar-se-ia garantindo a segurança viária não convence. Há outras formas de se buscar tal desiderato, notadamente pela atuação administrativa. Não se pode admitir o exame de sangue coercitivo, nem tampouco punir com desobediência a recusa, já que se trata de regular exercício de direitos fundamentais, a saber: ampla defesa e direito contra a autoincriminação coercitiva.

Não obstante, todas as soluções administrativas são legítimas na hipótese. Poderá a autoridade impor, como condição à circulação nas vias, o dever de se submeter a controle e fiscalização do poder de polícia do Estado através da submissão aos testes. A recusa pode, legitimamente, impor ao condutor multas elevadas, apreensão da carteira, proibição de conduzir e todas as medidas administrativas capazes de garantir a segurança viária, o que está em harmonia com o poder de polícia que o Estado detém sobre as vias. O que não é admissível é impor ao suspeito um dever de colaboração autoincriminante no domínio do processo penal.

Até mesmo em atenção ao princípio da fragmentariedade, que ilumina o direito penal¹⁰³⁷, a esfera administrativa não só é legítima como também eficiente na busca da segurança viária.

Não obstante todas as controvérsias que envolvem o tema no Brasil, cremos que a doutrina¹⁰³⁸ tem-se orientado acertadamente no sentido de que os princípios *nemo tenetur* e ampla defesa impedem a criminalização da recusa por desobediência, da mesma forma que a presunção de inocência impede a formação de qualquer interpretação em seu desfavor¹⁰³⁹, ou presunção de culpa em razão da recusa.

5.3.3.7 As intervenções corporais sobre a vítima, terceiros e familiares do arguido.

Tudo que foi exposto até então sobre a integridade corporal e a dignidade humana é aplicável à indagação sobre a possibilidade de realização de intervenção corporal não consentida sobre a vítima ou terceiro, pelo que poderíamos concluir, da mesma forma, pela impossibilidade de realização coercitiva com emprego de força física, e não configuração de delito de desobediência.

Todavia, em relação à vítima e a terceiros, poderia levantar-se um argumento a mais a favor das intervenções forçadas, pois estes, como não estão na condição de arguidos, imputados ou réus, não gozam do privilégio contra a autoincriminação, tampouco havendo que se falar, quanto a estes, da presunção de inocência¹⁰⁴⁰. Ademais, seria possível alegar a necessidade da intervenção, em benefício do réu, como aspecto

¹⁰³⁷ Sobre a fragmentariedade do direito penal, por todos, vale referir: DIAS, *Direito Penal...* Op. cit., p. 16-17.

¹⁰³⁸ “Por isso, não está obrigado a se submeter, forçadamente e contra sua vontade, a exame em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro – bafômetro), nem a exame de sangue para comprovar teor de álcool, para fins de caracterização do crime tipificado no CTB 306 (redação dada pela L. 11705/08 5º). A simples recusa em se submeter ao etilômetro ou a exame de sangue não configura crime de desacato (CP 331), tampouco de desobediência (CP 330), porque a ordem do funcionário público para que se submeta, contra sua vontade, ao exame é inconstitucional, porquanto fere a ampla defesa e obriga o acusado a fazer prova contra si mesmo” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 254). No mesmo sentido: GOMES, Luis Flávio. *Comentários às Reformas do CPP e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 379.

¹⁰³⁹ QUEIRO, *O Direito...* Op. cit., p. 264.

¹⁰⁴⁰ KAPPLER, *La Prueba...* Op. cit., p. 88, nota 241.

do direito da defesa e da sua própria dignidade, a fim de obstar a uma condenação injusta¹⁰⁴¹.

Ocorre que tais argumentos também não convencem. Sendo o réu titular da presunção de inocência, a questão se resolve pelo ônus da prova¹⁰⁴². Não se tendo a acusação desincumbida da prova, e tendo a recusa da vítima ou de terceiro criado uma dúvida, isto é, uma incerteza sobre a autoria ou materialidade de um crime, este fato, por si só, resolve-se em favor do réu, não sendo necessária, para a efetividade de sua defesa ou para a tutela de sua dignidade, a violação de direitos fundamentais, como a integridade corporal e a autodeterminação, da vítima e de terceiros.

No caso, a solução reside na correta aplicação do princípio da presunção de inocência, como regra de julgamento, e não no sacrifício de direitos fundamentais da vítima e de terceiros.

¹⁰⁴¹ Neste sentido, argumentou Moreno Verdejo: “Entiendo que la respuesta ha de ser afirmativa por las siguientes consideraciones.

Primero, el argumento de que el artículo 363 no da cobertura a la obligación de la víctima de someterse a la prueba no es decisivo. Por una parte, dicha cobertura puede sustentarse en el artículo 778.3 que, al expresarse en términos más generales, no limita la toma de muestras subjetivamente. Por otra parte, el artículo 363 no efectúa esa limitación: se refiere sólo a la parte pasiva de un proceso, al sospechoso, y en relación a los problemas que en torno al mismo se suscitan, pero no a la parte activa del procedimiento o víctima tal vez en la idea preconcebida de su normal disposición a la entrega de la muestra para la prueba. Que no diga nada de la víctima no permite concluir que la excluya en todo caso.

Segundo, la víctima tiene una serie de deberes con la Administración de justicia (no puede dejar de comparecer, no puede negarse a declarar o declarar falsamente, etc), cuyo incumplimiento reporta además consecuencias procesales y en ocasiones incluso de orden penal (arts. 463 32 y 458 – falso testimonio– del CP, entre otros), por ello cabe apoyar la posibilidad de restringir su voluntad, conminándole a un análisis de esta naturaleza, en su deber de colaborar con la Administración de justicia.

Tercero, **la solución debe tener en cuenta que la prueba puede resultar decisiva no sólo para lograr la condena de un culpable sino, en ocasiones, para evitar la condena de un inocente**: piénsese en un posible recurso de revisión frente a una sentencia condenatoria en el que interesara la práctica de esta prueba exigiéndose la toma de muestras de la víctima. No parece que sea bastante en tales casos conformarse con la valoración, siempre posible desde luego, de la negativa de la víctima a la práctica de la prueba” (MORENO VERDEJO, Jaime. Adn y Proceso Penal: análisis de la reforma operada por la ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Ed. Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia. Publicaciones año 2006, www.cej.justicia.es, p. 1820-1821, capturado em 22 de janeiro de 2010) [sem destaques no original].

¹⁰⁴² Neste sentido: “En definitiva, no creemos conveniente que el régimen de sometimiento a las intervenciones corporales se configure respecto de la víctima como una obligación (...) entendemos que la eficaz actuación del *ius puniendi* que suficientemente garantizada considerando el sometimiento de la víctima a las inspecciones y registros corporales como carga procesal. De este modo, si no hay otro medio de comprobar la existencia y la responsabilidad del delito, ante la negativa de la víctima a su realización, procederá la inadmisión de la denuncia o la querella, o el archivo de la causa” (AMIGO, *Las Intervenciones...* Op. cit., p. 33)

Os mesmos argumentos são aplicáveis aos familiares do acusado, cujas análises de ADN podem ser importantes para se esclarecer os fatos, à míngua de amostras do próprio acusado. Quanto a estes, acresce-se um óbice a mais: é que o art. 134º do Código de Processo Penal Português, assim como o art. 206 do Código de Processo Penal do Brasil, consagram o direito dos familiares, designadamente os descendentes, os ascendentes, os irmãos, o cônjuge, dentre outros, de deporem como testemunha. Vislumbramos, aí, que tais familiares estão desobrigados a colaborar no processo ou na investigação contra o arguido, de forma que não estão obrigados a suportar intervenções corporais¹⁰⁴³.

¹⁰⁴³ Neste sentido: “No cabe, por ello, someter obligatoriamente a la prueba a personas del entorno familiar del sospechoso (hermanos, ascendientes...) aun cuando de su análisis de ADN pudiera averiguarse la participación de aquél” (MORENO VERDEJO, *Adn y Proceso...* Op. cit., p. 1820).

VI. MEDIDAS DE COAÇÃO E INTERVENÇÕES CORPORAIS

As medidas de coação são mecanismos processuais de limitação da liberdade pessoal dos arguidos, que têm por escopo acautelar a eficácia do processo, seja em relação ao seu desenvolvimento, quer em relação à execução das decisões condenatórias¹⁰⁴⁴.

Inicialmente, cumpre destacar que as medidas de coação têm assento constitucional, sendo assim, possuem compatibilidade com o sistema de direitos fundamentais, funcionando como restrições às liberdades, expressamente admitidas pelo texto da Lei Fundamental.

A Constituição Portuguesa prevê explicitamente as medidas de coação, inclusive a prisão preventiva, a mais grave de todas, em seus artigos 27º e 28º. Por sua vez, a Constituição do Brasil também deixa transparecer de seu sistema de direitos

¹⁰⁴⁴ SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal vol. II*. Lisboa, Verbo, 2004, p. 254.

fundamentais, a possibilidade das medidas cautelares, como são chamadas na tradição brasileira, conforme se depreende do art. 5º, incisos LXI, LXII, LXV e LXVI.

Do exposto, conclui-se que, entre o princípio da presunção de inocência e a sujeição às medidas de coação, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, há apenas uma aparente contradição¹⁰⁴⁵, diante da incontestável base constitucional de tais medidas. Não obstante, há que se ter em mente que para a legitimação das medidas de coação à luz da presunção de inocência, mister se faz sua perfeita adequação aos princípios da necessidade¹⁰⁴⁶, adequação e excepcionalidade.

Desta forma, a medida só poderá ser aplicada para a efetiva garantia do processo, não podendo ser vulgarizada como antecipação de pena ou preservação de outros interesses, sendo certo que, entre as medidas admissíveis, deve-se sempre primar pela menos gravosa.

A par dessas premissas, interessa-nos relacionar as medidas de coação com as intervenções corporais. Na verdade, o corte objetivo que se faz na presente investigação diz respeito ao monitoramento eletrônico como forma de fiscalizar a medida de coação, tendo por consideração o fato de ele importar intervenção corporal, conforme ecoa na doutrina¹⁰⁴⁷, uma vez que o controle eletrônico consiste na fixação de um pulseira eletrônico no braço ou na perna do sujeito submetido à medida.

Com este propósito, procederemos, primeiramente, com um breve panorama da referida medida no ordenamento jurídico de Portugal e do Brasil, para, em seguida, formular nossa avaliação crítica sobre o tema.

6.1 Monitoramento Eletrônico no Ordenamento Jurídico Português

O processo penal português adotou o princípio da legalidade e da taxatividade das medidas de coação. Em outras palavras, as limitações ao direito de liberdade do

¹⁰⁴⁵ SILVA, *Curso de Processo...* Op. cit., p. 258.

¹⁰⁴⁶ “Daqui decorre o princípio, fundamental nesta matéria, segundo o qual as medidas coactivas só devem ser utilizadas quando absolutamente necessárias (*princípio da necessidade*)” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 436).

¹⁰⁴⁷ HERNÁNDEZ, *Intervenciones...* Op. cit., p. 115.

cidadão são apenas aquelas previstas em lei¹⁰⁴⁸, destacadamente o código de processo penal.

Segundo o CPP Português, as medidas de coação são: a) termo de identidade e residência (art. 196º); b) caução (art. 197º); c) obrigação de apresentação periódica (art. 198º); d) suspensão do exercício de funções, de profissão e de direitos (art. 199º); e) proibição de permanência, de ausência e de contactos (art. 200º); f) obrigação de permanência na habitação (art. 201); g) prisão preventiva (art. 202º).

Tais medidas são graduadas em função da sua gravidade crescente, relacionadas, também, à gravidade da pena abstratamente prevista para o delito atribuído ao arguido, não sendo nenhuma delas de curso obrigatório¹⁰⁴⁹.

Quanto à primeira medida, considerada a mais branda, ou seja, o termo de identidade e residência surge certa polémica sobre sua natureza como verdadeira medida de coação. Alguns sustentam tratar-se, apenas, em parte, de uma medida de coação, podendo ser taxada de medida de coação *sui generis*, muito se aproximando, verdadeiramente, de uma medida administrativa¹⁰⁵⁰.

Não obstante a peculiaridade do termo de identidade e residência (TIR), de forma geral, as medidas de coação se submetem as mesmas condições gerais de aplicação, isto é, **a prévia constituição como arguido e a inexistência de causa de isenção da responsabilidade ou extinção do procedimento**; e ainda, aos mesmos pressupostos de aplicação (*fumus commissi delicti* e *pericula libertatis*), ou seja, indícios da autoria de um crime, somados a: fuga ou risco de fuga; perigo de perturbação no decurso do inquérito ou da instrução do processo e, designadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da

¹⁰⁴⁸ GONÇALVES, Fernando e ALVES, Manuel João. *A Prisão Preventiva e as Restantes Medidas de Coação*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 109-110.

¹⁰⁴⁹ GONÇALVES, A Prisão... Op. cit., p. 110.

¹⁰⁵⁰ FERNANDES, Telma Maria dos Santos. *Sobre o Termo de Identidade e Residência (TIR): Suas Problemáticas*. In: I Congresso de Processo Penal – Memórias. Manuel Monteiro Guedes Valente (Organizador). Coimbra: Almedina, 2005, p. 354.

tranquilidade públicas¹⁰⁵¹ e de continuação da atividade criminosa, conforme preceitua o art. 204 do CPP Português.

Para além dessas exigências gerais, a obrigação de permanência na habitação traz requisito específico para a sua aplicação, conforme preceitua o art. 201 do CPP Português, na medida em que exige que o crime imputado ao arguido tenha pena máxima, abstratamente cominada, superior a três anos. Note-s, ainda, que tal medida só pode operar quando as anteriores e mais brandas mostrarem-se insuficientes ou inadequadas.

Essa medida de coação consiste na obrigação de não se ausentar, salvo quando autorizado judicialmente, da habitação própria ou na qual resida quando da aplicação da medida. Parte da doutrina vê nela verdadeira “detenção domiciliária”, pelo que as autorizações de saída são pontuais, ficando afastada a possibilidade de saída para trabalho regular. Ademais, tal medida deriva do desejo do legislador de responder, com eficácia, às exigências cautelares, socorrendo-se de expediente mais brando¹⁰⁵².

Outra aproximação recorrente que se faz na doutrina entre a permanência na residência e a prisão preventiva (domiciliar), reside no fato de que a medida de coação sob exame está submetida aos mesmos prazos de duração da prisão preventiva, conforme dispõe o art. 218º, nº 3, do CPP Português¹⁰⁵³.

Segundo o magistério de Germano Marques da Silva, no âmbito do direito português não é possível tributar à obrigação de permanência na habitação natureza de prisão preventiva domiciliar. A uma pela falta de previsão constitucional. A duas porque a violação da obrigação não constitui crime de evasão (art. 353 do C.P Português), resolvendo-se o tema pela substituição da medida por outra, inclusive por prisão preventiva, conforme o caso (art. 203 CPP Português). A três, pela inadmissibilidade de guarda permanente, na habitação, pela polícia. Ademais, para o autor não há

¹⁰⁵¹ Em nossa apreciação crítica faremos as considerações sobre os aspectos atinentes à inconstitucionalidade da prisão para a garantia da ordem pública.

¹⁰⁵² OLIVEIRA, Odete Maria de. *As Medidas de Coação no Novo Código de Processo Penal*. In: Jornadas de Direito Processual Penal/O Novo Código de Processo Penal, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Almedina, 1991, p. 178-181.

¹⁰⁵³ GONÇALVES, Manuel Maia. *Código de Processo Penal, Anotado e Comentado*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 447.

incompatibilidade dessa medida com a autorização para que o arguido possa trabalhar ou estudar, fazer compras ou submeter-se a tratamento médico¹⁰⁵⁴.

Não obstante a controvérsia sobre a natureza ou não de prisão preventiva domiciliar, não há dúvida que se trata de medida grave e excepcional, muito próxima da prisão preventiva. Aliás, tamanha é a semelhança que o art. 80 do código penal português dispõe que o período de cumprimento da obrigação de permanência na habitação será descontado por inteiro da pena de prisão que for imputada ao acusado.

Sendo assim, o cerne de nossa investigação no domínio das medidas de coação, na verdade, se refere à fiscalização da obrigação de permanência na habitação, o que, segundo o código de processo penal português, pode ser feita através de meios técnicos de controle à distância, regulado por lei, o que, de fato, ocorre através da Lei 122/99, que regula a monitorização posicional do arguido, isto é, a vigilância eletrônica. Com efeito, justificado está nosso interesse por este método de fiscalização, por constituir, como dissemos - e veremos -, verdadeira intervenção corporal.

Segundo o art. 1º da Lei 122/99, o controle e fiscalização da obrigação de permanência na habitação são feitos à distância, através de equipamento eletrônico que permite monitorar a posição do arguido, isto é, verificar se o mesmo se encontra no local onde foi instalado o equipamento. Tal controle é possível a partir da instalação de um dispositivo no corpo do arguido, o que se faz de forma não invasiva, através de pulseira colocada em seu braço ou em sua perna.

Importante assinalar que a utilização de meios de vigilância eletrônica depende do consentimento do arguido, mas não só isso depende, também, do consentimento das pessoas que vivam com o arguido e das que possam ser afetadas pela permanência obrigatória dele em determinado local (art. 2º, da Lei 122/99).

O consentimento do arguido é prestado pessoalmente perante o juiz, na presença do defensor, e reduzido a termo, ou por declaração, quando for requerida pelo próprio, enquanto o consentimento das pessoas que com ele habitam ou possam ser afetadas é

¹⁰⁵⁴ SILVA, *Curso de Processo...* Op. cit., p. 300.

dado por simples declaração escrita, prestada aos serviços encarregados da execução da vigilância. A todo tempo, o consentimento do arguido é revogável.

A utilização de meios de vigilância eletrônica é decidida pelo juiz, durante o inquérito, a requerimento do Ministério Público ou do arguido, podendo, depois do inquérito, ser decretada de ofício pelo Juiz, após ouvir o Ministério Público. Em qualquer caso, será sempre precedida de audiência prévia do arguido. Na decisão, deve se especificar os locais e os períodos de tempo em que será exercida, levando em conta o tempo de permanência na habitação e as autorizações de ausência estabelecidas (art. 3º, da Lei 122/99).

Na execução da vigilância eletrônica através de meios técnicos, deve se prezar pelo respeito à dignidade pessoal do arguido. Ademais, a instalação e utilização dos meios de vigilância eletrônica são asseguradas sem encargo para o arguido. O Instituto de Reinserção Social, responsável pela execução, pode recorrer aos serviços de entidades privadas para instalar e manter o funcionamento dos meios técnicos utilizados na vigilância (art. 4º e 5º, da Lei 122/99).

Durante a execução o juiz poderá ser provocado através de informações do Instituto de Reinserção Social sobre circunstâncias que justifiquem sua intervenção (art. 4º, nº. 4, da Lei 122/99).

No curso da medida recaem sobre o arguido inúmeros deveres, dentre os quais, permanecer no local da vigilância durante o período fixado na medida, entrar em contato com o técnico, com antecedência de 24 horas, para obter autorização judicial para ausentar-se excepcionalmente, receber visitas e cumprir as orientações do técnico de reinserção social, etc.¹⁰⁵⁵

¹⁰⁵⁵ Lei 122/99, art. 6º - Recaem em especial sobre o arguido os deveres de: a) Permanecer nos locais em que é exercida vigilância eletrônica durante os períodos de tempo fixados; b) Receber visitas e cumprir as orientações do técnico de reinserção social e responder aos contactos, nomeadamente por via telefónica, que por este forem feitos durante os períodos de vigilância eletrónica; c) Contactar o técnico de reinserção social, com pelo menos vinte e quatro horas de antecedência, para obter autorização judicial para se ausentar excepcionalmente durante o período de vigilância eletrónica; d) Comunicar ao técnico de reinserção social, de imediato ou no período máximo de doze horas, ausência motivada por factos imprevisíveis que não lhe sejam imputáveis; e) Apresentar justificação das ausências que ocorram durante os períodos de vigilância eletrónica; f) Abster-se de qualquer acto que possa afectar o normal funcionamento do equipamento de vigilância eletrónica; g) Contactar de imediato o técnico de

O Juiz, de três em três meses, procede, oficiosamente, ao reexame das condições em que foi decidida a utilização da vigilância eletrônica e à avaliação de sua execução, podendo, a par disso, manter, alterar ou revogar a decisão, após ouvir o Ministério Público e o arguido (art. 7º, da Lei 122/99).

