



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE HUMANIDADES – CAMPUS III
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO
HÉLIO RAMOS DA SILVA

**ÉTICA, MORAL E DIREITO: FUNDAMENTO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO
BRASIL NA COMPREENSÃO DA VERDADE PROCESSUAL PENAL**

Guarabira – Paraíba
2016

HÉLIO RAMOS DA SILVA ¹

**ÉTICA, MORAL E DIREITO: FUNDAMENTO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO
BRASIL NA COMPREENSÃO DA VERDADE PROCESSUAL PENAL**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado ao curso de Direito da UEPB, Campus III, para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientadora: Professora Uberlândia de Sousa Félix²

Guarabira – Paraíba
2016

¹ Bacharelado em Direito - UEPB

Email:

² Especialista em Direitos Fundamentais e Democracia - UEPB

Especialista em Ciências da Linguagem com Ênfase em EaD / CLEaD - UFPB

Bacharela em Direito - UEPB

Licenciada em Letras – UEPB

Email: uberlandiasousa@hotmail.com

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

S586e Silva, Hélio Ramos da.
ÉTICA, MORAL E DIREITO: [manuscrito] : fundamento da República Federativa do Brasil na compreensão da verdade processual penal / Helio Ramos da Silva. - 2016.
49 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2018.
"Orientação : Profa. Esp. Uberlândia de Sousa Félix, Coordenação do Curso de Direito - CH."
1. Ética. 2. Moral. 3. Dignidade da pessoa humana. 4. Justiça penal. 5. Direito.

21. ed. CDD 345.05

HÉLIO RAMOS DA SILVA

ÉTICA, MORAL E DIREITO: FUNDAMENTO DA REPÚBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL NA COMPREENSÃO DA VERDADE PROCESSUAL PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Estadual da Paraíba,
como requisito parcial à obtenção do
título de Graduado em Direito.

Aprovado em: 18/11/2016

BANCA EXAMINADORA

Uberlândia de Sousa Félix
Profª Esp. Uberlândia de Sousa Félix (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Josão Mendes de Araújo
(Examinador)

Michelle Agudeti
(Examinador)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, fonte da minha força e inteligência, que com sua bondade me guiou até aqui com triunfo.

Agradeço a minha família e especialmente a minha esposa pela compreensão nos momentos que me ausentei para que este trabalho se desenvolvesse.

Agradeço, também, a minha orientadora que com paciência me orientou a construir este trabalho acadêmico e que se manteve imparcial, para que minhas concepções fossem respeitadas.

SUMÁRIO

RESUMO.....	04
INTRODUÇÃO.....	05
1 DEFININDO MORAL E ÉTICA COMO FUNDAMENTOS RELEVANTES NA ESFERA JURÍDICA	06
1.1 Breves considerações	07
1.2 O significado e o valor de moral e ética	08
1.3 O fundamento axiológico da ética	12
1.3.1 Os valores	17
1.4 A relação entre direito e moral	17
1.5 O ético-jurídico como base da justiça	20
2 OS FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	22
2.1 A constituição federal e a dignidade da pessoa humana como princípio	25
2.2 O ético-jurídico calcado na dignidade da pessoa humana	29
2.3 Os direitos fundamentais baseados na dignidade da pessoa humana	30
2.4 A dialética dos direitos fundamentais	32
3 A CONSTRUÇÃO DO PROCESSO PENAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	35
3.1 A aplicação do processo penal à luz da dignidade humana	36
3.2 O processo ético-jurídico em busca da verdade	37
3.3 As garantias processuais à dignidade humana	40
3.4 O ético-jurídico guiando os instrumentos probatórios à luz da dignidade humana	42
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	46

RESUMO

O objetivo deste trabalho é nos levar a uma reflexão acerca de questões que falam dos impedimentos da consecução da justiça sobre o fundamento ético e moral do processo penal, e a busca incessante pela verdade dos fatos. Observa-se o Direito, a Ética e a Moral como fatores relevantes dos meios de controle social, demonstrando ainda o progresso histórico dos conceitos éticos inseridos em cada cultura para alcançar a justiça criminal, adequando-se aos direitos individuais. A dignidade humana torna-se fundamento para estabelecer o significado real daquilo que é moral e ético. Portanto, o meio de realizar a justiça penal é estar sempre em busca da verdade, respeitando-se as garantias processuais como princípio fundamental da dignidade humana. Deste modo faz-se uma análise conceitual da ética, da moral e do direito como valores para promover o justo equilíbrio da pretensão punitiva do Estado e o direito de liberdade do acusado.

