

A LEGITIMIDADE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENQUANTO COMPONENTE LIMITADOR DA AÇÃO ESTATAL NA BUSCA DA “VERDADE” NO PROCESSO PENAL

The legitimacy of the principle human dignity as a limiting component of the state action in the search of “truth” within the penal process

Rodrigo Tarouco da Fonseca

rodrigoeco@yahoo.com.br

Mestrando em Direito e Justiça Social, Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Rio Grande, RS, Brasil.

Resumo

Este artigo tem como objetivo investigar se a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana quando aplicado para limitar a ação do Estado na investigação criminal obedece aos ditames da teoria de Immanuel Kant, filósofo que fixou as premissas básicas do pensamento ocidental no que respeita ao fato do ser humano não poder, em hipótese alguma, ser tratado como objeto. A importância deste estudo encontra-se na possibilidade de comprovação da legitimidade do conteúdo constitucional da dignidade como princípio limitador de certas ações estatais quando da busca da “verdade” na persecução penal. Verdade esta, que, embora desmistificada ao longo do texto, ainda serve de parâmetro para um processo penal excludente e opressor. Foram utilizados para a consecução dos fins propostos uma ideia de busca da verdade centrada em um processo de fundo eminentemente inquisitório – ainda que alguns procurem nominá-lo de misto - bem como a posição filosófica de Kant a respeito da dignidade da pessoa humana afim de demonstrar a legitimidade desses limites impostos ao Estado, mesmo quando a obtenção de uma prova ilícita conduza à elucidação de um crime. Da união destes conceitos foi possível, levar a pesquisa a uma conclusão que justifica ser irracional todo e qualquer abuso ao ser humano por parte do Estado quando este ultrapassa os limites constitucionalmente permitidos para desvendar a realidade de fatos criminosos.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Verdade. Processo Penal

Abstract

This article aims to investigate the application of the principle of human dignity when applied to limit the action of the state in criminal obeys the dictates of Immanuel Kant’s theory, a philosopher who established the basic assumptions of Western thought with regard to the fact the human being can not, under any circumstances, be treated as an object. The importance of this study lies in the possibility that proves the legitimacy of the constitutional content of dignity as a principle limitation of certain State actions when the pursuit of “truth” in criminal prosecution. This truth, that although demystified throughout the text, still serves as a parameter to exclusionary and oppressive criminal proceedings. Were used to achieve the purposes an idea of search of the truth centered on an eminently inquisitorial background process - although some unwary seek name it mixed - as well as the philosophical position of Kant about the dignity of the human person in order to demonstrate the legitimacy of these limits on the State, even when obtaining an illegal evidence leading to the elucidation of a crime. The union of these concepts, made possible to take the search to a conclusion that justifies be irrational any abuse to the human being by the state when it exceeds the allowed limits constitutionally to unveil the reality of criminal acts.

Keywords: Principle of human dignity. Truth. Criminal procedure.

1 Introdução

O estudo da legitimidade da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio limitador do Estado na busca da verdade no processo penal, deverá ser abordado neste artigo, sob a ótica de duas correntes de pensamento, quais sejam: a de que a dignidade não se afastará das ideias de Immanuel Kant e o processo penal compreender-se-á como um instrumento a ser utilizado pelo Estado para garantir os direitos fundamentais do acusado.

Em linhas gerais será investigado se, sob a ótica do imperativo categórico kantiano – fórmula utilizada para exprimir a relação entre leis objetivas do querer em geral e a imperfeição subjetiva deste ou daquele ser racional – é possível legitimar os limites impostos ao Estado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana nas atividades destinadas à produção de provas penais, e conseqüentemente, na descoberta da “verdade”.

Em decorrência desta perquirição objetiva-se, então, legitimar por meio do núcleo central da teoria de Kant a respeito da dignidade humana, a imposição de limites à atuação estatal na busca da “verdade” no processo penal. Pretende-se desta forma demonstrar a ordem lógica de um sistema constitucional fundado em um Estado Democrático de Direito onde todas as pessoas têm seus direitos fundamentais respeitados.

A partir daí constata-se a imprescindibilidade deste estudo, pois percebe-se nos dias atuais a dificuldade que a sociedade tem em aceitar a dignidade de um acusado quando se trata da investigação de um crime. É estarrecedor identificar o quanto a população ainda acredita na justiça retributiva, como se a tortura do acusado, por exemplo, seja ele culpado ou não, pudesse extinguir a dor da vítima e de seus familiares. Encontrar uma verdade para satisfazer os anseios de justiça torna-se, então, o almejado pela sociedade, independentemente da forma como ela seja obtida, pois, atualmente, ninguém aceita ficar órfão da certeza.