A revogação da vigilância eletrônica pode ocorrer quando (i) se tornar desnecessária ou inadequada; (ii) quando o arguido revogar o consentimento; (ii) quando o arguido danificar o equipamento de monitorização com o objetivo de se furtar da vigilância, ou por qualquer outra forma tentar se eximir da vigilância, ou; (iv) violar gravemente os deveres a que for submetido (art. 8º, da Lei 122/99).

Procedente a revogação, o juiz, conforme o caso fixará outro meio menos intensivo de fiscalização da obrigação de permanência na habitação ou imporá ao arguido outra medida de coação (art. 8º, nº 2 da Lei 122/99).

Deste quadro, nota-se que no ordenamento processual português, a medida de coação, consubstanciada na obrigação de permanência na habitação, é um instituto diverso de sua fiscalização por meio de vigilância eletrônica, podendo, inclusive, ocorrer outras formas de fiscalização da obrigação de permanência que não a vigilância eletrônica, como se extrai do art. 8, nº 2, da referida lei.

6.2 Monitoramento Eletrônico: Panorama do Brasil

No Brasil, atualmente, não há previsão legal para o monitoramento eletrônico. Tramita no Congresso Nacional um projeto de lei do Senado (PL 156/2009), que visa trazer à luz (ou a escuridão) um novo código de processo penal, no qual este instrumento seria incorporado no ordenamento brasileiro.

É bem verdade que o atual código de processo penal do Brasil passou por significativa reforma pontual em 2008. Não obstante, é um reclamo frequente no meio jurídico o advento de um novo código de processo penal em substituição ao atual, que

reinserção social se detectar problemas técnicos no equipamento de vigilância electrónica ou ocorrerem interrupções do fornecimento de electricidade ou das ligações telefónicas. 2 - O técnico de reinserção social entrega ao arguido um documento onde constem os deveres a que fica sujeito, designadamente informação sobre os períodos de vigilância, bem como um guia de procedimentos a observar durante a execução. 3 - Os contactos e ausências a que se referem as alíneas c) e d) do n.º 1 são comunicados imediatamente ao juiz pelo técnico de reinserção social.

tem nítidos traços autoritários em razão do contexto histórico de seu nascimento (1941), e consequente inspiração fascista. Digno de registro, a verdade reside no fato de que, apesar das sucessivas reformas ao CPP do Brasil terem matizado o perfil autoritário do referido diploma, não se conseguiu banir dele aspectos profundamente incompatíveis com a Constituição, sem falar, ainda, no fato de que mesmo as reformas reiteraram (e algumas vezes aprofundaram) institutos anacrônicos com um processo penal democrático.

A par deste quadro, ou seja, um código de processo penal de 1941 - que sofreu inúmeras reformas - e um projeto de novo código, nosso apontamento ao panorama brasileiro será marcado pela apresentação do que temos e do que poderemos vir a ter. Iniciamos, pois, pelo que temos.

O atual código de processo penal não traz uma sistematização do que chamamos “processo penal cautelar”. Temos por processo penal cautelar o regramento das atividades jurisdicionais tendentes a produzir medidas que têm por objetivo a prevenção do processo, quer em sua fase de conhecimento, quer na fase de execução. Isto é, o processo cautelar tem por escopo impedir o esvaziamento da própria atividade jurisdicional, visando garantir a eficácia da prestação jurisdicional¹⁰⁵⁶.

No quadro vigente, as medidas cautelares ocorrem, por vezes, no curso do processo penal de conhecimento, outras, antes mesmo de sua instauração, ou seja, na fase do inquérito policial, mas, de qualquer modo, estaremos sempre diante de uma atividade jurisdicional cautelar.

Entre nós, as medidas de coação chamadas de cautelares, classificam-se em **pessoais** – quando recaem sobre a pessoa do acusado, como nos casos de prisão cautelar – e **reais** – que não recaem sobre a pessoa e sim sobre coisas, como o seqüestro e o arresto. Elas estão dispostas separada e assystematicamente pelo CPP do Brasil; as pessoais, sob o título “Da Prisão e da Liberdade Provisória”; e as reais, sob o capítulo “Das Medidas Assecuratórias”. Interessa-nos, apenas, as medidas cautelares pessoais, por ser o quadrante no qual se assenta o monitoramento eletrônico.

¹⁰⁵⁶ NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 415.

Na verdade, no código em vigor, em termos de medidas cautelares pessoais, só encontramos as prisões cautelares, sendo várias as espécies em nosso sistema processual, que se abrigam sob a nomenclatura “prisão cautelar” ou “prisão provisória”, a saber: prisão em flagrante, prisão preventiva¹⁰⁵⁷, prisão temporária^{1058 1059} e a prisão para fins de extradição¹⁰⁶⁰. Não arrolamos, aqui, a prisão administrativa, pois não é afeta ao processo penal. Vale registrar, contudo, que na legislação extravagante, como a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), que regula a violência doméstica familiar contra a mulher, há previsões de medidas cautelares para além da prisão, como afastamento do lar, proibição de aproximação, manutenção de contato etc.¹⁰⁶¹

Já o projeto do novo código de processo sistematiza a matéria, criando um título para as medidas cautelares pessoais e outro para as medidas cautelares reais. No que se refere às primeiras, a proposta legislativa é de que, ao lado da prisão provisória, passem a figurar mais treze medidas de coação, dentre as quais, o monitoramento eletrônico. Seriam elas, além da prisão provisória: a fiança; o recolhimento domiciliar; o monitoramento eletrônico; a suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica; a suspensão das atividades de pessoa jurídica; a proibição de frequentar

¹⁰⁵⁷ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 43.

¹⁰⁵⁸ Tal espécie de prisão tem sua constitucionalidade duvidosa, não obstante a jurisprudência tem-se firmado pela constitucionalidade. Indubitável a instrumentalidade desta modalidade de prisão, que tem traços específicos, distintos das demais espécies de custódia. Sobre o tema, Fauzi Hassan Choukr, *Processo Penal à Luz da Constituição*, Edipro, 1999, p. 83-110.

¹⁰⁵⁹ “A prisão temporária, doentia criação do legislador ordinário, é a mais violenta inconstitucionalidade praticada dentro do direito positivo brasileiro” (NASSIF, Aramis. *Liberdade e Crime em Tese*. In *Direito Penal e Processual Penal: Uma Abordagem Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 108.)

¹⁰⁶⁰ A prisão para o fim de extradição na essência não difere da prisão preventiva, com a especificidade de que busca prevenir o processo de extradição. Neste sentido: KARAM, Maria Lúcia. *Escritos sobre a Liberdade vol. VI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 45-47.

¹⁰⁶¹ Lei 11.343/06, Art. 22 - Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

determinados lugares; a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave; o afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; a proibição de ausentar-se da comarca ou do país; a proibição de se aproximar ou manter contato com pessoas determinadas; a suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte; a suspensão do poder familiar e a liberdade provisória (art. 521, do PL 156/2009).

Também no Brasil, em termos de medida de coação, a presunção de inocência é a **regra** que atua com o objetivo de evitar a antecipação da pena¹⁰⁶², enquanto a prisão cautelar é um **instrumento excepcional** a serviço da efetividade da jurisdição.

A doutrina tradicional, de modo geral, perfilha entendimento de que as prisões processuais, como as medidas cautelares do processo civil¹⁰⁶³, estão vinculadas aos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*¹⁰⁶⁴. Esta transposição mecânica dos conceitos do processo civil para o processo penal não passa imune às críticas da doutrina mais moderna.

Para Lopes Junior, é verdadeira impropriedade jurídica querer aplicar o *fumus boni iuris*, ao processo penal, uma vez que não se poderia trabalhar com a idéia de que o delito seria uma “fumaça do bom direito”. O correto, para o autor, seria aplicar a concepção de *fumus commissi delicti*, ou seja, a probabilidade de ocorrência de um delito, e não de um direito¹⁰⁶⁵. Para nós, esta confusão é meramente terminológica, pois basta pensar em probabilidade do direito de punir e teríamos solução satisfatória.

Diferentemente é a adoção do termo *periculum in mora*. Para o mesmo autor antes referido, o perigo não é da demora ou do tempo do processo. O perigo decorre da

¹⁰⁶² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 70.

¹⁰⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 59-62.

¹⁰⁶⁴ Neste sentido LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Ediciones Juridicas Europa-America, Buenos Aires, 1963, p. 260-261. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. p. 279-286. Também utilizando as expressões latinas: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 64; BATISTA, Weber Martins. *Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: 2ª. Edição, Forense, 1985, p. 13 e MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 4, p. 23-24.

¹⁰⁶⁵ LOPES JR. Aury. Crimes Hediondos e a Prisão em Flagrante como Medida Pré-Cautelar: Uma Leitura Garantista. In *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 55-56.

liberdade do imputado; sendo assim, o correto seria falar no *periculum libertatis*; este, sim, é o fundamento da medida cautelar¹⁰⁶⁶.

O que importa mesmo é o fato de que a prisão no curso do processo só é possível diante de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade de um crime, o que autoriza a constituição de um juízo de probabilidade de êxito da ação penal (*fumus commissi delicti*). Não sendo suficiente este juízo, os autos devem indicar também que a liberdade do acusado traduz-se em risco para o processo (*periculum libertatis*), o que não pode ser presumido diante da presunção de inocência, que funciona como limite da prisão processual.

Na doutrina também não há características uniformes, mas, conjugando autores como Aury Lopes Junior¹⁰⁶⁷ e Afrânio Silva Jardim¹⁰⁶⁸, tivemos oportunidade¹⁰⁶⁹ de sistematizar as seguintes características para a prisão cautelar:

Jurisdicionalidade: a prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada (art. 5º, LXI, CRF). Não obstante a prisão em flagrante ter natureza de prisão pré-cautelar quando efetuada pela autoridade policial; quando examinada e mantida pelo juiz, torna-se cautelar e jurisdicional.

Acessoriedade: a medida cautelar está sempre associada à segurança do resultado de um processo penal.

Preventividade: a prisão cautelar é destinada a prevenir dano de difícil reparação enquanto o processo principal não chega ao fim.

Instrumentalidade hipotética: a medida cautelar não é um fim em si mesma, ao contrário, tem por destinação assegurar a eficácia prática da atividade jurisdicional desenvolvida no processo de conhecimento ou de execução. Em outros termos, é o instrumento do instrumento, ou a tutela da tutela.

*Provisoriedade*¹⁰⁷⁰: sua manutenção depende da persistência dos motivos que a autorizaram, ou seja, é sempre *rebus sic stantibus*. Desvanecendo-se os indícios de

¹⁰⁶⁶ LOPES JR. *Crimes...* Op. cit., p. 55-56.

¹⁰⁶⁷ LOPES JR. Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 195-200.

¹⁰⁶⁸ JARDIM, Afrânio Silva. *Processo Penal, Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 266-267.

¹⁰⁶⁹ NICOLITT, *Manual...* Op. cit., p. 419-420.

autoria, ou o risco da liberdade, impõe-se a revogação. Ademais, a medida deve ser breve, não podendo, dada a gravidade, se protrair no tempo.

Excepcionalidade: a prisão cautelar é a *ultima ratio* do sistema, reservada apenas aos casos mais graves, só havendo razão para ser aplicada diante da circunstância de não se poder atingir as finalidades do processo de outra forma.

Nota-se, assim, que, de forma geral, os requisitos e as características da prisão cautelar servem de norte para qualquer medida cautelar que venha a ingressar no ordenamento jurídico através do projeto em curso no Congresso Nacional.

A reforma processual proposta (PL 156/2009) tem como ponto positivo dotar o Juiz de outras medidas de coação, tal qual ocorre em Portugal, para não ficar adstrito à prisão provisória, o que, sem dúvida, será relevante no intento de minimizar o elevado número de presos provisórios no Brasil, permitindo, ainda, gradação e proporcionalidade na aplicação das restrições cautelares no processo penal.

Especificamente em relação ao monitoramento eletrônico, o projeto, embora apresente um regramento muito semelhante ao de Portugal, que certamente foi sua fonte de inspiração, ao mesmo tempo traça algumas distinções de essência. Note-se que, enquanto em Portugal a medida de coação é a obrigação de permanência na habitação, sendo o monitoramento, apenas, uma forma de fiscalização, no projeto brasileiro, consta uma medida cautelar de recolhimento domiciliar (art. 521, III do PL 156/2009), muito semelhante à obrigação de permanência na habitação do direito português, ao lado do monitoramento eletrônico como medida cautelar autônoma (art. 521, IV, do PL 156/2009) e não como meio de fiscalizar o recolhimento domiciliar.

No projeto brasileiro, o monitoramento não vincula o sujeito à permanência domiciliar ou a qualquer outro local, apenas prevê a submissão a monitoramento que permita sua imediata localização, sendo, aparentemente, menos limitativa do direito de locomoção.

Segundo o projeto, tal medida só seria aplicável aos crimes cuja pena máxima, privativa de liberdade, seja igual ou superior a oito anos.

¹⁰⁷⁰ Alguns distinguem **provisionalidade** (associada à tutela de situações fáticas mutáveis) e **provisoriedade** (associada ao fator tempo - deve ter breve duração). Ver a respeito: LOPES JR., *Introdução...* Op. cit., p. 196-197.

No recolhimento domiciliar do projeto brasileiro não há limitação de sua aplicabilidade relativamente à quantidade de pena aplicada abstratamente ao delito, diversamente do que ocorre em Portugal, onde a obrigação de permanência na habitação só é aplicável aos crimes cuja pena máxima seja superior a três anos de prisão. Já o nosso monitoramento eletrônico, como medida autônoma, está limitado aos crimes cuja pena privativa de liberdade seja superior a oito anos. Deve-se registrar que a limitação de locomoção no monitoramento eletrônico é menor que a do recolhimento domiciliar. Ademais, para o monitoramento exige-se o consentimento do acautelado, para o recolhimento este é indiferente.

O que se nota na prática é que o recolhimento domiciliar acaba por ser mais restritivo da liberdade que o monitoramento eletrônico, e, sendo assim, os critérios para a medida mais restritiva são menos rigorosos que para a medida menos restritiva, para a qual se exige consentimento do acautelado e cominação abstrata de pena privativa de liberdade igual ou superior a oito anos, não havendo parâmetros para o recolhimento domiciliar.

Reforça a ideia de que o recolhimento domiciliar é mais restritivo e mais severo o fato de que seu cumprimento será computado como cumprimento da pena privativa de liberdade fixada em regime aberto, o que não se aplica ao monitoramento, que só é deduzido como tempo de cumprimento de pena restritiva de direitos (art. 594, do PL 156/2009). Ademais, analisando a questão sob a ótica do direito comparado, percebe-se que a obrigação de permanência na habitação do direito português tem regramento muito próximo da prisão preventiva, como a necessidade de reexame trimestral (art. 213º, 1, do CPP Português) e os prazos máximos de duração (art. 218º, nº 3, do CPP Português). Já o monitoramento eletrônico sequer é medida de coação, sendo simplesmente um meio de fiscalização da medida de obrigação de permanência na habitação. Por tudo, estamos convencidos de que o recolhimento domiciliar do projeto brasileiro é uma medida que, aplicada em seu rigor máximo, é mais gravosa que o monitoramento eletrônico.

Seguindo na análise do projeto, este mantém a previsão de aplicação de medida cautelar de ofício, pelo Juiz, prevendo ainda, casos de revogabilidade e substituição da medida à semelhança do sistema português (artigos 514, 518 e 582 do PL 156/2009).

Por fim, há que se registrar o que, a nosso sentir, é outra incongruência do projeto. É que na fixação do prazo de duração da medida, o recolhimento domiciliar tem, no projeto, o prazo máximo de 360 dias, enquanto o monitoramento eletrônico pode ter a duração máxima de 180 dias. Isto é, a restrição que pode ser mais severa se alarga no tempo, já a medida menos restritiva de liberdade tem sua existência temporal mais curta.

6.2.1. Algumas propostas para o PL 156/2009, no que tange à monitorização eletrônica.

Antes de passarmos a nossa análise crítica, entendemos oportuno propor algumas breves reflexões como contributo ao projeto do novo código de processo penal (PL 156/2009), partindo, inclusive, do modelo legislativo de Portugal.

Primeiramente, é preciso ter clareza de que o sistema brasileiro definiu o monitoramento como medida cautelar autônoma e não como forma de fiscalização do recolhimento domiciliar; sendo assim, o projeto carece de um regramento sobre como será a fiscalização do recolhimento domiciliar.

Em seguida, deve se ter em mente que as diversas medidas de coação apresentam diversidade de gravidade, que devem ser consideradas para efeito de regramento. O PL 156/2009 não deixa claro qual a medida que é mais grave, se o monitoramento ou o recolhimento domiciliar.

Em alguns dispositivos o projeto parece fazer crer que o recolhimento domiciliar é mais gravoso por representar maior restrição à liberdade, estando mais próximo da prisão preventiva que o monitoramento eletrônico, e, por isso, se justificaria sua detração em relação à pena privativa de liberdade em regime aberto, o que não ocorre com o monitoramento.

Por outro lado, o monitoramento se submete a critérios mais rígidos, como a pena abstratamente cominada e o consentimento, o que não se justificaria se fosse concebido como medida mais branda que o recolhimento.

Sobre o prazo do recolhimento domiciliar, sua proximidade com a prisão preventiva, ou seja, se concebido como medida mais gravosa que o monitoramento,

injustificável é sua duração maior que este, ou seja, durante 360 dias, enquanto o monitoramento, se visto como mais brando, poderia perdurar por 180 dias.

O projeto deve deixar claro o que considera como mais grave das medidas, traçando em relação aos prazos e requisitos, critérios proporcionais e adequados, sob pena de que, com o ingresso de tais dispositivos no ordenamento, sejam taxados de inconstitucionais por violação do princípio da proporcionalidade ou de, no mínimo, criarem celeuma no meio jurídico.

De bom alvitre seria deixar claro que o descumprimento não importa no crime do art. 351, do CP, do Brasil, ou seja, fuga de pessoa presa, pois, desconfiamos que não faltariam vozes - arautos da repressão - pugnando pela tipicidade da conduta.

Salutar seria, tal qual prevê o projeto, em relação à prisão preventiva, e, da mesma forma, prevê a legislação portuguesa, estabelecer o reexame trimestral sobre a necessidade de manutenção da medida.

Por fim, a fim de evitar futuras declarações de inconstitucionalidade, indispensável suprimir a possibilidade de decretação da medida, de ofício, pelo Juiz, o que vulnera o sistema acusatório.

Até agora, procuramos apenas apresentar um panorama da questão à luz do processo penal brasileiro, adicionando algumas sugestões ao projeto brasileiro. Passemos, então, à análise crítica do monitoramento eletrônico.

6.3. Monitoramento Eletrônico: um olhar através do realismo de Machado de Assis

Mais uma vez nos socorremos da literatura para lançar luzes sobre o direito processual penal. O autor eleito agora é Machado de Assis, talvez o mais brilhante representante do realismo brasileiro.