PALAVRAS-CHAVE: ética, moral, direito, dignidade da pessoa humana, justiça penal, processual penal

INTRODUÇÃO

Como não poderia deixar de ser, é evidente, que em todas as áreas do saber procura-se a verdade, a qual, todos os grandes gênios não se conformam apenas com um conceito, mas mergulham no universo das ideologias à procura da realidade mais perfeita.

De forma honrosa a verdade ocupa posição na esfera da ética, moral e direito, sobretudo no campo processual penal, uma vez que permite a adequada aplicabilidade dos princípios éticos-morais como fundamento do Direito, para assim galgar a justiça no caso concreto.

Nesse fito, buscar-se-á, no capítulo preliminar, destacar a relevância da inserção dos preceitos éticos e morais no ordenamento jurídico, como elemento de controle social, demonstrando suas noções básicas, conflitos, fundamentos e valores, além de propiciar a construção lógica da justiça como valor supremo e o modelo a ser alcançado pelo processo penal.

Compreendida as questões a respeito da distinção, pontos que se coadunam a ligação entre a moral, ética e o direito, intencionar-se-á percorrer, no segundo capítulo, a formação histórica e teórica do Estado Democrático de Direito, ressaltando o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento essencial para a manutenção deste.

É de suma importância, neste aspecto, ainda que rapidamente, compreendermos as manifestações significativas no cenário da história da humanidade para compreender a motivação que levou muitos Estados a estabelecerem o significado real da dignidade da pessoa humana, como é o caso do Brasil, bem como esclarecer que esta verdade representa um fim em si mesma, munida de consideração própria, tendo em vista que a dignidade é uma característica inerente a todo ser humano.

Tal reconhecimento apresenta, como valor referencial do direito, da ética e da moral o fortalecido da sistemática dos direitos e garantias fundamentais do homem, os quais, em determinadas situações, são alvo de colisão de interesses, tendo que, desta forma, o direito delinear parâmetros que solucionem essa dialética, a partir do ideário de Estado Democrático.

Depois destas análises, no último capítulo, cuja real intenção é o esforço acadêmico na esfera do direito processual penal, que procurará discutir e ressaltar qual é o fundamento que traz a existência e a necessidade deste ramo do direito perante o direito de punir atribuído, ao Estado.

Diante disto, salientou-se que para a adequada atuação do processo penal é importante que o mesmo tenha como finalidade precípua atingir, no caso em concreto, a justiça penal, a

qual é alcançada pela busca da verdade fática, calcada na ética e na moral, como princípios basilares, para evitar que o estado transgrida os princípios da dignidade da pessoa humana.

Não obstante, o processo que consiste num instrumento hábil para que se consiga elucidar os fatos concretos e se chegue a verdade, devendo, portanto, o Douto julgador alcançar este fim sem prejudicar os princípios de direitos e garantias fundamentais.

A Carta Magna da República Federativa do Brasil delimita a dignidade da pessoa humana como fundamento, e busca incessantemente pela verdade e, por consequência, a justiça, como princípios agregadores ético-jurídicos e morais que calcam a dignidade da pessoa humana, o qual é posto como elevado fundamento.

A dignidade humana é o que confere à pessoa valor intrínseco é que dá projeção soberana da democracia e a razão de existência do Estado. Não obstante, o princípio da dignidade da pessoa humana torna-se causa absoluta, e de significado do direito, além de constituir-se fonte da ética e da moral que resguarda os princípios dos fundamentos constitucionais.