Em decorrência desta postura social pode-se afirmar que vigora no Brasil, embora parte da doutrina considere existir um sistema processual penal misto, um sistema apenas inquisitório já que a tradicional divisão adotada pela doutrina não pode mais se sustentar plenamente – no Brasil a instrução preliminar seria baseada em um modelo inquisitivo e a ação penal, propriamente dita, em um modelo acusatório - pois alguns artigos do Código de Processo Penal demonstram, fortemente, o caráter intervencionista do Estado na fase processual da persecução penal. É o caso, por exemplo, dos art. 156 do CPP (realização de diligências promovidas de ofício pelo Juiz); art. 311 do CPP (sequestro de bens determinado de ofício pelo magistrado); art. 242 do CPP (busca e apreensão determinadas de ofício) e o art. 209 do CPP (possibilidade do juiz ouvir testemunhas não arroladas pelas partes).

Testemunha-se, desta maneira, nos tempos atuais, um Estado excessivamente atuante no âmbito penal, e que insiste em exercitar suas prerrogativas para além dos direitos fundamentais, criando, assim, a necessidade de se buscar, fora da esfera do Direito, a legitimidade à ação garantista, pois, que, vinte e sete anos depois da promulgação da Constituição Federal, não é fácil convencer a sociedade brasileira da importância dos direitos e garantias fundamentais para todos os cidadãos, ainda mais em se tratando de acusados em geral.

Identificado o sistema processual penal adotado pelo Brasil é importante lembrar que, hodiernamente, os limites impostos ao Estado na sua relação com os do povo estão consubstanciados no princípio da dignidade da pessoa humana. Deste limite, a priori justo, surgirá um problema de difícil solução, qual seja: a dignidade da pessoa humana deverá ser observada, no processo de cunho criminal, tanto para o criminoso quanto para o lesado ou sua família. Parece, aqui, sempre haver uma contradição, pois, quando ambas as partes tratam de invocar para si a aplicação deste princípio a resposta para definir a melhor conduta estatal nunca é fácil.

Como o Estado é composto de profissionais de carne e osso há uma maior necessidade de tentar equacionar este aspecto, aparentemente contraditório, pois, poderá se inflar no espírito de seus agentes a sensação de que a obtenção da verdade pode estar acima das regras processuais. O desejo incrustado nas mentes daqueles que estão à procura da verdade é, sem dúvida, a vingança, pois humanos que são, tendem a sentir compaixão aos vitimados. Isto nada mais é, senão, do que reflexo da justiça

retributiva, horizonte que sempre foi do direito penal e processual penal, e que, para o professor Nelson Hungria era a retribuição ao mal concreto do crime com o mal concreto da pena.

Verificadas estas dificuldades torna-se inevitável adentrar à filosofia de Immanuel Kant – filósofo que teve como base de sua filosofia moral a dignidade da pessoa humana - para que, de seus conceitos, seja possível eliminar a contradição aparente do sistema. Por meio da explicitação da sua teoria pretende-se legitimar o conteúdo constitucional informador do princípio da dignidade da pessoa humana para que, tão almejado valor moral, não seja letra morta dentro do processo penal.

A incursão fora da Ciência do Direito, a fim de legitimar tal princípio no âmbito da disciplina processual, encontra guarida no fato de que o processo penal apresenta um caráter puramente instrumental, voltado precipuamente a prestar serviço à “máxima eficácia das garantias constitucionais”. Decorre, portanto, desta instrumentalidade, a necessidade de superação do “monólogo jurídico”, dado que, em um mundo onde vigora uma sociedade extremamente complexa como a nossa, um ponto de vista só não é suficiente para solução dos infinitos problemas modernos. É, então, fundamental que se traga para a ciência do Direito conceitos oriundos da sociologia, antropologia, história e psiquiatria, “sem falar no lastro filosófico” indissociável de muitos conceitos utilizados no contexto jurídico.

Em vista de tudo isto, imprescindível a este estudo será responder, por meio da filosofia kantiana, às seguintes perguntas: Porque o Estado quando imbuído da procura de elementos capazes de provar a veracidade de um crime tem o dever moral de respeitar até o mais vil dos assassinos?; e Como pode ser possível argumentar ao vitimado ou à sua família que os limites impostos pela Constituição Federal e pela Lei Processual Penal aos atos tendentes a solucionar crimes, são, em verdade, de acordo com a razão e para o bem da sociedade?

Com efeito, destaca-se que para a concretização desta pesquisa foi feita uma revisão bibliográfica que englobou tanto os aspectos da doutrina penal mais atualizada e especializada quanto obras de cunho filosófico. Ademais serão expostos, mesmo que de forma breve, os principais dispositivos da legislação pertinente ao tema.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1 Evolução do conceito de dignidade humana

Como se pode estabelecer, com um grau aceitável de precisão, o que é a dignidade da pessoa humana? A dificuldade é muito grande, pois esta expressão é, ainda hoje, considerada vaga, indeterminada e aberta a todo e qualquer tipo de interpretação. Passível de tirar o sono de filósofos e juristas, tamanha a sua fluidez, seja em que campo de estudo ela estiver gravitando, tornou-se uma dolorosa e ingrata missão defini-la. No entanto, algumas considerações devem ser feitas para delimitar o âmbito de estudo e a linha de pensamento que deverá ser seguida no presente artigo.