Vera Malaguti, trabalhando a história do medo no Rio de Janeiro, o faz tendo, como um dos marcos temporais, o Império, precisamente em torno de 1835, e o fim do

século XX, nomeadamente nas campanhas eleitorais de 92/94¹⁰⁷¹. Para ela, Machado de Assis, “o mais arguto observador do cotidiano brasileiro”, situa-se no centro da conjuntura de seu estudo sobre o medo, precisamente entre o Império e a República. Para nós, sua literatura ilumina e se aplica - como veremos - não só à referida conjuntura, mas a própria contemporaneidade, tal qual se revelou a obra de Kafka. Com razão, Bosi afirma que Machado não descreve apenas o Rio de Janeiro no Segundo Império, mas o pulsar universalizante de seus personagens (proprietários, funcionários e escravos) transcende esta conjuntura imperial¹⁰⁷².

Da mesma forma que registramos nossa identificação com Kafka, como profissional burocrático do direito, ressaltamos também nossa afinidade pessoal com Machado de Assis, pois, como destacou Vera Malagui, o autor realista “como o preto que conseguiu entrar na sala e sentar-se à mesa de uma sociedade burguesa carioca ascendente, ele lança o olhar mais ácido, através da condição de sua invisibilidade”¹⁰⁷³.

Roberto Schwarz, a partir da obra machadiana, realiza a análise dos indicativos de uma “forma perversa de progresso”, o que para nós transforma Machado de Assis em um intérprete da história na perspectiva de Walter Benjamin, adotada como moldura teórica desta investigação. Para Schwarz, a obra de Machado de Assis desvenda o sentido histórico da crueldade da produção escravista, baseada na violência e na disciplina¹⁰⁷⁴.

É deste autor que retiramos como base de partida de nossa análise crítica sobre o monitoramento eletrônico, o conto “Pai Contra Mãe”¹⁰⁷⁵.

O conto trata da estória de Cândido Neves, que exercia o ofício de capturar escravos fugidos, e Arminda, uma mulata fugida. Cândido, que não se ajustou a outro ofício, acabou por se embrenhar no ramo de caçador de escravos fugidos, o que até certa

¹⁰⁷¹ BATISTA, Vera Malaguti. *O Medo na Cidade do Rio de Janeiro. Dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 21.

¹⁰⁷² BOSI, Alfredo. *Machado de Assis, o enigma do olhar*. São Paulo: Ática, 1999, p. 32.

¹⁰⁷³ BATISTA, O Medo... Op. cit., p. 60

¹⁰⁷⁴ SCHWARZ, Roberto. *O Sentido Histórico da Crueldade em Machado de Assis*. In: Revista Novos Estudos, nº 17. São Paulo: CEBRAP, 1987, p. 42.

¹⁰⁷⁵ MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. *Pai Contra Mãe*. In: Machado de Assis - Contos. Porto Alegre: L&PM, 1998, p. 90-105.

altura era um negócio rentável. Conheceu Clara, com quem se casou e passou a viver. No correr dos tempos, a concorrência aumentando e a escassez de ganhos, levou a família a profundas dificuldades financeiras.

No ápice do aprofundamento da miséria e endividamento familiar em que viviam, nasce o filho do casal, sendo Cândido forçado pelas circunstâncias a levar seu filho para “abandoná-lo” na Rua dos Enjeitados. Quando se aproxima do local com seu filho nos braços, percebe a presença da escrava Arminda, a quem procurava há tempos, sem êxito, como forma de obter a recompensa.

Neste momento, deixou a criança em uma farmácia próxima, saindo no encalço da negra. Quando a capturou bradava ela por piedade, afirmando estar grávida e exclamando: *se Vossa Senhoria tem algum filho, peço-lhe por amor dele que me solte; eu serei sua escrava, vou servi-lo pelo tempo que quiser*. Arminda alegava que o senhor era muito mau e, certamente, a castigaria com açoites - o que em seu estado seria pior de sentir. Cândido era firme: *Você é que tem culpa. Quem lhe manda fazer filho e fugir depois?*

Chegando a casa do senhor e após tempo de luta, a escrava abortou. Cândido Neves viu todo esse espetáculo anestesiado com a alegria de receber cinquenta mil-réis e poder manter seu filho consigo. Ao final do conto, Cândido Neves, *beijando o filho, entre lágrimas verdadeiras, abençoava a fuga e não se lhe dava do aborto*. Por fim, se conformou afirmando que *Nem todas as crianças vingam...*

Esta leitura nos remeteu à filosofia política de Agamben e a constatação, no conto, de uma vida nua, que se sacrifica para preservar uma vida protegida. Machado de Assis esclarece Enilda Benfica, não se importa em *desencantar o leitor mostrando a pior face da humanidade, suas mesquinharias, seus valores invertidos, a injustiça social de que são vítimas e o preço a pagar pela miséria em que vivem*. Vê-se, no conto, a troca de uma vida pela outra; e quem decide qual a vida que prevalece é o uso da força legitimado pelo poder. Segundo a autora referida, Machado de Assis aplica, no conto,

uma de suas teorias sobre a miséria humana, no sentido de sermos todos capazes de aplacar nossa consciência, mesmo tendo cometido o maior dos crimes¹⁰⁷⁶.

Embora a trama central da estória nos remeta à biopolítica, sua introdução vai ambientando o conto e descrevendo detalhes da escravidão, sendo estes aspectos que nos chama atenção para a análise do monitoramento eletrônico.

Nas primeiras linhas dessa estória, Machado de Assis demonstra como os aparelhos e ofícios são traços passageiros de uma dada cultura e estrutura social, afirmando que *a escravidão levou consigo ofícios e aparelhos, como terá sucedido a outras instituições sociais*, passando a lembrar e descrever aparelhos típicos da cultura escravagista, como o ferro no pescoço e o ferro ao pé.

O autor descreve a máscara de folha-de-flandres como um instrumento que continha apenas três buracos, dois para ver, um para respirar, e era fechada atrás da cabeça por um cadeado; e utilizada para tapar a boca dos escravos com o objetivo de perderem o vício da embriaguez. Afirma o autor: *Era grotesca tal máscara, mas a ordem social e humana nem sempre se alcança sem o grotesco, e alguma vez o cruel*.

Descrevendo o ferro ao pescoço, afirma que era aplicado aos escravos fujões. Tratava-se de uma coleira grossa, com a haste grossa também à direita ou à esquerda, fechada atrás com chave. Esclarece Machado de Assis: *Pesava, naturalmente, mas era menos castigo que sinal. Escravo que fugia assim, onde quer que andasse, mostrava um reincidente, e com pouco era pegado*¹⁰⁷⁷.

Ao pensarmos nas pulseiras eletrônicas que instrumentalizam o monitoramento eletrônico, inicialmente, pode parecer inevitável lembrar os filmes de ficção científica e imaginar uma sociedade do futuro dominada pelo avanço tecnológico. Porém, a tecnologia é, planejadamente, obsoleta e os equipamentos tecnológicos do futuro, muito

¹⁰⁷⁶ BENFICA, Enilda. *Sobre Pai Contra Mãe: Uma vida pela outra*. In: Machado de Assis - Contos. Porto Alegre: L&PM, 1998, p. 106-108.

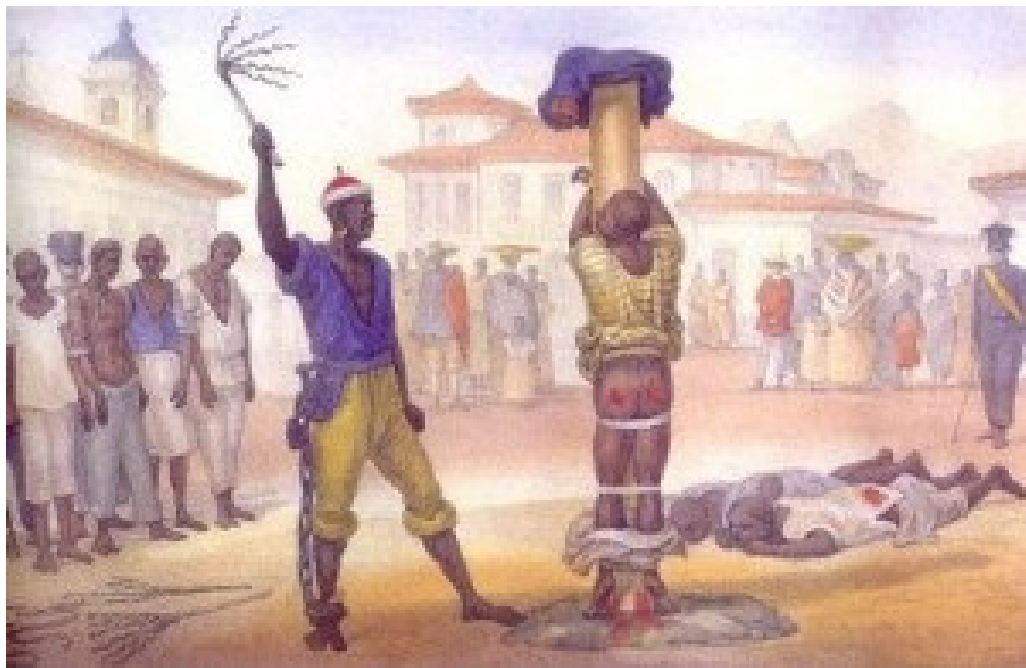
¹⁰⁷⁷ Impossível não vir à lembrança o dispositivo do projeto de um novo código de processo penal que regula o monitoramento eletrônico, *verbis*: Art. 579 – (...) o juiz poderá submeter o investigado ou acusado a sistema de monitoramento eletrônico que permita a sua **imediata localização** [grifo nosso]. Para nós, se trata também de menos castigo e mais sinal.

rapidamente, se enterram, como grotescos, no passado, tal qual ocorreu com os instrumentos da escravidão, que “foi embora” levando com ela seus aparelhos.

Ao mesmo tempo, olhar as pulseiras eletrônicas, tendo por referência o conto de Machado de Assis, passa a ser evitável a referida lembrança dos filmes de ficção científica, pois somos, ao contrário, remetidos ao passado para perceber que, passado e presente, sobre certo aspecto, não se distinguem, mormente numa visão a partir da história dos vencidos, como sugere Walter Benjamin.

Esta ubiquação entre passado, presente e futuro pode ser bem ilustrada através da comparação das imagens que registraram cenas públicas de um cotidiano semelhante na essência, embora temporalmente distintos vale ilustrar:

BRASIL DE ONTEM E HOJE



Escravo no pelourinho sendo açoitado. Gravura de Debret, 1835. Ao fundo o Paço Imperial na atual Praça XV, Centro do Rio de Janeiro.



Assaltante preso quando roubava moto. Av. Pasteur, 132 – Botafogo, em 09/01/2010 às 10:30h (Jornal: O Dia, 10/01/2010, pag. 14. Foto: João Batista Damaceno)

As luzes da literatura machadiana nos mostram o caminho para analisar, criticamente, a questão do monitoramento eletrônico, partindo de uma consciência despida do fascínio provocado pela tecnologia, evidenciando as similitudes entre passado e presente, para, ao final, verificar os aparelhos tecnológicos como instrumentos a serviço do poder e que, portanto, podem por em causa a dignidade e a liberdade do homem.

6.3.1 Monitoramento eletrônico: compatibilidade sistêmica e risco cultural

A partir das considerações supra é possível passar à análise jurídico-constitucional da utilização do monitoramento eletrônico.

Considerando que a Constituição de Portugal prevê expressamente as medidas de coação, inclusive a prisão preventiva, sendo certo que o monitoramento eletrônico é menos gravoso que o cárcere; e tendo em conta, ainda, que as medidas cautelares possuem amparo também na Constituição do Brasil, não temos dúvida de que, do ponto de vista sistêmico, a princípio, e de forma geral, existe compatibilidade entre o monitoramento eletrônico e o sistema de direitos fundamentais, conforme previsto na legislação portuguesa e tal qual se pretende no projeto de lei do Brasil, com alguns reparos que indicaremos em seguida.

É bem verdade, como já o dissemos em outra passagem, que direito à integridade física pode ser compreendido como direito à saúde física, no sentido de não ser privado de nenhum membro ou órgão do corpo, bem como não ser submetido à enfermidade, nem perturbado seu bem estar corporal e psíquico através de sensações de dor e sofrimento, estando aí inserido o direito à própria aparência pessoal, ou seja, a imagem externa do indivíduo (Mourullo¹⁰⁷⁸ *apud* Hernández, 1995).

Não obstante, ainda assim vislumbramos compatibilidade na medida, primeiramente porque a submissão a ela está condicionada ao consentimento do arguido (Portugal, art. 2º da Lei 122/99; Brasil, art. 580 do PL 156/2009), não havendo, além disso, lesão à integridade corporal através de qualquer subtração do corpo ou parte dele, por mais ínfima que seja, sendo possível, inclusive, ser contornada a afetação da imagem, tendo em vista que o aparelho não é ostensivo.

Não pode ser olvidado, contudo, que tanto a legislação de Portugal, como o projeto brasileiro, padecem de grave inconstitucionalidade, consistente na previsão da aplicação da medida, oficiosamente, pelo juiz.

A Constituição Portuguesa de 1976 é expressa na adoção da estrutura acusatória do processo penal¹⁰⁷⁹. Estrutura é alicerce, fundamento, ou seja, a base do sistema processual. Já a Constituição do Brasil de 1988, ao contrário da Portuguesa, que expressamente afirmou a estrutura acusatória do processo penal, não fez referência expressa a esse sistema, não obstante, consagrou princípios e regras que não deixam dúvidas em relação à adoção do referido modelo acusatório.

A distinção entre o sistema inquisitivo e o acusatório não apresenta grande dificuldade. Como é sabido, a inquisição é marcada pela concentração das funções de julgar, investigar e acusar em um só órgão, consistindo, a essência do sistema acusatório, na separação das funções, no qual o julgador só desempenha o mister de

¹⁰⁷⁸ MOURULLO, Rodríguez. *Comentários al Código Penal*. (Organizador Manuel Cobo Del Rosal), Tomo I, Ed. Edersa, Madrid, 1992.

¹⁰⁷⁹ O Processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório. (CRP, Parte I – Dos Direitos e Deveres Fundamentais, Título II – Direitos, liberdades e garantias, Cap. I, Art. 32, n. 5).

julgar¹⁰⁸⁰. *De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente, é a separação entre juiz e acusação*¹⁰⁸¹. Para, além disso, ao contrário do que ocorre na inquisição, no sistema acusatório há igualdade entre as partes, ou seja, o réu deixa de ser objeto para ser sujeito processual, além de haver publicidade, contraditório e ampla defesa¹⁰⁸².

Para Vergé Grau a *ultima ratio* do sistema acusatório é a de preservar a imparcialidade do juiz para que este se converta em um julgador genuíno, acima das partes, sem competência para qualquer função senão a de julgar os delitos¹⁰⁸³.

Em Portugal não é outra a orientação, como se extrai da pena de Germano Marques da Silva, *verbis*: *O sistema acusatório procura a igualdade de poderes de actuação processual entre a acusação e a defesa, ficando o julgador numa situação de independência, super “partes”, apenas interessado na apreciação objectiva do caso que lhe é submetido pela acusação*¹⁰⁸⁴.

Muitas vezes se associa, a nosso ver, equivocadamente, a necessidade de uma maior atividade e iniciativa do juiz em razão da publicização do processo. Imaginar tal fato no processo civil, quando estamos diante de particulares em litígio e de interesses, que boa parte das vezes são privados, pode até ser admissível.

¹⁰⁸⁰ “(...) cuando el Estado se hace cargo por sí mismo de la persecución penal, existe una doble posibilidad de configurar el procedimiento penal: proceso inquisitivo o acusatorio.

1. En el proceso inquisitivo el juez interviene por sí mismo: él detiene, interroga, investiga y condena. No hay acusador ni acusado, sino solamente el juez (el inquisidor) – que investiga y juzga (...) La otra posibilidad consiste en conformar el proceso penal, aun manteniendo el principio de oficialidad, como proceso acusatorio, por tanto, unir las ventajas de la persecución penal estatal con las del proceso acusatorio que consisten, precisamente, en que juez y acusador no son la misma persona. Esto sólo puede suceder si el Estado asume tanto la tarea del acusador como la del juez, separando esa función en dos autoridades estatales distintas – una autoridad de acusación y el tribunal” (ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, Tradução: Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l, 2000, p. 86)

¹⁰⁸¹ FERRAJOLI, *Direito...* Op. cit., p. 454.

¹⁰⁸² PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

¹⁰⁸³ VERGÉ GRAU, J, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Ed. Bosch, 1994, p. 21-22.

¹⁰⁸⁴ SILVA, *Curso...* Op. cit., vol. I, p. 58.

Não obstante, no processo penal tal assertiva é descabida. Isto porque os interesses em jogo, no processo penal, são públicos e um dos intervenientes é sempre o Estado, através do Ministério Público.

Na medida em que o Ministério Público surge no processo penal como órgão estatal, dotado de prerrogativas próprias do magistrado¹⁰⁸⁵, obrigado a agir dentro dos parâmetros da legalidade e da objetividade, a inércia do Juiz em momento algum importa privatização do processo, pois a publicização ainda estaria evidente em razão da atuação do *Parquet*. Ademais, no modelo acusatório continental vigora o princípio da legalidade (obrigatoriedade), pelo que não pode o Ministério Público dispor da ação penal diante dos pressupostos fático-jurídicos estando obrigado, pois, a instaurar a persecução penal, o que se harmoniza com a tutela do interesse público, próprio do processo penal.

O surgimento do Ministério Público dá uma nova feição ao processo penal, permitindo o afastamento do juiz das atividades incompatíveis com o julgamento sem, com isso, retirar do processo sua natureza pública. De certa forma, se o percurso de publicização do processo civil tem sido marcado por uma maior atividade do juiz, inclusive na produção da prova, por outro lado, no processo penal, a publicização está associada ao advento do Ministério Público. *A trajetória do processo penal é marcante neste particular, pois, de um sistema acusatório rígido e individualista, atingimos uma quase total publicização deste excelente sistema, graças à criação da instituição do Ministério Público*¹⁰⁸⁶.

A evolução do processo penal se dá com o abandono da inquisição através do freqüente afastamento do juiz das atividades persecutórias, o que inclui a produção de prova e as medidas de coação.

Por tudo, não se pode associar uma postura mais ativa do juiz no processo penal com a publicização do processo, o que nos conduziria à conclusão errônea de que nos

¹⁰⁸⁵ No Brasil, como foi dito, o Ministério Público goza de vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e independência funcional. (Art. 127, § 1º e 129, §5º da CRF/88). Em Portugal o art. 219º, 4. da Constituição assegura: *os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados, e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei.*

¹⁰⁸⁶ JARDIM, *Processo...* Op. cit., p. 43.

idos da inquisição o processo atingiu sua publicização máxima. A nosso ver, repita-se, a publicização do processo penal deve ser tributada ao surgimento do Ministério Público e, portanto, este deve chamar para si a responsabilidade pela busca da verdade e pelas medidas de coação.

Por tais razões, entendemos ser inconstitucional a parte do art. 194º, nº 1, do CPP de Portugal, quando autoriza o Juiz, depois do inquérito, aplicar, oficiosamente, as medidas de coação. Neste caso, o juiz deixaria de ser um juiz de garantias, um juiz da liberdade, para se tornar um juiz inquisidor. Da mesma forma, com maior razão, o PL 156/2009 padece de inconstitucionalidade na medida em que autoriza a decretação das medidas cautelares *ex officio* pelo Juiz, já que não existe no sistema brasileiro, a figura do juiz de instrução e do juiz de garantias.