1. DEFININDO MORAL E ÉTICA COMO FUNDAMENTOS RELEVANTES NA ESFERA JURÍDICA

1. 1 Breves Considerações

A função social da dogmática da decisão, nas suas últimas considerações, levantaram a problemática da verdade e da justiça no exercício jurídico do poder.

A questão toca no problema do sentido das coisas, da vida, do homem, de sua circunstância e vai além dos limites de uma introdução à Ciência Jurídica. Desde a antiguidade, o saber jurídico tinha a ver com a arte teórica, sendo uma combinação de conhecer (demonstração) e estimar ou avaliar (persuasão).

No convívio dos indivíduos, despontam certas questões de ordem prática que carecem de decisões e ações dos mesmos, visto que, em muitos casos, a solução daquelas afetará outras pessoas. Versa-se, por sua vez, de problemas que serão resolvidos a partir de uma decisão ou ação humana que poderão alcançar a esfera de um indivíduo apenas (devo ou não mentir à determinada pessoa?), uma nação (soldados em guerra que devem obedecer às ordens de extermínio oriundas de seus superiores), uma comunidade, etc.³

Tais situações permitem que o indivíduo ajuste o seu agir conforme normas que são compreendidas por ele como mais adequadas, com a finalidade de que tenha um comportamento delineado por conceitos morais. Diante dessa conduta humana, que implica numa decisão previamente raciocinada, tem-se, pelos demais indivíduos, a apreciação, o julgamento e a reflexão do resultado, mediante a observação em normas estabelecidas.

As dificuldades que surgem na convivência em sociedade, com a tomada de decisão, com o “*modus faciendi*”, com as consequências desse agir, que o indivíduo elege pelo juízo de valor das coisas quais comportamentos são (in)aceitáveis, produzindo definições e limites morais, os quais são remetidos à sociedade, da mesma forma que esta os implanta, por intermédios de mitos, regras, instituições, à consciência do indivíduo.⁴

O comportamento humano prático-moral é, posteriormente, objeto de análise e verificação do próprio indivíduo que passa a teorizá-lo, valorá-lo, atingindo a generalidade dos conceitos morais determinada pela ética. Esta pode ser entendida a partir de condutas sedimentadas em normas ou em conceitos teleológicos acerca do que é considerado “bom”, para alcançar o comportamento moral preterido, uma vez que não é da alçada do indivíduo,

³ VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. Ética. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 15-16.

⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22.

considerando o plano teórico-ético, em cada caso particular esclarecer o que é o “bom”, para solucionar um problema moral.

Admite-se, portanto, o comportamento moral quando o sujeito atua de forma responsável pelos seus atos no momento da tomada de decisão, sendo que decidir e operar em determinada situação é uma questão meramente prática-moral; porém, averiguar como a responsabilidade moral se relaciona com a liberdade da vontade do indivíduo, é de incumbência da ética.

1.2 O significado e o valor de moral e ética

Os conceitos de Moral e Ética, embora sejam diferentes, são com frequência usados como sinônimos. Moral vem do latim *mos* ou *moris*, que significa “maneira de se comportar regulada pelo uso”; daí relacionarmos o termo “moral” com “costume”, e de *moralis*, *morale*, adjetivo referente ao que é “relativo aos costumes”. Ética vem do grego *ethos*, que tem o mesmo significado de “caráter”, “costume”. O sentido que os antigos gregos atribuíam ao homem de bons costumes era o mesmo do homem de boa índole, de bom caráter. Por isso, os termos Moral e Ética se confundem, mas guardam entre si certas diferenças.

Os costumes, porque são anteriores ao nosso nascimento e formam o tecido da sociedade em que vivemos, são considerados inquestionáveis e quase sagrados (as religiões tendem a mostrá-los como tendo sido ordenados pelos deuses, na origem dos tempos). Ora, a palavra *costume* se diz, em grego, *ethos* – donde, ética – e, em latim, *moris* – donde, moral. Em outras palavras, ética e moral referem-se ao conjunto de costumes tradicionais de uma sociedade e que, como tais, são considerados valores e obrigações para a conduta de seus membros.