A raiz etimológica de dignidade deriva do latim dignus – “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante” – designando a característica central e única de todos os seres humanos, qual seja: a dignidade. Entretanto, na antiguidade este termo foi utilizado somente no contexto da humanidade como um todo e nunca no sentido de indicar algo inato a um ser humano considerado individualmente (MORAES, 2006, p. 112).

Sarlet (2010, p.32-33), no entanto, ressalta que no pensamento da antiguidade clássica vigorava ainda a ideia de uma dignidade quantificável, ou seja, haveria, de certa forma, uma “medida”, conforme a posição social do indivíduo e o reconhecimento dos demais membros da sociedade. Já no pensamento estoico de então a dignidade era compreendida como uma qualidade que distinguia o ser humano dos demais animais, tornando, portanto, todos os homens iguais em dignidade.

Com a expansão do cristianismo pela Europa, o pensamento ocidental passa por diversas transformações, até que, São Tomás de Aquino une o ideário Cristão àquele que vigorou durante a idade antiga. Baseado na definição que Anício Mânlio Torquato Severino Boécio cunhou para pessoa - substância individual de natureza racional – pôde ele conceituar a dignidade sob dois ângulos distintos:

“é inerente ao homem, como espécie; e ela existe in actu só no homem enquanto indivíduo, passando desta forma a residir na alma de cada ser humano” (MORAES, 2006, p. 113).

Outra questão central derivada do cristianismo e que aqui deve ser destacada é a noção de amor ao próximo. Amar o outro é respeitar a sua dignidade; é considerar o ser humano como um fim em si mesmo. Mas amar o próximo como a si mesmo seria praticamente impossível se levado em conta tão somente o sentimento humano. Para resolver esta questão os filósofos cristãos colocaram a moral como substituta deste amor, que é inato a todas as pessoas, mas impossível de existir no mundo fático. É o que Kant denominaria mais tarde de amor prático. A moral aqui é complemento do amor. Já que não posso amar a todos com aquele amor natural, que emana da alma, do espírito, eu amo pela moral, pelas regras de conduta – é usando a razão que o ser humano se torna capaz de respeitar inteiramente a dignidade do outro.

O desenvolvimento e a transformação do conceito ao perpassar dos anos conduziram, finalmente, à concepção kantiana de dignidade. Esta noção determinou uma virada no pensamento filosófico, e, conseqüentemente, deixou suas marcas na produção jurídica dos anos subseqüentes. Para Kant era na autonomia da vontade - consequência da natureza racional do ser humano e atributo apenas dos seres racionais - que se fundava a dignidade da natureza humana (SARLET, 2010, p. 37-43)

Moraes (2006, p. 115-116) ao fazer um levantamento deste pensamento filosófico moderno, no que diz respeito à dignidade, salienta a visão kantiana para mostrar que existem duas categorias de valores: o preço (preis) e a dignidade (würden). Para o filósofo prussiano:

Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade. O valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente. Daí a exigência de jamais transformar o homem em meio para alcançar quaisquer fins. Em consequência, a legislação elaborada pela razão prática, a vigorar no mundo social, deve levar em conta, a realização do valor intrínseco da dignidade humana. (MORAES, 2006, p. 115-116)

É a dignidade, portanto, que vai orientar toda a noção do imperativo categórico, que imporá ao ser humano uma lei universal de conduta ao indicar o rumo de toda a ação calcada na moral. Isto por que, como bem identificou Moraes (2013, p. 115), para Kant o dever não se apresenta através de conteúdos fixos, nem é uma lista de catálogos ou virtudes, mas sim uma forma que deve valer universal e incondicionalmente para toda a ação moral.

Fundamentar o aspecto jurídico da dignidade da pessoa humana com diretrizes filosóficas, para que este princípio não se torne um perigoso instrumental retórico a serviço de interesses particulares e arbitrários, é de indispensável importância. Em conformidade com estes preceitos filosóficos Sarlet (2008, p. 70) definiu os contornos jurídicos da dignidade tratando-a como,

[...] 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, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Andrade (apud WEYNE, 2010, p. 65), ao interpretar o art. 18, item 3 da Constituição Portuguesa, nos dá noção de dignidade como um limitador absoluto dos preceitos constitucionais e base de todos os direitos fundamentais. Argumenta, além disso, que, “se a existência de outros princípios ou valores [...] justifica que os direitos possam ser restringidos [...], a ideia do homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos, liberdade e garantias, tem de ser vista como um limite absoluto a esse poder de restrição”

Sarlet (2008, p. 126-127) amplia este pensamento e assevera que

Neste contexto, não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de

ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, vale dizer, inclusive contra a agressão de outros particulares, especialmente – mas não exclusivamente – dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados). Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos. [...] Da dupla função de proteção e defesa segue também o dever de implementar medidas de precaução procedimentais e organizacionais no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais ou, quando isto ocorrer, com o intuito de reconhecer e fazer cessar (ainda que para efeitos simbólicos), ou de acordo com as circunstâncias, minimizar os efeitos das violações, inclusive assegurando a reparação do dano.