Deixando de lado estes ajustes que entendemos necessários, em linhas gerais, o problema da intervenção corporal, consubstanciada no monitoramento eletrônico, não será exatamente um problema sistêmico, ou de incompatibilidade com o sistema de direitos fundamentais. Para nós, os grandes riscos que dela advém referem-se ao problema da cultura jurídica autoritária, tal qual ocorre com as prisões cautelares.

Acreditamos que, ao menos no Brasil, considerando a experiência que temos em relação a outros mecanismos de compressão a direitos fundamentais, como a prisão provisória e as interceptações telefônicas, a medida será campo fértil para abusos e exageros. Temos uma profunda desconfiança de que também no campo da monitorização eletrônica, a exceção se tornará regra.

Caso o uso da monitorização eletrônica se ponha a serviço da restrição do poder punitivo do Estado, servindo como instrumento alternativo à prisão, estará ela servindo de importante inovação tecnológica a serviço do homem e de sua liberdade, fazendo com que pessoas que, inicialmente, teriam a necessidade de aguardar seus julgamentos presas, pudessem agora aguardá-los, apenas, com a liberdade vigiada, o que, sem dúvida, é menos nocivo que a prisão.

Mas ao contrário, estamos convictos, talvez tomados pela história dos vencidos¹⁰⁸⁷ e pelos dados sobre as prisões cautelares no Brasil¹⁰⁸⁸, que a cultura jurídica autoritária fará da monitorização eletrônica mais um instrumento de expansão do poder punitivo estatal. Nossa prospecção é que, ao contrário de servir para que pessoas que necessitariam estar presas pudessem ficar “apenas” com a liberdade vigiada, na verdade, a tendência é que as pessoas que não necessitariam estar presas, e por isso prescindiriam de monitorização eletrônica, passariam a ter sua liberdade vigiada a partir deste novo instrumento que estará a serviço do braço punitivo estatal.

Lembramos que o processo, embora seja uma garantia fundamental, um instrumento da liberdade, não raro é transformado em instrumento de opressão estatal. Como bem ilustrou Kafka, o que se poderá esperar da subversão que se fará de um instrumento que desde seu nascedouro se destina a limitar a liberdade?

A par disso, cremos que o desafio dos juristas de Brasil e Portugal, relativamente à monitorização eletrônica, não é reconhecer e denunciar sua incompatibilidade sistêmica com os direitos fundamentais, mas, sim, conter os avanços de sua utilização autoritária, punitiva, a serviço não da liberdade do homem e de sua dignidade, como finalidade Estatal, mas como mais um instrumento da biopolítica, do biopoder, do braço opressor do Estado, feroz, violento e, aparentemente, fantasiosamente, justificado sob o discurso da produção e proteção da vida e da segurança.

¹⁰⁸⁷ Perspectiva que adotamos no prólogo.

¹⁰⁸⁸ NICOLITT, *As Subversões...* Op. cit., p. 122-123.

CONCLUSÃO

É chegada a hora de sistematizar e reiterar as principais ideias desenvolvidas ao longo do trabalho. Concluir nada mais é do que relembrar o essencial que constitui o arcabouço da tese. Como momento derradeiro, concluir explicita, resumidamente, nossas posições pessoais¹⁰⁸⁹.

Nosso ponto de partida foi a apresentação de nossa pré-compreensão do Estado e, após discorrer sobre seu desenvolvimento histórico, apresentamos um apontamento sobre o Estado para Marx, ou seja, o Estado considerado como uma superestrutura em relação à sociedade pré-estatal, onde se formam e se desenvolvem as relações materiais de existência, como conjunto de instituições políticas onde reside a máxima força imponível, ou a *violência concentrada e organizada da sociedade*¹⁰⁹⁰.

Em nossa tese adotamos Marx na precisa definição de Costanzo Preve, isto é, não como ponto de chegada, e, sim, um ponto de partida. O marxismo é comparável ao

¹⁰⁸⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 319-320.

¹⁰⁹⁰ MARX, Karl. *Il Capitale*. V. I, Roma. Ed. Riuniti, 1965, p. 814.

“fio de Ariadne”, que não serve para matar o minotauro, mas é útil para sair do labirinto¹⁰⁹¹.

Aliamo-nos à perspectiva de Walter Benjamin e concluímos que a história do desenvolvimento do Estado não pode ser vista como um progresso linear e previsível, e o Estado de Direito não é, por si só, garantia de mais civilidade, capaz de banir ações desumanas e vis que se desenvolvem no seu próprio seio.

Ainda, à guisa de prólogo, apresentamos as dificuldades que giram em torno da teoria da justiça, e, como aos juristas é, de certa forma, fácil entender a teoria da jurisdição, como teoria sobre o exercício do poder, sendo-lhes, ao contrário, difícil penetrar na teoria da justiça, como aspecto afeto que é à filosofia do direito.

Adotamos a concepção de Owen Fiss, para quem: *the function of a judge is to give concrete meaning and application to our constitutional values*¹⁰⁹² (a função do juiz [portanto, a jurisdição] é atribuir significado e aplicação aos valores constitucionais)¹⁰⁹³.

A Constituição consagra valores como a igualdade, liberdade, devido processo, proibição de formas cruéis e iníquas de prisão, o que, via de regra - em razão de suas ambiguidades -, dá margem a inúmeras interpretações diferentes, não raro conflitantes. A função do juiz é conferir significado concreto e aplicação, relativamente aos valores constitucionais¹⁰⁹⁴.

Realçamos as várias concepções de justiça desenvolvidas ao longo da História e concluímos que não se pode dela pretender um conceito absoluto, e que a justiça, como igualdade, tem sido uma ideia sobre a qual recai certo consenso entre os filósofos, sem olvidarmo-nos das valorosas contribuições de Del Vecchio, da justiça como alteridade, e de Kant, para quem a justiça é liberdade.

¹⁰⁹¹ BOBBIO, *Nem com Marx*. op. cit., p. 286-289.

¹⁰⁹² FISS, Owen. *The forms of justice*. Harvard Law Review, Cambridge, Harvard University Press, v. 93, p. 04.

¹⁰⁹³ No Brasil, temos a lição de: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 105.

¹⁰⁹⁴ FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 25-26 e p. 36.

Lançamos mão da lição de Perelman para identificar na justiça três elementos: a) o valor que a fundamenta; b) a regra que a enuncia; e c) o ato que a realiza. Admitimos, como ele, que apenas os dois últimos (b e c) são os que podemos submeter às exigências racionais, ou seja, podemos exigir que o ato trate da mesma forma os seres que fazem parte da mesma categoria essencial, bem como podemos exigir que a regra esteja justificada e decorra de um sistema normativo adotado. Não obstante, quanto ao valor, que é o fundamento do sistema normativo, não podemos exigir um critério racional: este será sempre arbitrário e indeterminado. Não podemos qualificar este valor de justo ou injusto ¹⁰⁹⁵.

A par disso, chegamos à conclusão de que um sistema de justiça nunca será perfeito, já que não há um único valor que englobe e domine todos os outros, pois, como todo valor é arbitrário, não existe justiça absoluta, inteiramente fundamentada na razão: só existe justiça absoluta quando falamos de justiça formal (abstrata), ou seja, quando estivermos diante de seres previamente estabelecidos na mesma categoria essencial ¹⁰⁹⁶.

Por tal razão, sempre é relevante, ao aplicar a regra, pensar no fundamento arbitrário dos sistemas normativos que a sustenta. Ademais, para atenuar o impacto da arbitrariedade dos valores, demos relevo à justificação e à argumentação.

Chegamos, então, a apresentar a justiça constitucional como o somatório da justiça formal e da justiça concreta, mas, esta última, partindo não só dos elementos subjetivos, como descreve Perelman, mas, principalmente, dos valores fundamentais consagrados na Constituição.

Entendemos adequado a uma investigação sobre intervenção corporal, discutir a vida e o corpo, e, após algumas incursões interdisciplinares, centramos-nos na vida e no corpo na perspectiva da biopolítica e do biopoder. Em seguida, passamos a destacar a nova ordem política, que traz um novo papel para o direito.

¹⁰⁹⁵ PERELMAN, *Ética...* Op.cit., p. 63.

¹⁰⁹⁶ PERELMAN, *Ética...* Op.cit., p. 64.

No contexto da biopolítica, o poder tem por foco a vida. Por seu turno, as instituições judiciárias se integram cada vez mais num contínuo de aparelhos (médicos, administrativos, etc.) cujas funções são destacadamente reguladoras.

Neste quadro da investigação, baseamo-nos na filosofia política de Agamben e Michel Foucault, e pudemos constatar que as constituições escritas, a partir da Revolução Francesa, os códigos e legislações são, na verdade, na ótica do pensador do Collège de France, formas que tornam aceitável um poder essencialmente normatizador.

Destaca Foucault, com o que concordamos que a vida se tornou objeto das lutas políticas que são formuladas através do direito, como o direito à vida, ao corpo, à saúde, à felicidade, ao mínimo existencial. Esses novos direitos, incompreensíveis ao sistema clássico, aparecem como uma *réplica política a todos esses novos procedimentos de poder* (biopoder e biopolítica) ¹⁰⁹⁷.

No seio desta resistência e desta luta, descrevemos o poder como promotor utilitarista da vida, bem como a explosão de violência, justificada no desejo de assegurar a vida. Ainda da lição de Foucault, realçamos que o discurso de purificação e prolongamento da vida mascara o lado obscuro da biopolítica. Essa obsessão por vida, ao contrário de gerar um decréscimo de violência, constitui-se, na verdade, numa grande fonte de absurdas violências vivenciadas pela humanidade.

Destacamos que, enquanto Foucault pensa a biopolítica contextualizando-a na modernidade, Agamben a demonstra viva em toda a tradição política do Ocidente, correndo ainda como um rio subterrâneo, pronto a emergir na contemporaneidade.

Apresentamos os conceitos-chave de Agamben, tais como os de poder soberano, bando, vida nua e de estado de exceção.

O primeiro, como o poder que cria uma zona de indistinção entre violência e direito, entre lei e natureza, externo e interno, inclusão e exclusão. O poder soberano é o que decide o que é violência, o que é direito, e o que, ao mesmo tempo, pode confundi-

¹⁰⁹⁷ FOUCAULT, *História...* Op. cit., p. 136.

los¹⁰⁹⁸. Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício¹⁰⁹⁹.

O segundo conceito é o de vida nua, ou seja, a vida exposta à morte, a vida sem proteção. A origem política do poder é o poder sobre a vida. *A sacralidade da vida, que se desejaria hoje fazer valer contra o poder soberano como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder e morte*¹¹⁰⁰.

Realçamos que a sacralidade da vida, ao contrário de ser a oposição ao poder soberano, é, na verdade, sua origem: *o fundamento primeiro do poder político é uma vida absolutamente matável, que se politiza através de sua própria matabilidade*¹¹⁰¹. Portanto, não é de se espantar que, em nome dos direitos humanos e da proteção à vida, a violência e as intervenções bélicas ocorram mesmo nas democracias liberais.

É o poder soberano que define a vida nua, que é matável e desprovida de proteção e garantias. Ela é uma zona de indistinção entre a vida como *bíos* (política) e *zoé* (natural). A vida nua é, do ponto de vista da soberania, o elemento político originário¹¹⁰². A vida biológica (*zoé*) e a vida política (*bíos*) são formas de vida protegidas. A vida biológica, com suas necessidades, precisa ser prolongada e passa a ser o fato politicamente decisivo¹¹⁰³, pois o poder soberano “pode tudo”, sob a justificativa de alcançar tais objetivos. A vida nua, desprotegida, matável, que alimenta o poder soberano, aparece entre essas duas formas de vida (*zoé* e *bíos*). A morte da vida nua significa a vida dos outros (fortalecida, prolongada, protegida).

O titular da vida nua é o *homo sacer*. Esta figura do direito romano, na obra de Agamben, apresenta-se como chave para a leitura crítica da política atual. Ele é a primeira aparição de uma vida nua, desprotegida, matável, no mundo ocidental¹¹⁰⁴. A

¹⁰⁹⁸ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.72.

¹⁰⁹⁹ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.91.

¹¹⁰⁰ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.91.

¹¹⁰¹ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.95.

¹¹⁰² AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.98.

¹¹⁰³ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.127.

¹¹⁰⁴ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.107.

partir de então, surgem outros exemplos desta vida nua, como o além comatoso¹¹⁰⁵, o muçulmano¹¹⁰⁶ e as cobaias humanas no campo de concentração, os que são detidos nas *zones d'attente* dos aeroportos, bem como os habitantes de algumas periferias¹¹⁰⁷. Nesses exemplos, a vida se torna uma decisão político-jurídica.

Adotamos a tese de Agamben segundo a qual o campo de concentração é o *nómos do moderno, é a matriz oculta da política em que ainda vivemos, que devemos aprender a reconhecer através de todas as suas metamorfoses*¹¹⁰⁸ e travestimentos¹¹⁰⁹. A vida nua habita a contemporaneidade e qualquer um de nós pode tornar-se vida nua.

Convictos também estamos de que o estado de natureza não foi simplesmente superado pelo Estado civil: ele vive, como estado de exceção, no seio do Estado de Direito e pode ser instaurado ao alvedrio do poder soberano. Ademais, exceção e regra se confundem em uma zona de indistinção, e quando o estado de exceção tende a se tornar regra, ocorre uma coincidência entre estado de direito e estado da natureza¹¹¹⁰.

Ademais desta nova realidade política, evocamos a dignidade humana e os direitos fundamentais como réplica e como esperança, não sem uma consciência crítica, emancipatória e militante na transformação social.

Realçamos a dignidade humana como valor intrínseco da pessoa, irrenunciável e inalienável, elemento qualificador do ser humano, que dele não pode ser destacado, ou seja, qualidade integrante e irrenunciável da condição humana, que deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo ser criada ou constituída, pois é algo inerente ao ser humano¹¹¹¹.

Destacamos que a dignidade humana foi positivada em importantes Constituições pelo mundo, constando ainda em inúmeras declarações de direitos, tratados e convenções internacionais.

¹¹⁰⁵ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.171.

¹¹⁰⁶ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.191.

¹¹⁰⁷ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.182.

¹¹⁰⁸ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.182.

¹¹⁰⁹ AGAMBEN, *Homo...* Op. cit., p.129.

¹¹¹⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002, p. 37-45.

¹¹¹¹ SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 42-43.

Tomamos posição no sentido de que é possível a harmonização ou relativização da dignidade; todavia, isto só é concebível no plano concreto, diante de tensão entre dignidade e dignidade, ou seja, em razão da igual dignidade de todas as pessoas.

O sacrifício da dignidade será sempre inadmissível, da mesma forma que será repudiável qualquer ponderação ou relativização em razão de interesses comunitário, público ou da ordem pública, que seriam verdadeiras abstrações.

A dignidade, em razão de sua dupla dimensão (princípio e regra), prepondera em relação aos demais princípios, o que leva alguns a pensarem nela como um princípio absoluto. Demais disso, a dignidade, como qualidade intrínseca do ser humano, nunca pode ser sacrificada, não obstante possa ser relativizada ou harmonizada (o que nos parece melhor) em razão da igual dignidade de todos os seres humanos, sobre o quê há certo consenso¹¹¹².

O núcleo essencial da dignidade humana pode ser construído a partir da regra de inspiração kantiana, de que há de ser vedada qualquer conduta que importe coisificação e instrumentalização do ser humano¹¹¹³.

A dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental de maior relevo axiológico da Constituição, possuindo eficácia jurídica e aplicabilidade imediata.

A dignidade humana confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, funcionando como fonte ética, colocando a pessoa humana como fundamento e fim da sociedade e do Estado¹¹¹⁴.

É função do aplicador, notadamente do juiz, interpretar conceitos vagos e indeterminados, como o da dignidade humana. Embora seja difícil precisar o sentido deste enunciado, a chamada *teoria de cinco-componentes*¹¹¹⁵ parece adequada às realidades constitucionais brasileira e portuguesa. Sua base antropológica remete ao homem como *pessoa*, como *cidadão*, como *trabalhador* e como *administrado*.

¹¹¹² SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 75-77.

¹¹¹³ SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 141.

¹¹¹⁴ MIRANDA, *Manual...* Op. cit., p. 180-181.

¹¹¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição, Almedina, 2003, p. 249.

Concebe-se, assim, uma integração dos direitos fundamentais, que tem início na afirmação da integridade física e espiritual do homem como aspectos irrenunciáveis de sua *individualidade*, seguindo-se a garantia da identidade e integridade da pessoa através do desenvolvimento de sua personalidade, e passando-se à chamada *libertação da angústia da existência* da pessoa, o que se dá por meio de mecanismos sociais de providências que assegurem ao ser humano o mínimo existencial. O quarto componente é a *autonomia individual*, através da limitação dos poderes públicos no campo dos conteúdos, das formas e dos procedimentos do Estado de Direito. Por fim, o quinto componente reside na *dignidade social*, ou na *igualdade de tratamento normativo*, ou seja, igualdade perante a lei¹¹¹⁶.

Enquanto a teoria dos cinco componentes tem um perfil positivo, como diretriz para o respeito e a realização da dignidade, a chamada fórmula-objeto, de Dürig, possui uma matriz negativa, indicando quando ocorre a violação da dignidade. A precitada fórmula constitui-se numa construção teórica segundo a qual a dignidade humana é atingida quando a pessoa (humana) se torna um mero objeto do agir estatal. Esta fórmula é de nítida inspiração kantiana, no sentido de que a pessoa humana deve ser considerada um fim, e não um meio, vedada, assim, qualquer coisificação ou instrumentalização do ser humano¹¹¹⁷. Com efeito, se, por um lado, é difícil saber quando se está realizando a dignidade humana, por outro, diante da fórmula-objeto, não se teria dificuldade em se detectar quando a dignidade é violada.

A dignidade humana é uma regra-princípio que veda a instrumentalização humana e proíbe sua utilização como meio para alcançar determinada finalidade. Desta forma, o critério determinante para identificar a violação da dignidade é a intenção de instrumentalizar ou coisificar o outro. Em termos claros, a dignidade da pessoa humana é violada sempre que a pessoa não for considerada como sujeito de direito, e, sim, como objeto.

A dignidade humana, como valor supremo da ordem jurídica e qualidade inerente ao homem, não se concilia com a lógica utilitarista de que eventual sacrifício

¹¹¹⁶ Idem, p. 248-249.

¹¹¹⁷ SARLET, *Dignidade...* Op. cit., p. 36.

de um justifica a maior felicidade da maioria. A ética utilitarista está em oposição à dignidade humana, notadamente em razão de o utilitarismo buscar justificar restrições e agressões aos direitos humanos em função dos valores permanentes da comunidade ou da humanidade.

Em razão da dignidade, a liberdade do homem deve ser protegida. Mas, para, além disso, deve estar associada a outros valores como igualdade e fraternidade. A liberdade não pode ser fruto de um liberalismo em sua dimensão puramente econômica, formadora de um Estado mínimo, pois esse modelo de Estado, paradoxalmente, é uma ameaça à liberdade, na medida em que cria um Estado penal, senão máximo, excessivamente agigantado.

O ideário da Revolução Francesa (igualdade, liberdade e fraternidade) deve ser buscado de forma incansável, uma vez que são objetivos ainda não alcançados e que não foram superados por novos paradigmas como “segurança, diversidade e solidariedade”, como pensam alguns¹¹¹⁸. Destacadamente, a “segurança” não substitui a “liberdade”, como projeto constitucional.

Mister se faz resgatar o “desejo por liberdade”, em detrimento do “medo”, da cultura do risco, acreditando que não será, com o sacrifício de direitos fundamentais, que se logrará a almejada tranquilidade e segurança. Não se pode descuidar, da mesma forma, do “desejo por igualdade”, isto é, um resgate do Estado-providência, que assegure a dignidade humana através das garantias do mínimo existencial, que torne acessíveis a educação, a saúde, o trabalho e a moradia.