A língua grega possui uma outra palavra que precisa ser escrita em português com as mesmas letras que a palavra que significa costume: *ethos*. Em grego, existem duas vogais para pronunciar e grafar nossa vogal *e*: uma vogal breve, chamada *epsilon*, e uma vogal longa, chamada *eta*. *Ethos*, escrita com a vogal longa, significa costume; porém, escrita com a vogal breve, significa caráter, índole natural, temperamento, conjunto das disposições físicas e psíquicas de uma pessoa. Nesse segundo sentido, *ethos* se refere às características pessoais de cada um que determina quais virtudes e quais vícios cada um é capaz de praticar. Referem-se, portanto, ao senso moral e à consciência ética individuais.

Moral é o conjunto das regras ou normas de conduta admitidas por uma sociedade ou por um grupo de homens em determinada época. Assim, o homem moral é aquele que age bem ou mal na medida em que acata ou transgredir as regras do grupo. A Moral, ao mesmo

tempo que é o conjunto de regras que determina como deve ser o comportamento dos indivíduos do grupo, é também a livre e consciente aceitação das normas. Isso significa que o ato só é propriamente moral se passar pelo crivo da aceitação pessoal da norma. A exterioridade da moral contrapõe-se à necessidade da interioridade, da adesão mais íntima. Portanto, o homem, ao mesmo tempo que é herdeiro, é criador de cultura, e só terá vida autenticamente moral se, diante da moral constituída, for capaz de propor a moral constituinte; aquela que é feita dolorosamente por meio das experiências vividas. Mesmo quando queremos manter as antigas normas, há situações críticas enfrentadas devido à especificidade de cada acontecimento. Por isso a cisão também pode ocorrer a partir do enredo de cada drama pessoal: a singularidade do ato moral nos coloca em situações originais em que só o indivíduo livre e responsável é capaz de decidir.

Ética ou filosofia moral, é a disciplina filosófica que se ocupa com a reflexão a respeito das noções e princípios que fundamentam a vida moral. Essa reflexão pode seguir as mais diversas direções, dependendo da concepção de homem que se toma como ponto de partida.

Assim, à pergunta “o que é o bem e o mal”, respondemos diferentemente, caso o fundamento da moral esteja na ordem cósmica, na vontade de Deus ou em nenhuma ordem exterior à própria consciência humana. Podemos perguntar ainda: Há uma hierarquia de valores? Se houver, o bem supremo é a felicidade? É o prazer? É a atividade? É o dever? Por outro lado, é possível questionar: Os valores são essências? Têm conteúdo determinado, universal, válido em todos os tempos e lugares? Ou, ao contrário, são relativos? Ou, ainda, haveria possibilidade de superação das duas posições contraditórias do universalismo e do relativismo? As respostas a essas e outras questões nos darão as diversas concepções de vida moral elaboradas pelos filósofos através dos tempos.

A dificuldade de entendermos até certo ponto a ética é originada pelas raízes histórica e etimológica que o termo manifesta, visto que *éthos*, deriva do grego e apresenta-se no singular, com significação de hábito ou comportamento pessoal, resultante da natureza, das determinações sociais e educacionais; *éthe* (grego, plural) designa o aglomerado de hábitos e comportamentos de grupos ou de uma coletividade, podendo corresponder aos próprios costumes.⁵

Embora o aludido termo proporcione ambiguidades, em virtude de sua transformação temporal como consequência gradativa do progresso da sociedade, a ética é observada sob o

⁵ VÁZQUEZ, op. cit., p. 19.

prisma científico ou teórico, o qual é direcionado ao estudo dos acontecimentos ligados ao comportamento humano.