Para Alexandrino (2010, p. 13-14) “o princípio da dignidade da pessoa humana parece pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão directa do esforço despendido para o clarificar”. Intentando encontrar uma explicação para a existência deste paradoxo, o autor, baseado em David Feldman, conclui que esta incoerência pode ocorrer porque falar de dignidade humana é uma maneira de expressar um conjunto de problemas morais em vez de ser pensada como uma técnica para resolvê-los.

Andorno (2009, p. 436) identifica a existência de vários paradoxos na noção de dignidade. Para este autor, se de um ponto de vista prático é quase que obrigatório que se firme um conceito para manutenção da vida social civilizada, do ponto de vista teórico parece praticamente impossível justificá-la sem recorrer-se à metafísica. Assim, se se considera que a modernidade traz consigo uma necessidade quase absoluta em afirmar o princípio da dignidade da pessoa humana também é certo que a incapacidade humana de reconhecer qualquer verdade ou valor objetivo torna praticamente impossível justificar tal princípio sem recorrer a aspectos metafísicos.

2.2 A dignidade da pessoa humana para Kant

Se é verdadeira, por conseguinte, a afirmação de Andorno (2009, p. 436), de que seria praticamente impossível a delimitação do conceito de dignidade da pessoa humana sem recorrer-se a metafísica torna-se prudente buscar estas respostas na filosofia Kantiana.

Para este filósofo uma metafísica dos costumes é indispensável por dois motivos: para investigar acerca da fonte dos princípios práticos que residem a priori na razão e para servir de elo entre os costumes e a norma suprema de seu exato julgamento, para que estes não fiquem sujeitos a toda forma de perversidade.

Aquilo que é considerado moralmente bom não basta que seja realizado somente conforme a lei moral, deve ser executado igualmente por amor a esta mesma lei moral. Se assim não for, o princípio imoral, sempre sairá vencedor ao provocar inversamente ações contrárias a esta própria lei.

Kant afirma não ser possível sequer pensar em uma ação que possa ser boa sem limites, há não ser uma só: “uma boa vontade”. É necessário para se compreender o conceito desta boa vontade, concebida em si mesma, sem qualquer intenção posterior, apenas apreciar o conceito de dever no qual já está contido em si o de boa vontade.

Para deixar evidente o que Kant (2007, p. 27-28) quer dizer com isso reproduz-se abaixo um exemplo capaz de clarear perfeitamente a noção de ação por dever:

Os homens conservam a sua vida conforme ao dever, sem dúvida, mas não por dever. Em contraposição, quando as contrariedades e o desgosto sem esperança roubaram totalmente o gosto de viver; quando o infeliz, com fortaleza de alma, mais enfadado do que desalentado ou abatido, deseja a morte, e conserva contudo a vida sem a amar, não por inclinação ou medo, mas por dever, então a sua máxima tem um conteúdo moral.

Dever, então, é a necessidade de uma ação por puro respeito à lei. É a obrigatoriedade que o ser humano tem de agir contra todas as suas inclinações. Agindo por dever, serão eliminadas todas as influências que a inclinação possa ter sobre o objeto da vontade. Sendo assim, a máxima deve sempre obedecer à lei, mesmo que esta atitude contrarie a todas as minhas inclinações (KANT, 2007, p. 31).

Para avançar na teoria kantiana e poder compreender que lei é essa que determina a vontade como absolutamente boa e sem restrição, tem-se que entender necessariamente que o comportamento só pode ser considerado moral se for universalizável. Quando não resta mais à vontade nenhum estímulo, que porventura pudesse advir da obediência à lei, só subsiste a conformidade a uma lei universal das ações em geral.

Neste ponto Kant começa a determinar o conceito de imperativo, ou seja, fórmulas que são utilizadas para exprimir a relação entre as leis objetivas do querer em geral e a imperfeição subjetiva deste ou daquele ser racional. Para o filósofo os imperativos ordenam ou hipotética ou categoricamente. Nas palavras de Kant (2007, p. 50):

Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma acção possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma acção como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade.

Interessa neste estudo a delimitação do imperativo categórico, pois ele afasta toda condição baseada em uma intenção para ordenar categoricamente o comportamento a ser adotado. Isto quer dizer que o imperativo categórico independe de qualquer intenção ou finalidade no cumprimento da lei, uma vez que a ação é objetivamente necessária por si (KANT, 2007, p. 51-52).