A virada ao encontro do desejo de liberdade requer abdicação do pragmatismo e do imediatismo, exigindo, ainda, que aprendamos a conviver com o mal-estar gerado pela vida em comum e, a partir de então, poder superá-los com integração, diversamente da exclusão, da intolerância e da marginalização¹¹¹⁹.

¹¹¹⁸ DENNINGER, Erhard: “*Security, Diversity, Solidarity*” instead of “*Freedom, Equality, Fraternity*”. Tradução: Christopher Long e William E. Scheuerman. In *Constellations*, Volume 7, nº 4, Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000, p. 509.

¹¹¹⁹ KARAM, *Escritos...* Op. cit, vol. I, p. 47.

Entre o Estado e o homem, encontram-se os direitos fundamentais, fruto de uma longa construção histórica. O medo e a ilusória oferta fácil de segurança e do bem comunitário não podem pô-los em risco, nem tampouco justificar restrições para além das que estão expressamente previstas nas Constituições.

Em matéria de direitos fundamentais, o tema das restrições não expressamente autorizadas pela Constituição é muito sensível. Nutrimos grandes reservas às restrições de direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, mormente à luz do que dispõe o n.º 2, do art. 18.º, da Constituição Portuguesa. Custa-nos admitir os chamados limites imanentes, ou a reserva geral imanente de ponderação, como formas de restrição dos direitos fundamentais, sem assumir riscos com relação à segurança dos direitos fundamentais e aos princípios do Estado Democrático de Direito.

Para nós, a proibição do art. 18.º, n.º 2, da CRP tem uma dimensão que não pode ser resumida apenas em um especial apelo ou advertência, dirigido aos poderes constituídos, no sentido do reforço da enunciação do carácter excepcional, e sempre carente de justificação, de qualquer restrição da liberdade em um Estado de Direito. O referido dispositivo nos parece ser algo além da demonstração do carácter restritivo às restrições não expressamente autorizadas.

Creemos, também, que, relativamente aos limites imanentes implícitos, estes devem ser concebidos através da ideia de que não é admissível, em hipótese alguma, que a Constituição, ao proteger especificamente determinado bem por meio do reconhecimento e garantia de um direito, possa estar a acobertar situações e formas do seu exercício sempre que, pelo contrário, deva concluir-se que a Constituição exclui tais situações e formas de exercício sem condições nem reservas. Em outros termos, quando a Constituição garante o direito de liberdade não acoberta o seu exercício através de sacrifício humano; assim como o direito constitucional de liberdade artística não autoriza a morte de um ator no palco¹¹²⁰.

As intervenções corporais querem pertencer ao campo das chamadas restrições ou limites dos direitos fundamentais. Algumas delas, em razão de serem invasivas,

¹¹²⁰ ANDRADE, *Os Direitos...* Op. cit., p. 294-295.

afetam a própria dignidade humana. Colocado no domínio das restrições de direitos fundamentais, o tema – intervenções corporais – deve ser precisado no âmbito das restrições não expressamente autorizadas¹¹²¹; daí decorrem, portanto, todos os problemas concernentes aos chamados limites imanentes, ou mesmo da chamada reserva geral imanente de ponderação¹¹²².

Relativamente a estes problemas, as jurisprudências constitucionais de Portugal e do Brasil, embora não se tenham consolidado com plenitude, têm apresentado importantes manifestações sobre a possibilidade das intervenções corporais não consentidas no processo penal.

Do exame do panorama jurisprudencial português conclui-se que o Tribunal Constitucional vem entendendo que a Constituição não proíbe, em absoluto, a extração coativa de material biológico de um arguido, e tampouco a sua posterior análise genética não consentida, para fins de investigação criminal ou instrução processual, desde que se observem os requisitos do n° 2, do art. 18º, da CRP, a saber: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A Corte não despreza uma leitura utilitarista ao considerar, em sua decisão (acórdão 155/2007), o ponto de vista prático e as consequências de interpretação diversa. Em seu julgado, destacou o desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário das múltiplas soluções que conduzem às ideias de autorizações “indiretas ou tácitas”, de “limites imanentes”, de “limites constitucionais não escritos”, de “limites intrínsecos”, de “restrições implícitas” e de “limites instrumentais”. De tal maneira, o Tribunal afastou qualquer conclusão no sentido da existência de direitos fundamentais que, por falta de previsão constitucional expressa, seriam insuscetíveis de restrições.

O Tribunal conclui que não se pode duvidar que a Constituição autoriza a restrição dos direitos fundamentais, como os da integridade pessoal, da liberdade geral de atuação, da reserva da vida privada ou da autodeterminação informacional, tudo para a busca de finalidades próprias do processo penal, invocando, em seu amparo, decisão

¹¹²¹ Sobre as restrições não expressamente autorizadas: CANOTILHO, *Direito...* Op. cit., p. 450 e NOVAIS, *As Restrições...* Op. cit.

¹¹²² NOVAIS, *As Restrições...* Op. cit., p. 573.

anterior (Acórdão n.º 254/99), que, registre-se, só tratou da autodeterminação informacional e da reserva da vida privada, sem considerações sobre a integridade física e outros direitos.

Na atual conjuntura da jurisprudência constitucional portuguesa, a Constituição autoriza a restrição à integridade física, à liberdade geral de atuação, à reserva da vida privada e à autodeterminação informacional. No mesmo passo, a interpretação que se deu à proteção contra a autoincriminação (*nemo tenetur*) foi restrita, limitando-a, praticamente, ao direito ao silêncio, sem alargar sua dimensão para outros aspectos da colaboração do arguido no processo penal.

À luz das considerações de ordem ideológica, filosófica e jurídica que trouxemos, nomeadamente no capítulo V, auguramos que esta posição do Tribunal Constitucional Português seja revista, reconhecendo o verdadeiro alcance e dimensão do princípio *nemo tenetur se detegere*, para, só assim, recolocar o arguido como homem dotado de dignidade, na condição de sujeito do processo, e não na de mero objeto.

Por sua vez, o panorama brasileiro revela que o seu Supremo Tribunal Federal tem interpretado o princípio *nemo tenetur se detegere* como um direito fundamental com dimensão alargada, protegendo o indivíduo contra qualquer forma de colaboração forçada no curso do processo. Esta conclusão se extrai do tratamento dado pela referida Corte a questões como os testes de alcoolemia, exames grafotécnicos e perícia para o confronto de padrões vocais¹¹²³.

No âmbito brasileiro, esperamos que a força das ideologias autoritárias e a cultura do medo, tão presentes na sociedade brasileira, não sejam capazes de trazer uma mudança de paradigma na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e que este se mantenha firme nessa interpretação, que só fortalece os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito.

Nossa análise sobre as intervenções corporais se deu em dois quadrantes, a saber: prova e medidas de coação. No primeiro, ativemo-nos às intervenções não

¹¹²³ Capítulo VI.

consentidas e à possibilidade de sua realização mediante coação física, bem como às consequências pela não submissão. No segundo, analisamos a questão do monitoramento eletrônico.

No campo probatório, ao refletirmos sobre a verdade, constatamos as dificuldades de se almejar uma verdade absoluta diante dos problemas filosóficos que giram em torno do tema. Entre o dogmatismo e o ceticismo, aderimos a uma visão falibilista da verdade que deve ser transposta para o processo penal. O Estado Democrático de Direito não se compatibiliza com a busca de uma verdade absoluta no processo penal, e tais conclusões são relevantes para a análise das intervenções corporais não consentidas.

Ademais, o processo (dever ser), como garantia fundamental e corolário da dignidade humana, têm por escopo principal a preservação da liberdade individual, sendo inadmissível sua subversão em instrumento de segurança pública. Ao contrário, deve ser visto à luz do garantismo e afinado no diapasão das filosofias liberais que inspiraram as Revoluções do século XVIII. Por fim, deve ser depurado das ideologias autoritárias e totalitárias que ainda vivem no subterrâneo da contemporaneidade.

Com efeito, as conclusões a que chegamos ao que se refere às intervenções corporais em matéria probatória, são:

1. na ponderação entre os direitos fundamentais (inviolabilidade da integridade física e não autoincriminação) e os interesses públicos na segurança e busca da verdade, os primeiros prevalecem, de forma que não há possibilidade da realização de intervenções corporais não consentidas;
2. a vulneração da integridade física importa lesão à dignidade humana, em seu primeiro componente. A utilização do homem como meio de obtenção da verdade, nos autos do processo, o transforma em um

objeto e traduz-se em sua instrumentalização, em sua coisificação, o que é proscrito pela regra¹¹²⁴ de inviolabilidade da dignidade humana;

3. a dignidade humana é uma barreira intransponível à realização das intervenções corporais não consentidas, seja porque a recolha da amostra em si considerada, para alguns, já constitui violação à integridade física, seja porque - sob a ótica de outros - o eventual emprego de força sobre o corpo do examinado resulta em tal violação;
4. a opção por um processo penal democrático conduz a uma interpretação alargada do *nemo tenetur se detegere*, isto é, que eleva o seu alcance à proteção contra qualquer forma de colaboração do arguido no processo que não seja voluntária;
5. não há, axiológica e ontologicamente falando, diferença entre a verdade que surge de uma declaração e a verdade que surge de uma amostra biológica; portanto, não há que se limitar o *nemo tenetur* ao direito de declaração. Aliás, em termos de fiabilidade, a amostra é até mais eloquente;
6. o emprego de força física sobre o corpo humano com o intuito de obter informações genéticas que elucidem a verdade, no âmbito do processo penal, à luz da Convenção contra a tortura, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em tudo equivale à tortura. Admitir a constitucionalidade de qualquer lei ou interpretação que autorize as intervenções corporais não consentidas através de coação física é o mesmo que se instaurar *tormenta juris permissione*;
7. as Constituições do Brasil e de Portugal, ao vedarem o emprego da tortura, proscrevem também o emprego da força física para realização de intervenções corporais não consentidas;
8. os princípios da presunção de inocência, da ampla defesa e da proteção contra a autoincriminação impendem a criminalização da recusa em

¹¹²⁴ Repita-se que a dignidade humana tem dupla dimensão, a saber: princípio e regra.

submeter-se às intervenções corporais. O exercício de direitos constitucionais não pode configurar crime de desobediência, nem tampouco ser interpretado como indício contra o réu;

9. nos testes de alcoolemia, a apreensão do veículo, a interdição do direito de conduzir e a multa são medidas constitucionalmente legítimas, insertas no poder de polícia do Estado, no intuito de promover a segurança viária, o que é harmônico com o princípio da fragmentariedade do direito penal. O que merece censura constitucional é a utilização do processo para se buscar a referida segurança, através da criminalização do exercício de direito constitucional, ou do emprego de força para a recolha de prova;
10. embora as vítimas e terceiros não estejam protegidos pelo *nemo tenetur*, a correta aplicação da presunção de inocência desobriga-os também de se submeter às intervenções corporais sob coação, uma vez que a questão processual se resolve pelo ônus da prova.

No que concerne ao monitoramento eletrônico, assim concluímos:

1. Na medida em que tanto a legislação portuguesa como o projeto de lei brasileiro condicionam o emprego de tal intervenção corporal ao consentimento do arguido, não vemos, a princípio, incompatibilidade deste mecanismo com o sistema constitucional de direitos fundamentais; os riscos nesta seara advêm da cultura jurídica autoritária, tal qual ocorre com os abusos no emprego das prisões cautelares;
2. a experiência brasileira, designadamente em relação às prisões processuais, está a demonstrar que a incorporação de tal mecanismo em nosso ordenamento será um campo fértil para abusos e exageros, transformando o excepcional no vulgar;
3. no domínio do monitoramento eletrônico, sua aplicação prática só estará legitimada constitucionalmente se for colocado a serviço da liberdade, e não como mais um instrumento de expansão da opressão estatal. Assim, o monitoramento deve servir para que pessoas que estariam presas possam

sofrer “apenas” a liberdade vigiada - e não para que aquelas que deveriam estar soltas passem a sofrer com a liberdade vigiada;

4. não obstante a possibilidade constitucional do monitoramento eletrônico em si, o regramento português e o projeto brasileiro padecem de inconstitucionalidade, na medida em que permitem a sua decretação, de ofício, pelo Juiz, o que viola o sistema acusatório. Concluímos, pois, pela inconstitucionalidade do art. 194º, nº1, do CPP Português, e do art. 513, do PL 156/2009;
5. no projeto brasileiro, para além da violação do sistema acusatório, o PL 156/2009 merece alguns ajustes, como destacamos no capítulo VI, designadamente no que tange à coerência quanto a critérios, prazos e requisitos.

Como destaca Milton Santos, muito se fala dos progressos e promessas da engenharia genética, que levariam o homem a uma mutação biológica. Pouco lembrado, no entanto, é a possibilidade atual de mutação filosófica do homem, capaz de atribuir um novo sentido à existência de cada pessoa e, também, do planeta¹¹²⁵.

De todo o exposto, nossa maior certeza, talvez a única, é que vale a pena o caminho que se trilha, orientado pela máxima e radical efetivação dos direitos fundamentais. Não se sabe para onde tal caminho irá nos levar, mas sabemos do que fugimos. E mesmo nas noites mais escuras, cintilam, por trás das nuvens, estrelas que refletem a esperança dos homens que acreditam na liberdade, na igualdade, na dignidade e na solidariedade. Esse brilho da esperança, no seio da noite de trevas, nos permite continuar, mesmo na escuridão, pois nos faz sentir e pensar, como Tiago de Mello¹¹²⁶: *faz escuro (já nem tanto), vale a pena trabalhar. Faz escuro, mas eu canto porque a manhã vai chegar.*

¹¹²⁵ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 174.

¹¹²⁶ Madrugada Camponesa. Poema escrito na década de 60 e dedicado aos trabalhadores do Movimento dos Sem Terra – MST em 1999. MELLO, Thiago. *Faz escuro mas eu canto: porque a manhã vai chegar*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 39-40.

ANEXOS¹¹²⁷

I - Registro de ocorrência da notícia crime (RO 139-00702/2006)

05

REGISTRO DE OCORRÊNCIA
Nº 139-00702/2006

Data/Hora Início do Registro: 20/12/2006 19:54 Final do Registro: 20/12/2006 22:24
Origem: Atendimento 13906/00799-0 Circunscrição: 139a.Delegacia de Polícia
Responsável p/ Investigação: SÉRVIO TÚLIO SABÓIA DA FONSECA

Ben(s) Envolvido(s)

Dinâmica do Fato
O presente registro foi lavrado para atender encaminhamento do MM Juiz de Direito da Comarca de Porciúncula/RJ, Dr. Marco Antônio Novaes de Abreu, de 05/12/2006, para verificação de procedência da informação visando apurar possível delito de tráfico de drogas e prostituição de menores, fato noticiado através de denúncia anônima ao MM Juiz de Direito, por parte de moradores do bairro Cristo Rei. Tal ato estaria acontecendo no Bar do Sebastião do Couto, vulgo "BASTIÃO COITO", localizado na Rua Ubino Ferreira Cardoso, Morro Cristo Rei, neste município.

Iligências Realizadas
Serão realizadas posteriormente.

SÉRVIO TÚLIO SABÓIA DA FONSECA
Inspetor de Polícia - 872.307-4

¹¹²⁷ O registro de ocorrência e a denúncia, que constam do anexo, em razão da qualidade da imagem dos próprios documentos, não possuem uma digitalização com boa qualidade e nitidez. Não obstante, o intuito do anexo é apenas documentar as referências feitas ao caso concreto no corpo do trabalho. Quanto à denúncia, interessa-nos demonstrar que apenas o segundo parágrafo da página 437 é que faz referência a L.C.B.L (Luis Carlos), que teria a função de guarda e venda de entorpecentes em Porciúncula-RJ. O texto não está integral na digitalização.

II - Denúncia



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE PORCIÚNCULA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA
COMARCA DE PORCIÚNCULA

Inquérito Policial n. 702/88 - 129ª D.P.
Medida Cautelar n. 200 - 88.000477-3 - V.U. - Porciúncula

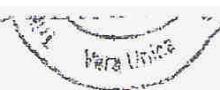
O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio do Promotor de Justiça que esta subscreve, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, vem oferecer

DENÚNCIA

em face de:

(1) WILLEY DE PAULA FARIA OLIVEIRA, vulgo "GORDINHO", brasileiro, natural de Muriaé-MG, nascido em 11/08/88, filho de Sebastião de Paula Oliveira e Neldre Aparecida de Faria Oliveira, RG nº 18140788, inscrito em SP-MG, solteiro, residente na Rua João Maria, nº 88, Kennedy, Muriaé-MG;


Promotor de Justiça



- (2) **ALESSANDRO DA COSTA**, brasileiro, natural de Muriaé-MG, nascido em 12/08/74, filho de José Expedito da Costa e Cleusa Maria da Costa, identidade n. M8501245, expedida pela SSP-MG, solteiro, residente na Rua Abeillard Goulart, nº 843, Santa Terezinha, Muriaé-MG;
- (3) **GILMAR DOS SANTOS MOREIRA**, vulgo "OREIA", brasileiro, natural de Muriaé-MG, nascido em 17/10/66, filho de Nelson Moreira e Maria Madalena Moreira, identidade n. MG10329061, expedida pela SSP-MG, separado judicialmente, residente na Rua Ana Nery, nº 55, Kennedy, Muriaé-MG;
- (4) **ROGÉRIO SALVIATO**, brasileiro, natural de Muriaé-MG, nascido em 16/10/69, filho de Francisco Salviato e Marília da Conceição Salviato, identidade n. M6536090, expedida pela SSP-MG, casado, com endereço comercial na Avenida Cristiano Ferreira Varela, nº 555, Universitário, Porciúncula-RJ;
- (5) **RODRIGO PIMENTEL BORGES**, vulgo "RODRIGO DO BAR", brasileiro, natural de Porciúncula-RJ, nascido em 13/08/79, filho de Expedito Felismino Borges e Jorgina Cândida Pimentel Borges, identidade n. 12248567-5, expedida pela IFP-RJ, solteiro, residente na Rua Iracy Paula Arantes, nº 03, 2º pavimento, São João, Porciúncula-RJ;
- (6) **ROBSON BAESSA MACHADO**, vulgo "BAESSA" ou "BAESSO", brasileiro, natural de Porciúncula-RJ, nascido em 15/04/82, filho de João Francisco Machado e Iteivina Baessa Machado, identidade n. 12912869-0, expedida pela IFP-RJ, solteiro, residente na Ladeira da Jurema, nº 412, Morro Cristo Rei, Porciúncula-RJ;

Handwritten signature and stamp:
Promotor de Justiça
Promotor de Justiça



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



- (7) **FLÁVIA PAZ DE OLIVEIRA**, brasileira, natural de Rio de Janeiro-RJ, nascida em 23/08/78, filha de João Batista de Oliveira e Marleneide Maria da Paz, identidade n. 20417131-8, expedida pela DETRAN-RJ, solteira, residente Iracy Paula Arantes, nº 03, 2º pavimento, São João, Porciúncula-RJ;
- (8) **SIRLENE FELISMINA BORGES LOPES**, vulgo "LENA", brasileira, natural de Porciúncula-RJ, nascida em 31/08/69, filha de João Francisco Machado e Iteivina Baessa Machado, identidade n. 20108554-5, expedida pela DETRAN-RJ, casada, residente na Rua Benjamin Alípio da Matta, nº 13, São João, Porciúncula;
- (9) **ELTON JAIR CUSTÓDIO DO COUTO**, vulgo "ELTO", "ELTO COUTO", "NEGÃO" ou "GRANDÃO", brasileiro, natural de Porciúncula-RJ, nascido em 17/08/76, filho de José Jair do Couto e Carmelita Custódia Marcelina, identidade n. 11685787-1, expedida pela IFP-RJ, solteiro, residente na Rua Donzelina de Araújo Rodrigues, nº 37, Boa Vista, Porciúncula-RJ;
- (10) **HERALDO CARLOS DE AQUINO**, vulgo "DIFÍCIL", brasileiro, natural de Porciúncula-RJ, nascido em 01/01/70, filho de Carlos Francisco de Aquino e Terezinha de Jesus Ferreira, identidade n. 8312441-2, expedida pela IFP-RJ, solteiro, residente na Rua Dr. José Thomaz da Porciúncula, nº 10, José E. Monteiro Filho, Porciúncula-RJ;
- (11) **LUIZ CARLOS BARBOSA LIMA**, brasileiro, natural de Itaperuna-RJ, nascido em 17/07/62, filho de Antonio Teixeira Lima e Enli Barbosa Lima, identidade n. 05013910-3, expedida pela IFP-RJ, solteiro, residente na Rua Santa Rita, nº 05, Vilas P. es Moreira, Porciúncula-RJ;