Nesse contexto, o autor Adolfo Sánchez Vázquez propõe a definição de moral e de ética. Observe:

Moral vem do latim *mos* ou *mores*, “costume” ou “costumes”, no sentido de conjunto de normas ou regras adquiridas por hábito. A moral se refere, assim, ao comportamento adquirido ou modo de ser conquistado pelo homem. Ética vem do grego *ethos*, que significa analogicamente “modo de ser” ou “caráter” enquanto forma de vida também adquirida ou conquistada pelo homem. Assim, portanto, originariamente, *ethos* e *mos*, “caráter” e “costume”, assentam-se num modo de comportamento que não corresponde a uma disposição natural, mas que é adquirido ou conquistado por hábitos. É precisamente esse caráter não natural da maneira de ser do homem que, na Antiguidade, lhe confere sua dimensão moral.⁶

Dessa forma, pode-se inferir que as situações centralizadas na esfera teórica-moral não estão inteiramente coligadas com as de ordem prática, ainda que apresentem certo grau de proximidade, de forma que não se tolera a miscigenação dos conceitos éticos com a moral, a qual não é produto aqueles.

Consoante à questão em debate, José Renato Nalini salienta que:

Conceituar ética já leva à conclusão de que ela não se confunde com a moral, pese embora aparente identidade etimológica de significado. *Ethos*, em grego e *mos*, em latim, querem dizer costume. Nesse sentido, a ética seria uma teoria dos costumes. Ou melhor, a ética é a ciência dos costumes. Já a moral não é ciência, senão objeto da ciência. Como ciência, a ética procura extrair dos fatos morais os princípios gerais a eles aplicáveis.⁷

A ética, por sua vez, apenas investiga os acontecimentos histórico-sociais já em vigência, na seara da moral, com a finalidade precípua de definir a essência desta, sua gênese, as características nela contidas, a natureza e o desempenho dos juízos morais, os parâmetros de afirmação destes juízos e o sistema que suporta as mudanças temporais desse conceito. Nas definições de Adolfo Sanchez Vázquez, “ética é a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade. Ou seja, a ciência de forma específica de comportamento humano”, ao passo que “a moral é um conjunto de normas, aceitas livre e conscientemente, que regulam o comportamento individual e social dos homens”.⁸

Com propriedade, o doutrinador Gustavo KORTE esclarece que:

⁶ BITTAR, op. cit., p. 7.

⁷ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 34.

⁸ VÁZQUEZ, op. cit., p. 23 e 63.

Moral é o que se refere aos usos, costumes, hábitos e habitualidades. De uma certa forma ambos os vocábulos se referem a duas ideias diferentes, mas relacionadas entre si: os costumes dizem respeito aos fatos vividos, ao que é sensível e registrado no acervo do grupo social como prática habitual. A ideia de moral é a relação abstrata que comanda e dirige o fato, o ato, a ação ou o procedimento. A moral explica e é explicada pelos costumes. A moral pretende enunciar regras, normas e leis que regem, causam e determinam os costumes, inclusive, muitas vezes, anunciando-lhes as consequências.⁹

Portanto, diferentemente da moral, a ética é dotada de rigor, coerência e fundamentação de caráter científico, tendo em vista que objetiva compreender a realidade humana baseada em fatos e atos morais, construindo de maneira racional e direta conceitos, hipóteses e teorias a respeito do comportamento moral dos indivíduos.

Eduardo Bittar delimita o objeto e apresenta o conceito de ética:

O saber que se intitula ética tem por objeto de estudo a ação moral e suas tramas. Esse saber ético não possui natureza puramente normativa, como afirmam autores, não se dedicando exclusivamente à compreensão do *dever-ser* ético. Há, porém, que se dizer que em suas pretensões de estudo se encontram englobadas as normas morais. Ou seja, a deontologia, o estudo das regras morais, é parte das preocupações do saber ético. Isso significa dizer que se pode estudar, além do problema da ação e suas questões correlatas, por meio de um método científico (indução, dedução, dialética, intuição), pelo saber ético, o conjunto de preceitos relativos ao comportamento humano (individual e social). A preceptística moral, ou seja, o conjunto de regras definidas como normas morais (não matarás, não julgarás, ao farás ao outro o que não desejaríeis a ti fosse feito, não roubarás, darás a cada um o seu...), é, no fundo, a abstração das experiências morais hauridas pela prática vivencial sócio-humana.¹⁰