O imperativo categórico é buscado totalmente a priori por não possuir lastro nem na realidade nem na experiência cognoscível. Tem com isso o caráter de uma lei prática, sendo um só único: **“age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.”** (KANT, 2007, p. 59)

O imperativo moral está querendo dizer que a pessoa deve agir desta ou daquela maneira mesmo que queira ou entenda ser melhor outra coisa. Este imperativo encerra o princípio de todo dever, “pois o dever deve ser a necessidade prática-incondicionada da ação”. (KANT, 2007, p. 64)

Ao agir conforme este preceito universal o homem obrigatoriamente respeitará o próximo. Homem este, que deve ser considerado como um fim em si mesmo, nunca como meio para a consecução de vontades arbitrárias. Vale lembrar que tanto em relação a si mesmo quanto a outros seres racionais ele deve ser considerado como fim. Neste sentido Kant (2007, p. 69) formula um princípio prático que se amolda perfeitamente ao que se quer demonstrar na conclusão deste trabalho, qual seja: **“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 simplesmente como meio”**.

3 A busca da verdade no processo penal

3.1 A evolução do inquérito e a desmistificação da verdade

Há séculos o processo penal vem sendo utilizado pelo Estado como instrumento de dominação e opressão. A busca da verdade, objeto que orienta a práxis processual até os dias de hoje, em poucos momentos da história da humanidade encontrou limites. Para os “donos” do processo o passado deveria (e ainda deve) ser reconstruído a qualquer custo, e isto, sempre foi necessário, haja vista, a indispensabilidade de legitimar a imposição do Estado frente ao seu “inimigo”.

Na Roma monárquica (753 ac – 509 ac), por meio do processo penal público da cognitio, começam a aparecer os embriões de um processo de caráter inquisitório. Além da conjunção das funções de condenar e julgar surge também o elemento primordial de configuração do processo de natureza inquisitória, qual seja, a viabilidade do juiz produzir a prova com vistas ao encontro da tão almejada verdade. Depois de passar por um curto período - mais precisamente no último século da República - pela *accusatio* (processo com características acusatórias), o Estado romano, ao ter sua anatomia política alterada da República para o Império, introduziu a *cognitio extra ordinem*, sistema que se impunha aos inimigos do Estado de forma implacável concentrando uma vez mais o poder total de

acusar e julgar nas mãos de um único funcionário estatal, ávido e com incontável sede de perseguir a verdade. (KHALED JR., 2013, p. 29-32)

Tem-se aí o que poderia se considerar a semente da Inquisição - Tribunal Eclesiástico dominante na Europa Continental no período medieval e que representou uma das maiores máquinas de terror e opressão da história da humanidade. Para Lopes Jr. (2006, p. 168) a Inquisição deve ser entendida em um contexto espaço-temporal em que a Igreja detinha grande poder e prestígio. Foi, sem dúvida alguma, uma Instituição que privilegiou, por meio do processo inquisitório, a intolerância, pois estava alicerçada na “verdade absoluta” de que “a humanidade foi criada na Graça de Deus”.

Surgirá, então, um obstáculo a qualquer discurso tendente à defesa da busca de uma “verdade”, obstáculo este que impedia qualquer ato de contraditório – fato este que nunca permitiu a sua legitimidade -, pois, residente, no fato de que uma pretendida verdade absoluta nunca poderia ser flexível, de forma que, se ela pudesse ser discutida, perderia o seu caráter fundamental, ou seja, deixaria de ser absoluta. Sendo assim, o conceito de “verdade real” ou “absoluta” passou a ser o fundamento de todo um sistema penal que não tardou para lançar mão do que fosse preciso para descobri-la, de sorte que o acusado transmudou-se de parte em simples objeto nas mãos do inquisidor ansioso pela confissão (considerada à época como a rainha das provas). (LOPES Jr., 2006, p. 169-171)

A estrutura do processo inquisitório não demorou a transpor os muros da Santa Inquisição e alcançar o nascente Estado Europeu Absolutista. Seu instrumental enquadrava-se perfeitamente nas características da nova constituição política europeia. A centralização do poder nas mãos do monarca e a conseqüente diminuição da força dos senhores feudais fez com que as técnicas processuais de busca da verdade pudessem ser aperfeiçoadas no Estado Laico.

Foucault (2005, p. 65-67) atesta que neste momento aparecem coisas totalmente novas, capazes de atingir frontalmente o processo penal. Além do já referido surgimento do Estado - que agora passa a exigir reparação, pois a ocorrência de um crime não é mais uma ofensa somente à vítima e sim ao soberano – e do fato das pessoas deverem submeter-se a um poder exterior a elas, assemelhado ao poder judiciário, irrompe a figura do Procurador - representante do monarca lesado pelo dano e substituto da vítima no processo - personagem que ajudará o poder político a apossar-se dos procedimentos judiciais. Tão terrível e nefasta quanto as outras duas criações foi a invenção da infração, instituto capaz de repelir o entendimento de que o dano era apenas o prejuízo que um indivíduo causava a outro para ser o dano de um sujeito frente ao Estado, ou ao soberano, detentor da titularidade deste.

Neste procedimento o acusado é totalmente desconsiderado como parte. E isto se torna de importância fundamental para o poder central, pois, sendo, o acusado, objetificado como fonte de conhecimento, seria perfeitamente possível a eliminação de todo o resquício de reconhecimento da alteridade. É poder do soberano reinando absoluto por sobre as pessoas e completamente sem limites.