[Assinatura]
Procurador da Justiça



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



- (12) **GILCÉRIO REIS NUNES DA SILVA, vulgo "NANICO",** brasileiro, natural de Porciúncula-RJ, nascido em 08/09/77, filho de José Reis da Silva e Dulcinéia Albino Nunes da Silva, identidade n. 11887355-3, expedida pela IFP-RJ, solteiro, residente na Rua Santa Rita, nº 03, Olívia Peres Moreira, Porciúncula-RJ;
- (13) **ORLANDO SILVANO JÚNIOR, vulgo "NUNU",** brasileiro, natural de Porciúncula-RJ, nascido em 29/08/85, filho de Orlando Silvano e Maria Aparecida do Couto Silvano, identidade n. 21060724-8, expedida pela DETRAN-RJ, solteiro, residente na Rua Salomão Guimarães Reis, nº 20, Santo Antônio, Porciúncula-RJ;
- (14) **NILTON JOSÉ DUARTE, vulgo "TERERECO",** brasileiro, natural de Porciúncula-RJ, nascido em 19/12/68, filho de Mario José Duarte e Eva Ponciano Gonçalves, identidade n. 8060755-9, expedida pela IFP-RJ, solteiro, residente na Rua 01, casa 45, Nova Holanda, Macaé-RJ;
- (15) **JOSÉ REIS APARECIDO, vulgo "REIS",** brasileiro, natural de Porciúncula-RJ, nascido em 06/01/62, filho de José Aparecido Filho e Marieta Dias Húngara da Aparecida, identidade n. 558494-0, expedida pela IFP-RJ, solteiro, residente na Rua Pedro Lucas de Oliveira, nº 461, Vale do Sol, Porciúncula-RJ;
- (16) **VALBER RAIMUNDO DA SILVA, vulgo "GALINHO", "RATO", "VALDO" ou "VALTER",** brasileiro, natural de Porciúncula-RJ, nascido em 19/01/85, filho de Adilson Raimundo e Feni Raimundo, identidade n. 21780143-0, expedida pela DETRAN-RJ, solteiro, residente na Rua Salomão Guimarães Reis, nº 10, Santo Antônio, Porciúncula-RJ;

Carimbo diagonalizado: "Arquivado" e "Processo nº 123456789-0"



(17) **ROBERTO CLÁUDIO DOS SANTOS LAGE**, vulgo "**BETO CARANGOLA**", brasileiro, natural de Itaperuna-MG, nascido em 01/10/65, filho de Joel Gomes Lage e Erenice dos Santos Lage, identidade n. 7507967-3, expedida pela IFP-RJ, solteiro, residente na Rua Adyr Barroso de Carvalho, nº 349, João Francisco Braz, Porciúncula-RJ,

consoante fl. 27ª e 350, 277 e 354, 282 e 358, 289 e 366, 268 e 342, 271 e 346, 231 e 310, 235 e 314, 394 e 541, 264 e 338, 237 e 318, 243 e 322, 248 e 326, 398 e 546, 252 e 306, 260 e 334 e 256 e 330, respectivamente, dos autos do Inquérito policial nº 702/03, oriundos da 139ª DP, que instruem a presente, pelos fatos abaixo descritos.

I - DOS CRIMES

Em data não determinada nos autos, porém certamente antes do dia 15 de março de 2008, os denunciados, de forma livre e consciente, associaram-se entre si e com terceiras pessoas ainda não identificadas nos autos, em quatro núcleos, com o fim de praticar, de forma reiterada e permanente, o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes nas cidades de Muriaé-MG e Porciúncula-RJ.

Para a prática de tal desiderato coube a cada um dos denunciados e seus comparsas não identificados funções específicas dentro de cada uma das quatro associações acima referidas, na forma a seguir

Handwritten signature and stamp:
139ª DP
1ª Vara Única

especificada, que perduraram até o dia 24 de setembro de 2008, data em que foi efetivada a prisão temporária de todos os denunciados.

O primeiro núcleo associativo, instalado na cidade de Muriaé-MG, era integrado pelos quatro primeiros denunciados **WESLEY**, **ALESSANDRO**, **GILMAR** e **ROGÉRIO**. Conforme se verá a seguir, este primeiro grupo está intimamente relacionado às outras três associações, todas localizadas na cidade de Porciúncula-RJ, sendo o responsável pelo abastecimento de todas elas.

Dentro desta primeira associação, coube aos denunciados **WESLEY** e **ALESSANDRO** as funções de chefia e compra do material entorpecente. **WESLEY** e **ALESSANDRO** também guardavam drogas juntos, embora tivessem liberdade para fornecer os entorpecentes separadamente, seja no atacado, seja no varejo.

WESLEY também mantinha contato com membros das outras três associações enraizadas em Porciúncula-RJ e lhes entregava os entorpecentes tanto em Muriaé-MG como em Porciúncula-RJ.

Neste particular cabe frisar que em sede de busca e apreensão determinada por este Juízo foram arrecadados dois aparelhos de telefonia móvel na residência de **ALESSANDRO** e um na residência de **WESLEY**, todos utilizados para o tráfico de entorpecentes, conforme se verifica do auto de apreensão de fl. 496/497.

GILMAR era responsável pela guarda e depósito da droga de **WESLEY** em Muriaé-MG, atendendo-o e lhe entregando parcelas do material entorpecente sempre que solicitado. É digno de nota que em sede de busca e apreensão determinada por este Juízo também foi arrecadado um aparelho de

Depoimento do Juiz (1-1)
Comarca de Juiz



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

telefonia móvel na residência de **GILMAR**, utilizado para o tráfico de entorpecentes, conforme se verifica do auto de apreensão de fl. 498/499.

Por fim, **ROGÉRIO** adquiria drogas de **WESLEY** para vender em Muriaé-MG. Mais uma vez, destaca-se que em sede de busca e apreensão determinada por este Juízo foram arrecadados três aparelhos de telefonia móvel na residência de **ROGÉRIO**, todos utilizados para o tráfico de entorpecentes, conforme se verifica do auto de apreensão de fl. 496/497.

O segundo núcleo associativo, localizado em Porciúncula-RJ, era composto pelos denunciados **RODRIGO**, **ROBSON**, **FLÁVIA**, **SIRLENE** e pelo adolescente **WILIAM BORGES DA SILVA**.

Nesta organização incumbia a **RODRIGO** além da chefia, a compra do material entorpecente diretamente de **WESLEY** em Muriaé-MG, assim como a venda de drogas em Porciúncula, quase sempre intermediada por **ROBSON** ou pelo adolescente **WILIAM**.

Por seu turno, **ROBSON** era braço direito de **RODRIGO** na mencionada associação, auxiliando-o no transporte e na venda de drogas, sendo um dos responsáveis pela entrega dos entorpecentes aos usuários para **RODRIGO**. Neste aspecto, era comum a entrega de drogas por parte de **ROBSON** a usuários que mantinham contato com **RODRIGO** em seu estabelecimento comercial, conhecido como "Bar do Rodrigo", localizado na Rua Tracy Paula Arantes, n. 03, no primeiro pavimento. Frise-se que na maioria das vezes a droga era entregue por **ROBSON** em local diverso do estabelecimento acima citado.

A denunciada **FLÁVIA**, esposa de **RODRIGO** era incumbida da guarda e depósito das drogas da quadrilha na residência do casal, localizada no

PROFESSOR DE DIREITO



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



mesmo endereço do "Bar do Rodrigo", porém no segundo pavimento, sendo ainda a titular das duas linhas de telefonia móvel utilizadas por **RODRIGO** para negociação de substâncias entorpecentes com o fornecedor **WESLEY** e com usuários.

Saliente-se que em sede de busca e apreensão determinada por este Juízo foram arrecadados na residência do casal **RODRIGO e FLÁVIA**, sacolés e grampos utilizados para a "endolação" de drogas, conforme se verifica do auto de apreensão de fl. 493/495.

SIRLENE, irmã de **RODRIGO**, auxiliava no depósito, transporte e venda de entorpecentes, fornecendo-os a usuários quando necessário.

Por derradeiro, era relevante a participação do adolescente **WILLIAM** nesta associação, sendo ele responsável pela busca do entorpecente junto a **FLÁVIA**, em sua residência, pelo transporte e pela entrega de drogas a usuários.

O terceiro núcleo associativo, também localizado em Porciúncula-RJ, era composto pelos denunciados **ELTON, HERALDO, LUIZ CARLOS, GILCÉRIO, ORLANDO, NILTON e JOSÉ REIS**.

Nesta associação incumbia a **ELTON**, além da chefia, a compra do material entorpecente diretamente de **WESLEY** em Muriaé-MG, assim como a venda de drogas em Porciúncula.

Os denunciados **ORLANDO e NILTON** exerciam as funções de transportar a droga comprada de **WESLEY** de Muriaé-MG para Porciúncula-RJ, sendo responsáveis ainda pela venda de entorpecentes nesta última cidade.

Procurador do Estado
Promotor de Justiça



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ORLANDO também emprestava sua motocicleta para que **ELTON** buscasse entorpecentes junto a **WESLEY** em Muriaé-MG.

Neste aspecto, é digno de nota que os denunciados **NILTON** e **ELTON** foram presos por homicídio quando trafegavam na motocicleta de **ORLANDO** na cidade de Eugenópolis-MG no dia 29/05/08.

Aos demais integrantes desta quadrilha, **HERALDO**, **LUIZ CARLOS**, **GILCÉRIO** e **JOSÉ REIS** cabiam as funções de guarda, depósito e venda dos entorpecentes em Porciúncula RJ.

O quarto núcleo associativo, também localizado em Porciúncula-RJ, era formado pelos denunciados **VALBER** e **ROBERTO**.

Nesta organização criminosa incumbia a ambos os denunciados as tarefas de buscar entorpecentes junto a **WESLEY** em Muriaé-MG, sendo ambos também responsáveis pela guarda, depósito e venda de drogas em Porciúncula-RJ.

É digno de nota ainda que por diversas vezes **VALBER** conduziu a motocicleta de **ROBERTO** a Muriaé-MG, utilizando-se da mesma para comprar entorpecentes de **WESLEY**.

Cabe salientar, por fim, que durante as interceptações de conversas telefônicas dos membros das associações acima mencionadas, foi constatada a utilização de complexo vocabulário para se fazer menção a substâncias entorpecentes, de modo a dificultar a ação dos órgãos de persecução penal na hipótese de gravação das referidas conversas, valendo citar como exemplo os seguintes termos: "camisas", "CD", "DVD", "música", "eletrodo", "fio", "tábua", "taipa", "documento", "remédio", "vinho", "cerveja",

Ministro Público do Estado do Rio de Janeiro
Promotor de Justiça

"carne", "carne seca", "pernil", "chocolate", "negócio", "negocinho". Foram utilizados ainda os termos "entijolar" e "emboçar", em referência à embalagem de drogas para venda.

II - DAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

Os crimes de associação para o tráfico de entorpecentes acima imputados aos acusados foram praticados em âmbito interestadual, pois o comércio ilegal de drogas exercido pelas quadrilhas antes mencionadas, como já visto, era comumente realizado entre Estados diversos da federação, considerando que o material entorpecente vendido em Porciúncula-RJ era adquirido na cidade de Muriaé-MG.

Além disso, conforme já informado acima, a associação criminosa chefiada por **RODRIGO PIMENTEL BORGES** era integrada por uma pessoa menor de idade, o adolescente **WILLIAM BORGES DA SILVA**.

III - DAS SANÇÕES

Assim agindo, estão os denunciados **RODRIGO, ROBSON, FLÁVIA e SIRLENE** incursores na sanções do art. 35 c/c art. 40, V e VI, ambos da Lei 11343/06.

Os demais denunciados, **WESLEY, ALESSANDRO, GILMAR, ROGÉRIO, ELTON, HERALDO, LUIZ CARLOS, GILCÉRIO, ORLANDO,**

Victorino Winkler
Promotor

NILTON, JOSÉ REIS, VAIRER e ROBERTO estão incurso na sanções do art. 35 c/c art. 40, V, ambos da Lei 11343/06.

IV - DO PEDIDO

Diante do exposto, após recebida a presente, requer o *Parquet* seja ordenada a notificação dos denunciados, nos termos do art. 55 da Lei 11343/06, para responderem aos termos desta ação penal, pugnado ainda pelo recebimento da denúncia e pela procedência do pedido, com a condenação dos acusados.

V - ROL DE TESTEMUNHAS

Para deporem sobre os fatos acima narrados, requer a notificação/requisição das pessoas abaixo arroladas:

- 1) Uilliam Rodrigues da Costa, Delegado de Polícia, 139ª DP, fl. 02;
- 2) Rogério José de Souza Ferreira, Policial Civil, 139ª DP;
- 3) Neritow Siqueira Arantes Bertholino, Policial Civil, 139ª DP;
- 4) William Borges da Silva, adolescente infrator, fl. 512;
- 5) Elton Henrique da Silva, investigado, fl. 578;
- 6) Jefferson Gonçalves dos Santos, investigado, fl. 294;
- 7) Amaíla da Cruz Werlick Reis, fl. 582;
- 8) Fabiano Fernandes Alferino, fl. 458;
- 9) Antônio Pádua Viana, fl. 461;

PROCURADOR GERAL
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

III - Decisão HC 124822 do STJ

HABEAS CORPUS Nº 124.822 - RJ (2008/0284742-7)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

IMPETRANTE: LEANDRO DA SILVA

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: LUIZ CARLOS BARBOSA LIMA (PRESO)

DECISÃO

DENEGAÇÃO DE LIMINAR
REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES
OUVIDA DO MPF

1. A concessão de tutela de eficácia imediata (liminar) em *Habeas Corpus* constitui medida de extrema excepcionalidade, somente admitida nos casos em que demonstrada de forma manifesta a necessidade e urgência da ordem, bem como o abuso de poder ou a ilegalidade do ato impugnado.
2. Na hipótese vertente, tais circunstâncias não restaram evidenciadas de plano, razão pela qual INDEFIRO, por agora, o pedido de provimento emergencial postulado.
3. Solicitem-se informações à douta autoridade apontada como coatora, com a máxima urgência; após, abra-se vista dos autos ao Ministério Público Federal, para o parecer de estilo.
4. Publique-se; intimações necessárias.

Brasília/DF, 19 de dezembro de 2008.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

MINISTRO RELATOR

IV - Parecer da Procuradoria Geral da República (Parecer 6411/WG)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PARECER Nº 6.411 / WG

HABEAS CORPUS Nº 97.281-1/130 - RJ

IMPETRANTES : FERNANDO AUGUSTO FERNANDES E OUTROS

IMPETRADO : RELATOR DO HC Nº 124.823 DO STJ

PACIENTE : LUIZ CARLOS BARBOSA LIMA

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA - 2ª TURMA

HABEAS CORPUS QUE ATACA, SUPRIMINDO INSTÂNCIAS, ATO DE JUIZ SINGULAR. PELO NÃO CONHECIMENTO. Aplicação da Súmula 691 – STF. PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. Não se conhece de *habeas corpus* que, na prática, ataca ato de juiz singular, sob pena de supressão de instância.

2. Caso se conheça da impetração, diante das peculiaridades e excepcionalidade do caso, que se defira a ordem, porque o decreto de prisão preventiva não está fundamentado. Não há a indicação de fatos concretos, nem houve flagrante.

3. Pelo não conhecimento; caso contrário, pelo deferimento da ordem.

EXCELENTÍSSIMO MINISTRO RELATOR

1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Fernando Augusto Fernandes e outros, em favor de Luiz Carlos Barbosa Lima, contra ato denegatório de liminar em *writ* do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do Superior Tribunal de Justiça.

2. Alegam, no principal, que a 2a. Câmara do Tribunal de Justiça denegou o HC, “em decisão genérica e desfundamentada”, mantendo decisão do MM. Juiz da Vara Única da Comarca de Porciúncula-RJ, que, “*em decisão manifestadamente ilegal (art. 5º, LXV, CRFB), decretou a prisão preventiva do Paciente na ausência dos requisitos autorizadores do art. 312 do CPP, sequer apontados naquela decisão, também desfundamentada, não devendo o Paciente, que possui residência fixa, tem atividade lícita comprovada (motorista de um Juiz de Direito), permanecer encarcerado*” (fl. 03)

3. Assinalam, ainda, ausência, no decreto de prisão preventiva, dos requisitos do art. 312 do CPP, além de não haver qualquer indicação de fato concreto, e que a questão justifica a exceção à súmula 691 desse Eg. Supremo Tribunal. Analisa a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, argumentando que sequer foi garantido ao advogado o direito de sustentação oral e que o HC restou julgado em “pouquíssimos minutos”, sem leitura do voto. Quanto à decisão singular, afirma ser ela genérica, que não individualiza “em concreto os pressupostos para a decretação da prisão preventiva... mas apenas se afirma na suposta existência de indícios de autoria e materialidade..” (fl. 20).

4. Aborda também as provas, apesar de reconhecer que o *writ of mandamus* “não se presta a exame de materialidade”. No final, abre um capítulo para justificar o afastamento da súmula 691, citando julgados desse Supremo e do Superior Tribunal de Justiça. Por último, pede a

“concessão da ordem de habeas corpus para, consolidando, determinar a revogação da prisão preventiva decretada pelo (sic) da Vara Criminal de Porciúncula – RJ, garantindo ao Paciente o direito de se defender em liberdade.”

É o breve relato.

5. Preliminarmente, opino pelo não conhecimento da impetração, mesmo porque, na prática, ataca ato de juiz singular e não do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Assim, há supressão de instância, não admitida ante a redação do verbete da Súmula 691, dessa Corte Suprema.

6. Entretanto, caso assim não se entenda, por exceção à referida súmula, deve-se analisar as questões postas nesta impetração. O paciente é motorista de um juiz de direito; é primário, portador de bons antecedentes e tem residência fixa.

7. Contra o paciente e mais 16 pessoas, pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, foi aberto uma ação penal, enquadrando-os no art. 35, c/c art. 40, V, ambos da Lei 11.343/06 – tráfico de drogas.