Posto isto, o estudo da ética ocupa posição de elevada importância na sociedade, pois tem como incumbência viabilizar que o homem, individual e coletivamente, ajuste seus erros e valorize os acertos, a fim de que cada escolha resulte no caminho adequado para se atingir uma consequência avaliada como boa, justa e apropriada à situação em concreto. Com esse desiderato, concatenando, em especial, as virtudes é que se ponderam as ações (i)morais dos indivíduos em sociedade. Por conseguinte, a prática desses ensinamentos pelo homem real, em suas experiências cotidianas, no que concerne a si mesmo e aos demais, guiar-lhe-ão a decisões mais acertadas. Tal propósito é o desafio preconizado pela ética contemporânea.¹¹

⁹ KORTE, Gustavo. Iniciação à Ética. São Paulo: Juarez Oliveira, 1999, p. 115.

¹⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, ALMEIDA, Guilherme Assis. Curso de Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas S.A, 2005, p. 458.

¹¹ KORTE, op. cit., p. 165.

Afigurar-se-ia fora de propósito adentrar, nesse momento, na discussão acerca do caráter científico ou filosófico da ética, sendo que a proposição em evidência é diferenciar ética de moral.

Valer referir, entretanto, o pensamento de Eduardo Bittar, para quem, ao contrário do autor citado no corpo do texto, "pode-se dizer que é filosofia, filosofia prática, que tem por conteúdo o agir humano.

Isso porque se trata de um saber especulativo, voltado para a crítica conceitual e valorativa. Se o saber filosófico instaura a dúvida e a crítica, renunciado a pretensões mais diretamente engajadas na resolução de questões imediatamente necessárias e prementes, então nesse solo que deve se situar a especulação ético conceitual. A ética firma-se nesse solo filosófico como forma de fortalecimento das construções e deveres morais hauridos ao longo do tempo pela experiência. Seu cunho especulativo não a permite ser senão um grande jogo especulativo, característica central do saber filosófico. E arremata: "A ciência não seria capaz de dar conta de um objeto intensamente complexo, como é o objeto da especulação ética" (KORTE, op. cit., p. 14). Mais eclético, porém, é o entendimento de Gustavo Korte, ao esclarecer que "uma é a Ética científica, como ciência dos fatos, ações e processos éticos, que explica como ocorrem e em que condições se manifestam. Outra é a Ética filosófica, que estuda as normas e as leis, e explica porque ocorrem ou devem ocorrer as relações" (KORTE, op. cit., p. 97).

1.3 O fundamento axiológico da ética

OS Valores têm como fundamento a bipolaridade. A análise gradativa das distintas culturas existentes na sociedade permite dizer que o juízo de valor que se faz daquilo que é correto ou incorreto, lícito ou ilícito são modificados de acordo com cada cultura com pesos valorativos consoante a cada tempo.

Tal fato ocorre em virtude de que os valores são passíveis de dominação e de hierarquização, tendo em vista que não se apresentam de forma isolada uns dos outros, e sim, organizados progressivamente. Isto porque, segundo o nobre jurista Miguel REALE¹² sustenta que:

“os valores são ou subordinantes ou subordinados, terminologia esta, no fundo correspondente àquela que distribui os valores em valores fundamentais e valores secundários”.¹³

¹² Na teoria de Nicolai Hartmann, os valores representam um mundo subsistente e cerrado em si mesmo, com todas as características de uma realidade ontológica. (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 228).

¹³ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 228.

A história, desta feita, compõe instrumento hábil para observar as fases ou épocas que se diferenciam sob o aspecto da vida social dos indivíduos e dos grupos, pois está regida por valores hierarquizados. Isto acontece em razão de que há momentos em que a sociedade está, *verbi gratia*, com predominância valorativa atenta aos preceitos religiosos, o que resulta na ordenação lógica dos demais valores – teocentrismo. Todavia, para a ciência o valor essencial é a verdade, para a arte, conceitos regidos pelo belo, para países emergentes, o valor econômico predomina, e assim por diante.