Neste sentido Khaled JR. (2013, p. 80) destaca que

a exigência de verdade renasce como instrumentalização do aparato persecutório do poder punitivo. E o pior de tudo: renasce não só a exigência, mas a compreensão de que ela podia ser extraída não só das coisas, mas das próprias pessoas, ou melhor, dos inimigos objetificados como coisas. Reproduzindo de forma sistemática a epistemologia inquisitória, rapidamente a tortura tornou-se método ordinário de conhecimento da verdade – meta absoluta do sistema -, desconsiderando quaisquer razões humanitárias e provocando uma alteração significativa no papel do acusado: de sujeito processual foi convertido em objeto de investigação e órgão de prova.

Em síntese, o inquérito “teria” surgido para isso, para desvendar a verdade; para trazer à tona o fato passado e demonstrar quem fez o que, quando fez e como fez. A verdade, tida como elemento primordial do processo, não admitirá nenhuma contestação e não conhecerá limites. O homem sem poder transfigura-se em coisa, em mero elemento de prova. Sendo réu seu corpo será usado para impor a vontade estatal, sendo testemunha não se afastará da obrigação de atender a estes mesmos anseios punitivos.

Com efeito, cabe destacar a análise de Foucault (2005) quando intenta desvendar o problema da formação de um certo número de domínios de saber a partir de relações de força e de relações políticas na sociedade. Para tanto o autor utiliza-se das práticas judiciais, pois entende ser uma das formas “pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, rela-

ções entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas”. Em consequência disto trata de expor em seu estudo algumas formas de verdade obtidas dentro da prática penal por meio do inquérito.

Assim para Foucault (2005, p. 77-78)

[...] o inquérito não é absolutamente um conteúdo, mas a forma de saber. Forma de saber situada na junção de um tipo de poder e de certo número de conteúdos de conhecimentos. Aqueles que querem estabelecer uma relação entre o que é conhecido e as formas políticas, sociais ou econômicas que servem de contexto a esse conhecimento costumam estabelecer essa relação por intermédio da consciência ou do sujeito de conhecimento. Parece-me que a verdadeira junção entre processos econômico-políticos e conflitos de saber poderá ser encontrada nessas formas que são ao mesmo tempo modalidades de exercício de poder e modalidades de aquisição e transmissão do saber. O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder.

O inquérito nunca foi, portanto, uma evolução das práticas penais, nunca existiu por si mesmo, em si mesmo, como forma de resolução de conflitos, advinda de um possível desenvolvimento da sociedade. Foi, antes de tudo, instrumento de opressão da máquina Estatal, que ao se apoderar dos procedimentos judiciários tornou-o um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão, ou seja, uma determinada maneira do poder se exercer. É por meio da análise da força política e das relações de poder que se deve procurar compreender o inquérito e não por meio de uma história da progressão da razão ou de refinamento do conhecimento. (FOUCAULT, 2005, p. 72-73)

A busca da verdade sempre foi uma enganação, uma ilusão para esconder as verdadeiras intenções do poder dominante. Sempre foi (e será) mais cômodo, para o homem, acreditar que existe uma verdade, que ela pode ser descoberta. Assim as relações sociais pacificam-se de forma mais fácil; as autoridades do momento conseguem transmitir segurança para o povo, iludindo àqueles oprimidos que nem de longe desconfiam do mal que os assola.

Mas, felizmente, alguns iluminados seres humanos, têm a coragem de por à prova o saber infirmado para quebrar com o ostracismo que se impõe. Carnelutti (apud, COUTINHO, 2015a) foi uma destas pessoas. Depois de defender em toda sua obra a existência de duas verdades, uma formal e outra material chegou, corajosamente, já na maturidade intelectual, a conclusão de que “a verdade está no todo e não na parte; e o todo é demais para nós”. Desta maneira, não sendo possível a descoberta da verdade material, a verdade formal, que seria o seu reflexo no espelho, também não poderia existir. Coutinho (2015a) bem destaca a virada epistemológica de Carnelutti, quando afirma que o autor ao colocar em crise – e destruir – a noção de verdade processual, demonstro-nos “a corda bamba pela qual temos que passar para sobreviver. Resta-nos, porém, uma ética na qual o outro conte – e deve contar – alguma coisa; a ética da alteridade”.

Como comprovado, a verdade, nunca foi o real fundamento do processo penal adotado no direito da Europa Continental (civil law) e, mesmo que um dia tivesse sido, sua busca não teria surtido nenhum efeito na construção de um processo penal hígido e tipicamente acusatório. Mas infelizmente ela (a tão malfadada busca verdade!) ainda continua a viger no nosso sistema processual, de maneira que ganha mais importância o objeto deste trabalho. Uma vez que a estrutura de saber estabelecida não se modifica, e aqueles que deveriam propor o seu avanço, não saem de seu sono epistemológico, preferindo manter as coisas assim como estão, é preciso reforçar, cada vez mais, e com mais ênfase, o princípio da dignidade da pessoa humana. Visto que não se abandona de uma vez por todas a busca da verdade (algo impossível de se encontrar) que se limite então esta procura com os instrumentos disponíveis pela Constituição Federal.