8. Assim é relatada a conduta do paciente na acusação: *“O terceiro núcleo associativo, também localizado em Porciúncula-RJ, era composto pelos denunciados **ELTON, HERALDO, LUIZ CARLOS, GILCÉRIO, ORLANDO, NILTON e JOSÉ REIS**. Nesta associação incumbia a **ELTON**, além da chefia, a compra do material entorpecente diretamente de **WESLEY** em Muriaé-MG, assim como a venda de drogas em Porciúncula. Os denunciados **ORLANDO** e **NILTON** exerciam as funções de transportar a droga comprada de **WESLEY** de Muriaé-MG para Porciúncula-RJ, sendo responsável ainda pela venda de entorpecentes nesta última cidade. **ORLANDO** também emprestava sua motocicleta para que **ELTON** buscasse entorpecentes junto a **WESLEY***

*em Muriaé-MG. Neste aspecto, é digno de nota que os denunciados **NILTON** e **ELTON** foram presos por homicídio quando trafegavam na motocicleta de **ORLANDO** na cidade de Eugenópolis-MG no dia 29/05/08. Aos demais integrantes desta quadrilha, **HERALDO**, **LUIZ CARLOS**, **GILCÉRIO** e **JOSÉ REIS** cabiam as funções de guarda, depósito e venda dos entorpecentes em Porciúncula-RJ.”*

9. O despacho da preventiva está assim redigido:

“A presente ação penal está alicerçada no Inquérito Policial de nº 702/2006 instaurado pelo incansável Doutor Delegado de Polícia desta Comarca com base nas notícias recebidas e material colhido antes mesmo de iniciada as investigações aqui apresentadas na presente denúncia, culminando com a representação pela quebra do sigilo telefônico dos investigados, agora denunciados, devidamente deferida por este Juízo, após manifestação favorável do nobre Promotor de Justiça.

A prova colhida durante as interceptações telefônicas, autorizadas judicialmente, confirma que os Réus integravam mais de uma associação criminosa voltadas para a prática do crime de tráfico de substância entorpecente, não apenas nesta cidade, mas também na cidade de Muriaé, no Estado de Minas Gerais, onde residem alguns dos denunciados, vindo de lá a droga distribuída em Porciúncula, segundo o que se apurou.

A efetiva participação dos Denunciados nos crimes que lhes foram atribuídos se apresenta certa, neste momento, com base nas transcrições das interceptações telefônicas, revelando muito mais do que simples relações de conhecimento e/ou de amizade entre os Réus, mas sim a existência de vínculos voltados para a realização do comércio ilícito de substância entorpecentes nas cidades de Porciúncula e Muriaé-MG.

Mas não é só. Como bem destacou o ilustre membro do Ministério Público, “a prova colhida por intermédio das interceptações telefônicas foi fortemente corroborada pelos interrogatórios dos Denunciados e pelos demais depoimentos colhidos na fase inquisitorial, em especial das testemunhas Willian Borges da Silva (fls. 512), Elton Henrique da Silva (fls.578), Jefferson Gonçalves dos Santos (fls. 294), Amaila da Cruz Werlick Reis (fls. 582), Fabiano Fernandes Alferino (fls. 458), Antonio Pádua Viana (fls. 461), Elton José Ferreira (fls. 517), Arlene Ferreira da Silva (fls. 524), Felipe Rodrigues da Silva Amado (fls. 527), Edielson Appolinário de Oliveira (fls. 534) e Marlus Vieira Monteiro (fls. 552) que apontam, com veemência, no sentido de que os Denunciados formavam quatro associações criminosas voltadas para a prática de ilícitos penais previstos na Lei de Tóxicos de forma organizada, realizando tráfico interestadual e utilizando-se, uma delas, em Porciúncula, de um adolescente como longa *manus* da quadrilha.”

Vale salientar que a decretação da prisão preventiva dos Réus se justifica como garantia da boa instrução criminal uma vez que nem todos os Réus são residentes nesta cidade e ainda porque, em liberdade, poderão interferir na produção da prova oral sendo certo que algumas das testemunhas arroladas na denúncia são usuários de drogas que adquiriram substância entorpecente com os Réus, sendo um menor, havendo ainda notícia de que um dos Réus foi procurado por uma das testemunhas com a intenção de comprar uma arma de fogo.

Além disso, temos que nem todos os Acusados comprovaram, até o momento, que possuem ocupação lícita, sendo certo que diante da natureza do crime imputado aos Réus a medida de exceção ainda mais se justifica de modo a manter a paz social, afastando do meio da sociedade porciunculense e muriaense pessoas ligadas por um vínculo comum e voltadas para a prática do crime de tráfico de substância entorpecente, considerado por Lei como de natureza hedionda.

Por fim, é de se afirmar que o crime definido no artigo 35 da Lei de Drogas é insuscetível de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direito (artigo 44), de modo que, a contrário senso, a própria Lei em referência prevê a possibilidade de que os Réus respondam a ação penal acautelados. Assim, seja como garantia da boa instrução criminal, que certamente restará ameaçada na hipótese de não acolhimento da representação oferecida pela Autoridade Policial ratificada pelo ilustre membro do Ministério Público, objetivando a decretação da prisão preventiva dos Réus, por conta da possibilidade de interferência direta na produção da prova oral, conforme antes afirmado, ou ainda em razão de que alguns dos Réus não residem nesta Comarca e outros não comprovaram o exercício de ocupação lícita; e ainda de modo a assegurar a aplicação da lei penal, e, por último, como garantia da ordem pública, na medida em que a sociedade pacífica desta cidade não mais suporta conviver com elementos que se dedicam a tal atividade ilícita (tráfico de drogas), tudo leva à decretação da prisão preventiva dos Acusados, na forma do artigo 312 do Código de Processo Penal, c/c o artigo 44 da Lei de Drogas.

Neste ponto, particularmente em relação ao acusado Rodrigo Pimentel Borges, não se observa qualquer impedimento para acolhimento da representação formulada pela Autoridade Policial diante da recente concessão da medida liberatória postulada em sede de *Habeas Corpus*, uma vez que foi revogada a decisão que havia decretada sua prisão temporária, por conta da conclusão das investigações a cargo da Autoridade Policial, enquanto que aqui está a se tratar de prisão preventiva, pelas razões apresentadas.

Face ao exposto, DECRETO a prisão preventiva dos acusados WESLEY DE PAULA FARIA OLIVEIRA, vulgo “Gordinho”, ALESSANDRO DA COSTA, GILMAR DOS SANTOS MOREIRA, vulgo “Oreia”, ROGÉRIO SALVIATO, RODRIGO PIMENTEL BORGES, vulgo “Rodrigo do Bar”, ROBSON BAETA MACHADO, vulgo “Baessa” ou “Baesso”, FLÁVIA PAZ DE OLIVEIRA, SIRLENE FELISMINA

BORGES LOPES, vulgo “Lena”, ELTON JAIR CUSTÓDIO DO COUTO, vulgo “Elto”, “Elto Couto”, “Negão” o “Grandão”, HERALDO CARLOS DE AQUINO, vulgo “Difícil”, LUIZ CARLOS BARBOSA LIMA, GILCÉRIO REIS NUNES DA SILVA, vulgo “Nanico”, ORLANDO SILVANO JÚNIOR, vulgo “Nunu”, NILTON JOSÉ DUARTE, vulgo “Terereco”, JOSÉ REIS APARECIDO, vulgo “Reis”, VALBER RAIMUNDO DA SILVA, vulgo “Galinho”, “Rato”, “Valdo” ou “Valter” e ROBERTO CLÁUDIO DOS SANTOS LAGE, vulgo “Beto Carangola”, com fundamento no artigo 312, do Código de Processo Penal, c/c o artigo 44 da Lei 11.343/06. Expeçam-se os mandados de prisão.” (fls. 56/59).

10. Como se vê, no caso, as razões expostas não justificam a prisão preventiva. São argumentos genéricos. Não cita fatos concretos, não bastando a mera indicação dos requisitos do art. 312 do CPP. Quer nos parecer, de conseguinte, que se trata de um caso peculiar. E, no ponto, vale, mesmo *an passant*, correr os olhos sobre a denúncia e os diálogos da interceptação telefônica, quanto ao paciente, para se perguntar se a sua prisão não é um grande equívoco, que se arrasta há vários meses, desde setembro de 2008. De outro lado, não foi preso em flagrante. Em sua residência, que foi objeto de busca de apreensão, nada foi encontrado. Tem ocupação lícita, nem seu possível envolvimento, nas circunstâncias, se encontra claro na denúncia, data venia. Aliás, essa descreve a atuação dos demais réus, mas não a do paciente, quem “*cabia as funções de guarda, depósito e venda dos entorpecentes em Porciúncula-RJ.*”

11. É de se aplicar o seguinte entendimento, *in casu*:

“EMENTA: CRIMINAL. HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. PRISÃO EM FLAGRANTE HOMOLOGADA. PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DA SURPRESA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DOS FATOS E PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E CONCEDIDA. A atual jurisprudência desta Corte admite a concessão de liberdade provisória em crimes

hediondos ou equiparados, em hipóteses nas quais estejam ausentes os fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo penal. Precedentes desta Corte. Em razão da supressão, pela lei 11.646/2007, da vedação à concessão de liberdade provisória nas hipóteses de crimes hediondos, é legítima a concessão de liberdade provisória ao paciente, em face da ausência de fundamentação idônea para a sua prisão. A análise do pleito de afastamento da qualificadora surpresa do delito de homicídio consubstanciaria indevida incursão em matéria probatória, o que não é admitido na estreita via do habeas corpus. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, concedida.” (STF - HC nº 92824/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ. 09.05.08)

12. Assim, pelo não conhecimento da impetração, ante a redação do verbete da Súmula 691 (STF); caso conhecida, por exceção, que se defira a ordem, pelas razões indicadas.

É o parecer.

Brasília, 18 de fevereiro de 2009.

Wagner Gonçalves

Subprocurador-Geral da República

(Portaria PGR nº 522, 27/09/2005)

V - Decisão no HC 97281 do STF

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de LUIZ CARLOS BARBOSA LIMA, no qual o relator do HC nº 124.822-RJ, Min. Napoleão Nunes, que indeferiu a liminar pretendida no referido feito, é indicado como autoridade coatora.

Consta da inicial que o paciente foi denunciado pela suposta prática dos delitos capitulados no art. 35 c/c art. 40, inc. V, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Sustenta o impetrante a inépcia da peça acusatória inicial, alegando que a mesma limitou-se a formular “denúncias genéricas”.

Há informações nos autos de que dois *habeas corpus* pendentes de julgamentos de mérito encontram-se em tramitação no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e no Superior Tribunal de Justiça.

Requer o impetrante, tanto liminarmente quanto no mérito, a superação do enunciado da súmula nº 691 desta Corte, a declaração de nulidade da ação penal desde o recebimento da denúncia e o relaxamento da prisão do paciente.

É o relatório.

Decido.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da não admissibilidade da via eleita quando atacar o indeferimento monocrático de liminar pretendida em *habeas corpus* requerido a tribunal superior.

Tal orientação restou cristalizada na Súmula 691, segundo a qual

“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.”

O afastamento desse enunciado é admitido apenas em caráter excepcional, se verificada hipótese de flagrante violação à liberdade de locomoção, o que não é o caso.

Com efeito, a decisão combatida não exhibe manifesta ilegalidade, nem tampouco se mostra teratológica. Daí por que se recomenda aguardar o julgamento final do *writ* que tramita no Superior Tribunal de Justiça.

Do exposto, **nego seguimento** ao pedido, por esbarrar na Súmula 691 (art. 38 da Lei 8.038/1990 e art. 21, § 1º, do RISTF).

Publique-se.

Brasília, 06 de fevereiro de 2009.

Ministro **JOAQUIM BARBOSA**

Relator

VI - Decisão no HC 97581 do STF

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Luiz Carlos Barbosa Lima contra decisão monocrática de ministro do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu liminar pleiteada no HC 124.823, nos seguintes termos:

"1. A concessão de tutela de eficácia imediata (liminar) em Habeas Corpus constitui medida de extrema excepcionalidade, somente admitida nos casos em que demonstrada de forma manifesta a necessidade e urgência da ordem, bem como o abuso de poder ou a ilegalidade do ato impugnado.

2. Na hipótese vertente, tais circunstâncias não restaram evidenciadas de plano, razão pela qual INDEFIRO, por agora, o pedido de provimento emergencial postulado.

3. Solicitem-se informações à douta autoridade apontada como coatora, com a máxima urgência; após, abra-se vista dos autos ao Ministério Público Federal, para o parecer de estilo" (fls. 111).

O paciente foi denunciado (fls. 61-72) e preso preventivamente (fls. 55-59) por associação para o tráfico interestadual de drogas (art. 35, c/c o art. 40, V, da Lei 11.343/2006).

A custódia cautelar motivou a impetração de *habeas corpus* ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou a ordem (fls. 95).

Na sequência, impetrou-se ao STJ o HC 124.823, cujo pedido de liminar foi indeferido pelo relator (min. Napoleão Nunes Maia Filho - fls. 111).

Tal decisão deu ensejo ao presente feito, no qual se pede, liminarmente, a suspensão da segregação provisória, até o julgamento desta ação constitucional. No mérito, busca-se a revogação da prisão preventiva. Como causa de pedir, alega-se, em suma, que (1) a decisão de primeiro grau carece de fundamentação; (2) não estão presentes os requisitos da prisão preventiva; (3) o paciente tem residência fixa e ocupação lícita; (4) inexistem indícios de autoria em relação ao acusado.

Prestaram-se informações (fls. 108).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* ou, caso conhecido, pela concessão da ordem, dada a deficiente fundamentação do decreto prisional, que não estaria apoiado em dados concretos (fls. 116-122).

É o relatório.

Decido.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da não admissibilidade da via eleita quando atacar o indeferimento monocrático de liminar pretendida em *habeas corpus* requerido a tribunal superior. Tal orientação restou cristalizada na Súmula 691, segundo a qual “*Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.*”

O afastamento desse enunciado é admitido apenas em caráter excepcional, se verificada hipótese de flagrante violação à liberdade de locomoção, o que não é o caso.

Com efeito, a decisão combatida não exhibe manifesta ilegalidade, nem tampouco se mostra teratológica. Daí por que se recomenda aguardar o julgamento final do *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, consta da decisão que decretou a preventiva que o paciente, em concurso com outros co-réus, formava “quatro associações criminosas voltadas para a prática de ilícitos penais previstos na Lei de Tóxicos, de forma organizada, realizando tráfico interestadual e utilizando-se, uma delas, em Porciúncula, de um adolescente como *longa manus* da quadrilha” (fls. 57). Tais fatos evidenciam a periculosidade do acusado e abrem espaço, ao menos em tese, para a preservação da custódia, a fim de garantir-se a ordem pública.

Do exposto, **nego seguimento** ao pedido, por esbarrar na Súmula 691 (art. 38 da Lei 8.038/1990 e art. 21, § 1º, do RISTF).

Publique-se intímem-se
Brasília, 2 de março de 2009.

Ministro **JOAQUIM BARBOSA**

BIBLIOGRAFIA¹¹²⁸

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução: Alfredo Bosi. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1970.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I*. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ALEXY, Robert. *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*. Archives Rechts und Sozialphilosophie. Beiheft 25. Frankfurt am Main, 1985.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹¹²⁸ A bibliografia foi organizada tendo por base, além do regulamento da Universidade Católica Portuguesa, as seguintes obras: BEAUD, Michel. *Arte da Tese. Como redigir uma tese de Mestrado ou de Doutorado, uma Monografia ou qualquer outro Trabalho Universitário*. Tradução de Glória de Carvalho Lins. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002 e LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- ALMEIDA, Maria Cristina de. *Investigação de Paternidade e DNA: Aspectos Polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- ALVES, Manuel dos Santos. *História da Filosofia*. Porto: Porto Editora, 1989.
- AMIGO, Luis Gómez. *Las Intervenciones Corporales como Diligencias de Investigación Penal*. Navarra: Aranzadi, 2003.
- ANDERS, Günther. *Kafka: pró e contra*. São Paulo: Perspectiva, 1969.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2006.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*. Coimbra: Editora Coimbra, 1996.
- _____. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ARENDT, Hannah. *Franz Kafka: In La tradition cachée*. Paris: C. Bourgois, 1987.
- _____. *Franz Kafka: In Sechs Essays*. Heidelberg: Lambert Schneider, 1948.
- _____. *Sobre a Violência*. Tradução: Celso Lafer. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.
- ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. V, 1131a. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- ARNAUD, André-Jean *et al.* *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- AROCA, Juan Montero. *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid: Editorial Tecnos, 1976.
- ASENCIO MELLADO, José Maria. *Prueba Prohibida y prueba preconstituida*. Madrid: Trivium, 1989.
- ASSUNÇÃO, Maria Leonor. *Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada*. In *Líber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

- ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 215, 1999.
- _____. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e Aplicação do Direito*. Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. *O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In A Nova Interpretação Constitucional. (Barroso: Organizador). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Em Defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legitimidade das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias*. In Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos (Organizadores: Daniel Sarmento e Flávia Piovesan). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro* (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In A Nova Interpretação Constitucional. (Barroso: Organizador). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, s/d, p. 84-90.
- BATISTA, Vera Malaguti. *O Medo na Cidade do Rio de Janeiro*. Dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BEAUD, Michel. *Arte da Tese. Como redigir uma tese de Mestrado ou de Doutorado, uma Monografia ou qualquer outro Trabalho Universitário*. Tradução de Glória de Carvalho Lins. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

- BENDA, Ernst. *Privatsphäre und "Persönlichkeitsprofil"*. Willi Geiger-FS, 1974.
- BENFICA, Enilda. *Sobre Pai Contra Mãe: Uma vida pela outra*. In Machado de Assis - Contos. Porto Alegre: L&PM, 1998.
- BENJAMIN, Walter. *Crítica da violência/Crítica do Poder*. Tradução: Willi Bolle. In Documentos de cultura/Documentos de Barbárie: escritos escolhidos. São Paulo: Cultrix Edusp, 1986.
- _____. *Sobre o Conceito da História*. 1940, tese VIII.
- BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BLAKISTON'S Pocket Medical Dictionary'. Terceira Edição. Dicionário Médico.
- BLOCH, Ernst. *O princípio esperança*. Tradução: Nélcio Schneider. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 2004.
- _____. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.
- _____. *Liberalismo e Democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1997.
- _____. *Nem com Marx, nem contra Marx*. São Paulo: Editora UNESP, 2006.
- _____. *Prólogo*. In FERRAJOLI, L. *El Derecho como Sistema de Garantías*. Madrid: Trotta, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BOROWSKI, Martin. *La Restricción de los Derechos Fundamentales*. In Revista Espanhola de Derecho Constitucional. Ano 20 nº 59, Maio-Agosto, 2000.
- BOSI, Alfredo. *Machado de Assis, o enigma do olhar*. São Paulo: Ática, 1999.

- BOURDIEU, Pierre. *La force du droit : pour une sociologie du champ juridique*. In Actes de la Recherche en Sciences Sociales, n. 64, Paris : sept. 1986.
- BRECHT, Bertolt. *Sur la littérature tchécoslovaque moderne*. (1937). In Le siècle de Kafka. Paris: Centre Georges Pompidou, 1984.
- BRUGGER, Walter. *Dicionário de Filosofia*. Tradução: Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Editora Herder, 1969.
- BRUGGER, Winfried. *Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1996.
- BÜLOW, Oskar Von. *La Teoria de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.
- CABIEDES, Gutiérrez de. *Una Nueva Reflexión Acerca del Concepto del Derecho Procesal*. In Estudios de Derecho procesal. Pamplona, 1974.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der jurisprudenzen*. Berlin: Duncker um Humblot, 1983.
- CANETTI, Elias. *Der andere Prozess*. Kafka Briefe na Felice. Munique: Carl Hanser Verlag, 1969.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Almedina, 2003.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.
- _____. *Derecho Procesal Civil y Penal*. vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.
- _____. *Diritto e Processo*. Nápoles: Morano Editore, 1958.
- _____. *Sistema Del Diritto Processuale Civile*. v. 01. Padova, 1936.