Nesse aspecto é que surge a indagação acerca da necessidade ou não de se estabelecer um valor supremo, o qual teria a finalidade precípua de reger, axiologicamente, à vida em sociedade. Assim, entendem alguns autores que o valor fundamental é representado pelo valor da pessoa humana. Outros, acreditam que a fonte valorativa está abarcada pelas exigências econômicas ou pelo elemento vida.

Ante essa diversidade de focos, percebe-se que o “bom” é um elemento que se destaca em relação aos demais, visto que representa o fator determinante no comportamento humano, bem como constitui conduta agradável quando administrado pelo valor da bondade para si e para outros. Tal conceito está sujeito aos anseios humanos em cada época e sociedade, para atingi-lo como valor ético principal.

Sócrates (469-399 a.C.), representando a ética grega, acreditava que para alcançar o caminho dotado de bondade era necessário estar munido de cognição, pois o mau representava a ignorância.¹⁴ Platão (427-347 a.C.) idealizava o “bom” por intermédio de uma Justiça vigorosa que administraria o mundo, contudo, jamais atingível pelo homem no plano concreto, visto que apenas representava a preparação do espírito para a morte.¹⁵ Aristóteles, todavia, materializava o bem supremo do homem proposto por Platão, na felicidade – eudemonismo, a qual esta ao alcance somente de uma classe privilegiada da sociedade.¹⁶ Epicuro de Samos (341-270 a. C.), marcado pela falência da Grécia antiga, entendia que o prazer refletia o bem, uma vez que a vida em si era um bem que se concretizava pela ausência de dor e de sofrimento – hedonismo.¹⁷

¹⁴ BITTAR, Eduardo C. B. Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 121-136.

¹⁵ PLATÃO. A República; tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003, pp. 74-111.

¹⁶ ARSISTÓTELES. Ética à Nicômacos; tradução de Mário Gama Cury. 4ª ed. Brasília: Ed. UNB, 2001, p. 24.

¹⁷ BITTAR, op. cit., p. 186-198.

No entendimento dos romanos, todo e qualquer desconforto da vida era visto como provações, as quais se constituíam de forma passageira com a finalidade de tornar a alma cada vez mais resistente (Sêneca 4 a. C. – 65 d. C.).¹⁸

A ética cristã apresenta relevante interferência, neste aspecto, pois, segundo Santo Agostinho (354 – 430 d.C.), utilizando-se das ideias de Platão, concebia o bem a partir de uma Justiça Divina, a qual não era passível de erros. O mau não decorria da natureza do homem e sim das atitudes deste, visto que detém o livre arbítrio. Desta feita, cada indivíduo receberá o julgamento por Deus em razão das suas atitudes boas ou más, isto é, conforme a utilização do livre-arbítrio. Todavia, São Tomás de Aquino (1225 – 1274 d. C.), defende que o homem escolhe praticar bem ou o mal quando os retiram, anteriormente, de uma experiência prática, de uma situação específica.¹⁹

Na visão racionalista de Kant (1724 – 1804), a liberdade é o elemento ensejador do progresso da moral, pois há a exigência de se agir bem, em virtude de que a razão do plano teórico é insuficiente para resultar na felicidade e justificar todos os motivos da existência e da opção ética.²⁰

Jeremy Benthan (1748 – 1832) estabelece o bom, partindo-se de uma perspectiva utilitarista, concatenada no pensamento filosófico inglês do século XVIII, quando se atinge a proximidade do prazer e se afasta de tudo o que resulta em malefícios, com o escopo de encontrar a conduta ética adequada.²¹

Para o autor George Moore (1873 – 1953) não é possível alcançar um conceito de bom, ante a influência do empirismo. Tal posicionamento está sedimentado em sua obra denominada de *“Principia Ethica”*, onde destaca que: *“bom é uma noção simples, como amarelo é uma noção simples; que, da mesma forma que você não pode, seja lá como for, explicar a alguém que ainda não saiba o que é amarelo, da mesma forma você não pode explicar ainda o que o bom é”*.²²

Bom e mau. Portanto, como visto acima, compõem conceitos inseparáveis e que expressam sentidos valorativos contrários, decorrentes de situações históricas e reais concernentes a cada época.