3.2 O atual estágio do processo penal brasileiro

Nosso vetusto Código de Processo Penal de 1941, embora com algumas modificações, ainda hoje apresenta características marcadamente inquisitórias. É o caso dos já citados art. 156 do CPP (realização de diligências promovidas de ofício pelo Juiz); art. 311 do CPP (sequestro de bens deter-

minado de ofício pelo magistrado); art. 242 do CPP (busca e apreensão determinadas de ofício) e o art. 209 do CPP (possibilidade do juiz ouvir testemunhas não arroladas pelas partes).

Lopes Jr. (2006, p. 180) destaca que o sistema processual penal brasileiro é notoriamente inquisitório na sua essência, ainda que com alguns ‘acessórios’ que normalmente ajudam a vestir o sistema acusatório (mas que por si só não o transforma em acusatório).

Deve-se, então, neste momento, deixar bem claro qual a realidade do ambiente jurídico onde está inserido nosso Processo Penal. E para isto é primordial fixar as bases do que a doutrina considera como “sistema”. Coutinho (2015b) entende sistema “como um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim.” Por conseguinte, a doutrina costuma destacar dois princípios reitores de sistemas processuais penais: o inquisitivo e o dispositivo; o primeiro sustenta o sistema inquisitório enquanto o segundo fundamenta o sistema acusatório.

Resta evidente com esta demonstração não existir efetivamente um tertium genus processual. Desta forma seria uma ilusão considerar um sistema como o brasileiro de misto. Isto só é capaz de trazer efeitos desastrosos para o acusado. E é assim porque “todo o discurso processual fundado na busca da verdade – mesmo relativa e aproximada – mostra-se retoricamente apto a fundamentar e legitimar a atuação inquisitória do magistrado.” (KHALED JR, 2013, p. 131-132)

Coutinho (2015b) dá sustentação a este pensamento quando afirma que a “característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente”. Para Jorge de Figueiredo Dias (apud, COUTINHO, 201b)

[...] a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos factos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na ‘acusação’ –, dado o seu domínio único e onnipotente do processo em qualquer das suas fases.

Outra consequência marcante e nefasta do processo penal pátrio e que só serve para ludibriar o povo e embasar o discurso do poder dominante é a sua divisão em duas fases: a fase investigatória (de natureza inquisitória) e a fase processual (de natureza supostamente acusatória). Segundo Khaled JR. (2013, p. 127-128)

O caráter de potencial garantia do sistema se perdia quase que por completo, pois **a manutenção de uma estrutura inquisitória na primeira fase fazia da segunda fase um espetáculo pseudoacusatório, no qual o que contava era a satisfação da ambição de verdade preconizada na etapa preliminar. Em última análise, a hipótese acusatória já vinha dada para o juiz, que partia da expectativa de preenchimento dessa ‘verdade’. Se os elementos colhidos na primeira etapa fossem postos em questão, ainda restava a opção de solicitação de novas diligências, conformando novamente uma sobreposição dos papéis de acusar e julgar.**

Nesta linha Lopes Jr. (2006, p. 267-268) salienta que todo cidadão possui o direito de ser julgado com base em ato de prova, que não se confundem, de maneira alguma com os atos de investigação. Para tanto estabeleceu a seguinte distinção:

Com relação aos **atos de investigação**:

- a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese;
- b) estão a serviço da instrução preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos;
- c) servem para formar um juízo de probabilidade e não de certeza;
- d) não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidas;
- e) servem para a formação da opinio delicti do acusador;
- f) não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não-processo (arquivamento);
- g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional;
- h) podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária.

Substancialmente diversos, os **atos de prova**:

- a) estão dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação;
- b) estão a serviço do processo e integram o processo penal;
- c) dirigem-se a formar um juízo de certeza – tutela de segurança;
- d) servem à sentença;
- e) exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação;
- f) são praticados ante o juiz que julgará o processo.

Não existe, por conseguinte, sistema misto; uma segunda fase com atos de prova não é capaz de afastar a inquisitorialidade do processo penal. O que há é um processo de natureza inquisitória com arremedos de institutos do processo acusatório. E, o pior de tudo é que não se vislumbra no horizonte qualquer expectativa de mudanças, uma vez que, como bem ilustrou Coutinho (2015b), a lógica do sistema é deformada por anos de pensamento ocidental baseado na lógica dedutiva. O juiz ao adotar uma premissa maior como verdadeira tenderá a decidir antes, para depois, já absolutamente convencido da sua tese, sair obsessivamente a procura da prova que deverá justificar sua decisão. Daí decorre o que Franco Cordero (apud, COUTINHO, 201b) determinou de “quadro mental paranoico”, ou seja, o juiz ao ser considerado como gestor da prova se vê obrigado a buscar a verdade a qualquer custo.