- CARONE, Modesto. *O Realismo de Franz Kafka*. Novos Estudos – CEBRAP (SciELO Brasil), In http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002008000100013&script=sci_arttext, consultado em 25/11/2009.
- CARRARA, Francesco. *Immoralità del cárcere preventivo*. Opuscoli di diritto criminale, IV, Lucca: Giusti, 1874.
- CARRILHO, Manuel Maria. *Filosofia*. Lisboa: Difusão Cultural, 1994.
- CARROUGES, Michel. *Dans le rire et les larmes de la vie*. Cahiers de la Compagnie Madeleine Renaud’Jean Louis Barrault. Outubro de 1957.
- CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena no Estado Democrático de Direito e Garantismo: considerações a partir do princípio da secularização*. In *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CASANOVA, J. F. Salazar. *Princípio dispositivo e poderes de cognição do tribunal*. In *Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, 1991/jan/dez, vol. 229/239.
- CASARA, Rubens. *Interpretação Retrospectiva: Sociedade Brasileira e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CASTANHEIRA, Neves. *A Revolução e o Direito*. Lisboa, 1976.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.
- CIOTOLA, Marcelo. *A crítica de Rawls ao Utilitarismo*. In *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. (Organizadores: MAIA, Antonio Cavalcanti et al). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CLÉMENT, Elisabeth, et al. *Dicionário Prático de Filosofia*. Paris. Edição Original: Hatier, 1994. 2ª edição portuguesa: Terramar, Janeiro 1999.
- COMPARATO, Fabio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CORREIA, Adriano. *Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Editor Jorge Zahar, 2007.

- CORREIA, Heloisa Helena Siqueira. *O processo de Kafka: memória e fantasmagorias do Estado de Direito*. In <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5130>, capturado em 11/01/2010.
- COSTA, Eduardo Maia. *Por uma ordem internacional fundada no direito e não na força*. In Revista do Ministério Público. Ano 20º abril-junho 1999, nº 78.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*. In Separata do ITEC, nº 04, jan-fev-mar 2000.
- _____. *Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito*. In Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- _____. *Direito e Psicanálise – interseções a partir de “O Processo” de Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. *Direito e Psicanálise – interseções a partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Delpalma, 1951.
- DE SANCTIS, Francesco. *Mazzini e la Scuola Democratica*. Turim: Einaudi, 1951.
- DEL VECCHIO, Jorge. *La Justicia*. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1925.
- _____. *Filosofia del Derecho, Tomo II*. México: Union Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1946.
- DENNINGER, Erhard: *“Security, Diversity, Solidarity” instead of “Freedom, Equality, Fraternity”*. Tradução: Christopher Long e William E. Scheuerman. In Constellations, Vol. 7, nº 4, Oxford: Blackwell Publishers Ltda, 2000.
- DIAS, Augusto Silva. *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*. Coimbra: Almedina, s/d.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal*. In Jornadas de Direito Processual Penal. Centro de Estudos Judiciários-CEJ. Coimbra: Almedina, 1991.

- DÍAZ CABIALE, J. A. *Cacheos Superficiales, Intervenciones Corporales y El Cuerpo Humano como Objeto de Recogida de Muestras para Análisis Periciales* (ADN, sangre etc). Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: CGPJ, XII, 1996.
- _____. *La Admisión y Práctica de la Prueba en el Proceso Penal*. Premio Poder Judicial 1992, Madrid: CGPJ, 1993.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *Execução Civil*. Vol. 01. São Paulo: RT, 2ª Edição, 1987.
- DINGELDEY, *Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafprozessrecht*. JA, 1984.
- DORLAN, W. A. Newman. *Diccionario de Ciências Médicas Dorland*. Version y Adaptación de La XXIV. Editora Inglesa. Tradução: Carlos Martín Burgos et al. Buenos Aires: Libreria El Ateneo, s/d.
- _____. *Dorland's Illustrated Medical Dictionary*. Philadelphia: WB Saunders Company, 1994.
- DUARTE, André. *Heidegger and Foucault, critics of modernity: humanism, technics and biopolitics*. São Paulo: Trans/Form/Ação. Vol.29 (2), 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 6ª tir. London: Duckworth, 1991.
- ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Tradução: Leandro Konder. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de e FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas Tomo I. 1989; e ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Democracia, jueces y control de la Administración*. Civitas, 1995.
- ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. *Las Intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*. Madrid: Trivium, 1999.
- EVANGELIO, Ángela Matallín. *Intervenciones Corporales Ilícitas:Tutela Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- FACINA, Adriana. *Literatura e Sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

- FAZZALARI, Elio. *Il Processo Ordinário di Cognizione*. Vol. I. Turim, UTET, Ristampa, 1990.
- FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*. Vol. I. Barcelona-Madrid-Buenos Aires- Rio de Janeiro – México – Montevideo: Editorial Labor S.A., 1952.
- FERNANDES, Telma Maria dos Santos. *Sobre o Termo de Identidade e Residência (TIR): Suas Problemáticas*. In I Congresso de Processo Penal – Memórias. Manuel Monteiro Guedes Valente (Organizador). Coimbra: Almedina, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Tradução: Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Direito e razão*. Teoria do Garantismo Penal. Tradução: Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Garantias*. In Revista do Ministério Público. Ano 22º, Janeiro-março, 2001.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FIDALGO, Sónia. *Determinação do Perfil Genético como meio de Prova em Processo Penal*. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Janeiro-março, 2006.
- FIORI, Ariane Trevisan. *A Prova e a Intervenção Corporal: sua Valoração no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FISS, Owen. *The forms of justice*. Harvard Law Review. Cambridge: Harvard University Press, vol. 93, 1979.
- _____. *Um Novo Processo Civil*. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FONSECA, Jorge Carlos. *Reforma do Processo Penal e Criminalidade Organizada*. In Jornadas de Direito Processual Penal e Direito Fundamental. Maria Fernanda Palma (coordenadora). Coimbra: Almedina, 2004.
- FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade I – A vontade de Saber*. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, p. 127, 1982.

- _____. *A verdade e as Formas Jurídicas*. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1996.
- _____. *Nascimento de La Biopolítica*. Tradução para o espanhol: Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- _____. *Vigiar e Punir*. Tradução: Lígia Maria Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1988.
- GERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade*. In *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais* (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Metodología de la Investigación en Ciencia Jurídicas*. Buenos Aires: Gowa Ediciones Profesionales, 2007.
- GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*. Vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GOMES, Luis Flávio. *Comentários às Reformas do CPP e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GONÇALVEZ, Fernando; ALVES, Manuel João. *A Prisão Preventiva e as Restantes Medidas de Coação*. Coimbra: Almedina, 2004.
- GONÇALVEZ, Manuel Maia. *Código de Processo Penal, Anotado e Comentado*. Coimbra: Almedina, 2001.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Editorial Clex, 1990.
- GRIMM, Dieter. *Una Costituzione per l'Europa?* Tradução para o italiano: Leonardo Ceppa, Fabio Fiore e Gabriela Silvestrini. In ZAGREBELSKY, Gustavo, PORTINARO, Píer Paolo e LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.
- GRINOVER, Ada Peliegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.
- _____. *A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In *Dimensões da Dignidade* (organizador: Ingo Wolfgang Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência enquanto ideologia*. In *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- _____. *Una Costituzione per l’Europa?* Tradução para o italiano: Leonardo Ceppa, Fabio Fiore e Gabriela Silvestrini. In ZAGREBELSKY, Gustavo, PORTINARO, Píer Paolo e LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.
- HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *A Constitucionalidade do Exame de DNA Compulsório em Processos Criminais e Propostas de sua Regulamentação*. In *Revista da Emerj*. Vol. 10, nº 39, 2007.
- HARTMANN, Helen. *À Guia de Introdução ao “Direito e Psicanálise: interseção a partir de O Processo, de Franz Kafka*. In *Direito e Psicanálise: Interseção a partir de O processo, de Franz Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- HASSEMER, Winfried. *Processo Penal e Direito Fundamental*. In *Jornadas de Direito Processual Penal e Direito Fundamental*. Maria Fernanda Palma (coordenadora). Coimbra: Almedina, 2004.
- HERNÁNDEZ, Angel Gil. *Intervenciones Corporales y Derechos Fundamentales*. Madrid: Colex, 1995.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sergio A. Fabris, 1991.
- HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HOBBS, Tomas. *Leviatan*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1965.

- HÖFFE, Otfried. *Justiça Política. Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução: Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário de Língua Portuguesa*. 3ª Edição. Curitiba: Editora Positivo, 2004.
- JANOUGH, Gustav. *Conversas com Kafka*. Tradução: Celina Luz. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.
- JARDIM, Afranio Silva. *Processo Penal Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução: Marijane Lisboa. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.
- JUNGES, José Roque. *A concepção kantiana de dignidade humana*. São Leopoldo: Revista Estudos Jurídicos. Vol. 40, n. 02. Julho-dezembro de 2007.
- KAFKA, Franz. *Na Colônia Penal*. Tradução: Modesto Carone. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- _____. *O Processo*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- _____. *O Castelo*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- KANT, Immanuel. *A Metafísica dos costumes*. A doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude. São Paulo: Edições Profissionais Ltda., 2003.
- _____. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- _____. *La Metafísica de las Costumbres*. Tradução: Adela Cortina Orts e Jesus Conill Sancho. Madrid : Tecnos, 1994.
- KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La Prueba de ADN en el Proceso Penal*. Granada: Editorial Comares, 2008.
- KARAM, Maria Lúcia. *Escritos sobre a Liberdade*. Volumes de I a VII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

- _____. *O Problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KIRSTE, Stephan. *A Dignidade Humana e o Conceito de Pessoa de Direito*. Tradução: Luís Marcos Sander. In *Dimensões da Dignidade* (organizador: Ingo Wolfgang Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- KLEIN, Z. *La notion de dignité dans la pensée de Kant et de Pascal*. Paris, 1968.
- KLOEPFER, Michael. *Vida e Dignidade da Pessoa Humana*. Tradução: Rita Dostal Zanini. In *Dimensões da Dignidade*. (organizador: Ingo Wolfgang Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- KOKKINOU, Sophia. *Mitologia Griega*. Tradução para o espanhol: Graciela Feller. Atenas: Intercarta, 1989.
- KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republico*. Germany. Durham: Duke University Press, 1997.
- KONDER, Leandro. *Walter Benjamin: o marxismo da melancolia*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1988.
- KOWARICH, Lúcio. *Investigação Urbana e Sociedade*. In *Pluralismo, Espaço Social e Pesquisa*. Elisa Reis et al. (organizadores). São Paulo: Editora Hucitec, 1995.
- LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*. München: Beck, 1979.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LENINE, Vladimir. I. *Que Fazer?* 2ª Edição. Lisboa: Edições Avante, 1978.
- LÉVY-BRUHL, Henn. *Recherches sur les actions de la loi*. Paris: Sirey, 1960.
- LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. *Crimes Hediondos e a Prisão em Flagrante como Medida Pré-Cautelar: Uma Leitura Garantista*. In *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

- _____. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LÖWY, Michael. *Franz Kafka, sonhador insubmisso*. Tradução: Gabriel Cohn. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2005.
- _____. *Ideologias e Ciência Social: Elementos para uma análise marxista*. São Paulo: Cortez, 1998.
- _____. *Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma Leitura das Teses “Sobre o conceito de História*. São Paulo: Boitempo, 2005.
- LUÑO, Perez. *Derechos Humanos, Estado-de-Derecho y Constitución*. 1984.
- MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e Processo*. Crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. *Pai Contra Mãe*. In Machado de Assis - Contos. Porto Alegre: L&PM, 1998.
- MACINTYRE, Alasdair. *Quelle Justice? Quelle Rationalité?* Tradução: Michèle Vignaux D'Hollande. Paris: Press Universitaires de France, 1993.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1989.
- MANNHEIM, Karl, *Ideologia e Utopia*. Introdução à sociologia do conhecimento. Tradução: Emílio Willems. Porto Alegre: Editora Globo, 1950.
- MANUILA, L. et al. *Dicionário Médico Andrei*. Tradução: Dr. Cláudio Roitman. São Paulo: Andrei Editora, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1974.
- MARTINS, Antonio Darienso e OLIVEIRA, José Sebastião. *A Prova na Investigação de Paternidade e a Súmula 301 do STJ*. Revista Jurídica Cesumar. Vol. 06, nº 01, 2006.
- MARX, Karl. *Il Capitale*, vol. I. Roma: Editora Riuniti, 1965.

_____. *O Manifesto Comunista*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2007.

_____. *Per la Critica dell'Economia Política*. Roma: Rinascita, 1957.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. Tradução: Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MEIREIS, Manuel Augusto. “*Homens de Confiança*”. Será o Caminho?. II Congresso de Processo Penal – Memórias. Manuel Monteiro Guedes Valente (organizador). Coimbra: Almedina, 2006.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A Vida Humana Embrionária e a sua Proteção Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MILL, John Stuart. *Da Liberdade*. Tradução: E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

MONIZ, Helena. *Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais*. In Revista Portuguesa de Ciências Criminais. Abril-junho, 2002.

MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis e MONTÓN REDONDO, Alberto. *Derecho Jurisdiccional*. Tomo III. Barcelona: Bosch, 1991.

MORA, José Ferrater. *Diccionario de Filosofía*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1966.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direito da Personalidade*. In BARRETO, Vicente. *A Nova Família. Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MOURA, José Souto de. *A Proteção dos Direitos Fundamentais no Processo Penal*. In I Congresso de Processo Penal – Memórias. Manuel Monteiro Guedes Valente (organizador). Coimbra: Almedina, 2005.

- MOURULLO, Rodríguez. *Comentários al Código Penal*. (organizador Manuel Cobo Del Rosal). Tomo I. Editora Edersa. Madrid, 1992.
- NETO, Luísa. *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo* (A relevância da vontade na configuração do seu regime). Editora Coimbra, 2004.
- NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: violência, cidade e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- NIETZSCHE, Friedrich. *A Gaia Ciência*. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- _____. *Humano, Demasiado Humano*. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- NOBRE, Marcos. *A Teoria Crítica*. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro, 2004.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.
- OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza de. *Por uma Teoria dos Princípios: O princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. *Direitos Humanos como Imperativos Categóricos-Jurídicos? Kant, Höffe e a Filosofia do Direito*. In *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. *As Medidas de Coação no Novo Código de Processo Penal*. In *Jornadas de Direito Processual Penal/O Novo Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Almedina, 1991.
- OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano*. Um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.
- PAINE, Tomas. *I Diritti dell'Uomo*. Tradução para o italiano: Magri. Editora Riuniti, 1978.
- PAVIANI, Jayme. *Platão & A República*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.
- PEDROSA, Pablo Galas. *Peneiras Autopoiéticas. Duplicação paródica do pensamento de Niklas Luhmann na escrita de Franz Kafka*. Brasília: Dissertação de Mestrado

defendida em junho de 2008 no Departamento de Teoria Literária e Literaturas do Instituto de Letras da Universidade de Brasília – UnB.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *A Dignidade do Homem*. Tradução: Luiz Feracine. São Paulo: GRD, 1988.

PINTO, Paulo Mota. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. In *Studia Jurídica – Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PLATÃO. *A República*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

PRADO, Geraldo. *Limite às Intercepções Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PROUDHON, Pierre-Joseph. *De la justice dans la révolution et dans l'église*. Nova edição. Bruxelas, 1868.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1961.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RASKIN, Salmo. *Investigação de paternidade: manual prático do DNA*. Curitiba: Editora Juruá, 1999.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Estaves. São Paulo: Martins Fonte, 2002.

- REIS, José Alberto dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 1. Coimbra: Editora Coimbra, 1944.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social*. In Revista Interesse Público. nº. 4, 1999.
- ROCHA, João Luís de Moraes. *Ordem Pública e Liberdade Individual*. Um estudo sobre a prisão preventiva. Coimbra: Almedina, 2005.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *Globalização, Democracia e Crime*. In II Congresso de Processo Penal – Memórias. Manuel Monteiro Guedes Valente (organizador). Coimbra: Almedina, 2006.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. In Revista de Direito do Trabalho. N. 73, 1988.
- ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão Penal: A Bricolage de Significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Vol. I. Editora Nova Cultural. Série Os Pensadores, 1987.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Tradução para o espanhol: Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.
- RÜDIGER, Francisco. *Fetichismo Tecnológico e Pensamento Pós-Humanista: Sobre “A Colônia Penal” de Franz Kafka*. Liinc em Revista. Vol.4, n.1. Março 2008. Rio de Janeiro: p.6-11, <http://www.ibict.br/liinc>.
- SABADELL, Ana Lucia. *Tormenta Juris Permissione. Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (séculos XVI – XVIII)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- SÁNCHEZ, Juan Miguel Mora. *Aspectos Sustantivos y Procesales de la Tecnología del ADN*. Granada: Comares, 2001.
- SANJUARNBENITO, Luis. *La Dignidad de las Personas em la Prática Clínica*. In Dignidad Humana y Bioética. (Javier de la Torre Coordinador). Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2008.

- SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente*. Vol. 1. São Paulo: Cortez, 2001.
- SANTOS, Feranando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SCHWARZ, Roberto. *O Sentido Histórico da Crueldade em Machado de Assis*. In Revista Novos Estudos. Nº 17. São Paulo: CEBRAP, 1987.
- SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. Vol. I. Lisboa: Verbo, 2000.
- _____. *Curso de Processo Penal*. Vol. II. Lisboa: Verbo, 2004.
- _____. *Curso de Processo Penal*. Vol. II. Lisboa: Verbo, 2002.
- _____. *Novos Desafios do Processo Penal*. In II Congresso de Processo Penal – Memórias. Manuel Monteiro Guedes Valente (organizador). Coimbra: Almedina, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*. In Revista de Direito Administrativo. Vol. 212, 1998.
- _____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA. De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

- STARCK, Christian. *Dignidade Humana como Garantia Constitucional: O Exemplo da Lei Fundamental Alemã*. Tradução: Rita Dostal Zanini. In *Dimensões da Dignidade*. (organizador: Ingo Wolfgang Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- STEDMAN, Thomas Lathrop. *Stedman Dicionário Médico*. Tradução: Cláudia Lúcia Caetano de Araújo et al. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 1996.
- SYLOS LABINI, Paolo. *Carlo Marx: è tempo di un bilancio*. Il Ponte. Vol. 47, n. 8-9. Ago./Set. ,1991.
- THOMPSON, John B. *Ideologia e Cultura Moderna*. Teoria Social Crítica na Era dos Meios de Comunicação de Massa. 3ª Edição. Petrópolis: Vozes, 1995.
- TOBEÑAS, Jose Castan. *La Idea de Justicia*. Madrid: Reus S.A., 1968.
- UPIANO, Digesto.I, 1. 10.
- VAISMAN, Ester. *A Ideologia e sua Determinação Ontológica*. In Ensaio. nº 17/18. São Paulo: Ensaio, 1989.
- _____. *O Problema da Ideologia na Ontologia de G. Lukács*. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Filosofia da Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa: UFPB, 1986.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Dos Meios de Obtenção de Prova*. In I Congresso de Processo Penal – Memórias. Manuel Monteiro Guedes Valente (organizador). Coimbra: Almedina, 2005.
- _____. *Introdução*. I Congresso de Processo Penal – Memórias. Manuel Monteiro Guedes Valente (organizador). Coimbra: Almedina, 2005.
- _____. *Escutas Telefônicas*. Da Excepcionalidade à Vulgaridade. Coimbra: Almedina, 2004.
- VALENZUELA, Juliana González. *Genoma Humano y Dignidade Humana*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005.
- VALIENTE, Francisco Tomás y. *La Tortura Judicial en España*. Barcelona: Crítica, 2000.

- VELOSO, Zeno. *A Dessacralização do DNA, Direito de Família: a família na travessia do milênio*. In Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (coordenador). IBDFAM, OAB/MG, 2000, anais, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- VERGÉ GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatório*. Editora Bosch, 1994.
- WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- _____. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: ICC e Freitas Bastos, 2001.
- WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1995.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- WOLLSTONECRAFT, Mary. *A vindication of the Rights of Men. A letter to the Right Honourable Edmund Burke*. 1790, reeditado em 1989.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Editora Trotta, 2002.