Khaled JR. (2013, p. 138) demonstra o caminho ao qual o sistema penal brasileiro deve seguir. Para o autor

[...] está mais que evidente que a democraticidade impõe que o funcionamento do sistema penal deve partir do necessário respeito ao princípio maior – a dignidade da pessoa humana – em oposição à lógica persecutória que no passado organizou sistemas voltados para a implacável perseguição dos indesejáveis, tidos como inimigos. A questão fulcral é que a epistemologia inquisitória foi concebida para homogeneizar o corpo social, matando a diferença, enquanto nosso cenário democrático-constitucional impõe, acima de tudo, o respeito ao plural.

Somente um processo fundado em uma real democracia participativa, integradora e solidária poderá se construir um processo verdadeiramente acusatório e em conformidade com a Constituição Federal de 1988. Segundo PRADO (2005, p. 70) em um Estado Democrático o processo “revela-se produto da contribuição dialética de muitos e não da ação isolada de um só, ainda que este um — mesmo sendo o juiz — atue informado pela disposição de encontrar a solução mais justa.”

4 Considerações finais

O imperativo categórico será sempre a medida da dignidade da pessoa humana. Ele é que dá legitimidade a este princípio constitucional, pois, ao ser uma lei prática e universal, tornará a ação, quando fielmente seguida, boa em si mesma. Se eu tenho que agir, conforme demonstrado acima, como se a máxima das minhas ações pudesse se tornar uma lei universal é óbvio que tenho que respeitar o outro em qualquer circunstância. Não há, com isto, hipótese em que o princípio da dignidade da pessoa humana seja mitigado. Ele é o norte, ele é o limitador, a base de qualquer outro direito fundamental.

O homem é um fim em si mesmo e nunca poderá ser considerado como meio, portanto, deverá ser sempre o destinatário do processo penal. O delinquente será o ator central na medida em que a pena deverá atingi-lo, a vítima e a humanidade terão igualmente uma posição central, pois aquela penalidade serve para restaurar a paz na sociedade e a volta ao estado de normalidade anterior ao crime.

O infrator nunca poderá ser utilizado como simples instrumento de prova. Homem não é coisa. As coisas têm preço, as pessoas dignidade. Condenar um criminoso ao fim do processo, sim, afinal, é questão de justiça, mas só se faz justiça com respeito à Constituição. O homem não poderá ser objeto no processo, mero meio para a imposição de um poder.

Desta forma resta evidente que o conceito de dignidade da pessoa humana e suas implicações não se tratam de algo vazio e perdido, se prestando a todo e qualquer abuso e interpretações equivocadas. Muito importante, portanto, que se assegure a máxima eficácia e efetividade possível a este princípio de conceito dinâmico (porque sempre em constante atualização) e sempre passível de concretização.

Um Estado Democrático de Direito deverá ter o seu cidadão como parte efetiva do processo penal, pois, quando o homem é utilizado como meio, como uma simples coisa para a obtenção de uma prova – é o caso da tortura – o imperativo deixa de ser categórico e passa a ser hipotético, não sendo assim mais uma lei universal. Isto porque a inclinação, a vontade de descobrir a verdade, custe o que custar, suplantou o agir por dever.

É muito importante destacar, para que não paire qualquer dúvida acerca do que se está propondo, que ao cumprir a pena o condenado não será considerado como um simples meio para a satisfação da sociedade. A pena será (ou pelo menos deveria) imposta para que este se recupere, para que possa ser integrado ao seio da sociedade, por isso as penas degradantes foram banidas de todos os sistemas baseados em um Estado Democrático de Direito.

A busca incessante da verdade no processo penal por certo o deforma. Sempre e onde sua busca existir - autorizando desta maneira o autoritarismo e a tirania - haverá espaço para o desrespeito à democracia e ao ser humano. Sendo assim aqueles que militam na proteção dos direitos humanos devem lutar, para que, enquanto as coisas não mudem, o princípio da dignidade da pessoa humana seja respeitado e tido como limite da busca da “verdade”, limite este plenamente legitimado, pois que emanado da razão, do cumprimento do dever e da vontade que respeita a uma só lei, ou seja, a um imperativo categórico.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**. Porto Alegre, V.4, n. 11, p. 13-38. 2010.

ANDORNO, Roberto. A noção paradoxal de dignidade humana. **Revista Bioética**, Brasília, V. 17, n. 3, p. 435-449. 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/glosas-ao-verdade-duvida-e-certeza-de-francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/#_ftnref1> Acesso em 18/10/2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo Juiz no Processo Penal**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/#_ftn13> Acesso em 22/10/2015.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume I, Tomo I: arts. 1º ao 10. 5. ed. Rio Janeiro: Forense, 1977.

KANT, Immanuel. (1786). **Fundamentação das metafísicas dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. 120 p.

KHALED JR. Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 311. P

LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 107-149.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WEYNE, Bruno Cunha. As Dificuldades Teóricas da Concepção Ontológica da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Direito Público**, São Paulo, V. 1, n. 32, p. 63-82. 2010.