Nesse sentido, o renomado filósofo Adolfo Sánchez Vázquez sintetiza:

¹⁸ BITTAR, op. cit., p. 199-216.

¹⁹ BITTAR, op. cit., p. 217-236.

²⁰ KANT. Fundamentos da metafísica dos costumes; tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, p. 120.

²¹ BITTAR, op. cit., p. 285-300.

²² Apud BITTAR, op. cit., p. 329.

Nos povos primitivos o bom é, antes de tudo, a valentia, enquanto o mau é a covardia. Com a divisão da sociedade em classes, perde o seu significado universal humano; já nem todos os homens são ou podem ser bons, mas somente uma fração ou minoria: os homens livres; os outros – os escravos – não podem ser nem bons nem maus, pela simples razão de que não são considerados propriamente seres humanos dotados de razão, mas coisas ou instrumentos. Assim acontece, por exemplo, na Grécia antiga. Na Idade Média, é bom o que deriva da vontade de Deus ou concorda com ela, e mau ou diabólico o que a contradiz.

Nos tempos modernos, o bom é o que concorda com a natureza humana concebida de uma maneira universal e abstrata; por isto, também as ideias de bom e de mau tem um caráter universal, de acordo com essa verdadeira natureza do homem enquanto ser racional ou espiritual, dada de uma vez para sempre. Mas atrás desta universalidade da ideia do bom (que se evidencia claramente na ética de Kant, na qual o bom é tal absolutamente, sem restrição ou condição alguma), escondem-se aspirações e interesses humanos concretos que são, sobretudo, os da classe social dominante.

Nenhuma classe social aceita como bom o que entra em contradição com os seus interesses sociais. Por isto, o que é bom para uma classe, numa mesma sociedade, não o é para outra. Isso não quer dizer, porém, que o bom perca qualquer conteúdo objetivo, pois quando uma classe social – na sua fase ascensional – tem interesses próprios que se fundem com os do progresso histórico e social, sua ideia do bom – em contradição com a de uma classe já decadente, que se agarra à sua particularidade – contribui para uma concepção mais universal do bom, embora esta universalidade se apresente ainda um tanto abstratamente, como acontece com “boa vontade” de Kant. O bom, neste sentido, resulta então mais proveitoso para uma moral universal humana – para a qual, como já vimos. Tende o progresso moral – do que o bom no sentido estreito e limitado da moral anterior, a escravista ou a feudal-aristocrática.²³

Adiante, estabelece que a ética individualista se constitui de meio real de conduta que dissocia os interesses individuais dos coletivos, de tal forma que o indivíduo atua exclusivamente com a sua consciência, a fim de encontrar a sua satisfação pessoal, não sendo relevantes os meios e os resultados de suas atitudes. Em contraposição está o grupo formado pela burocracia desumanizada, onde a característica pessoal é englobada pelo geral. Desta forma, para se achar o bom é prescindível a suplantação deste desacordo, ou seja, viabilizar a congruência dos interesses pessoais com os comuns ou coletivos.²⁴

Esta dicotomia e harmonização de interesses, segundo Aristóteles, são denominadas de ética de consenso, a qual, no entender de Eduardo Bittar:

consiste no conjunto estável de práticas de conduta que o indivíduo exerce com consciência de sua inserção social, em seus múltiplos papéis e funções, tendo como fim a realização pessoal, que só se perfecciona na medida em que da adequação entre fins e meios surgem resultados vantajosos para si,

²³ VÁZQUEZ, op. cit., p. 156-157.

²⁴ VÁZQUEZ, Adolfo idem, p. 172-175.

com um mínimo de lesão para o outro e com a causação de um máximo de engajamento e melhorias na vida alheia.²⁵

Todavia, a ética individualista apresenta um problema no que tange a conflitos exteriores ou intersubjetivos, visto que nas situações em que se tem a confrontação da ética de outro, sob a égide individual, pode ter como consequência um impasse ético. Aliás, a ética não se manifesta quando o indivíduo vive complementemente isolado dos demais, e sim, na convivência em sociedade, onde se pode estabelecer o que se deve ou não fazer.

Sobre o assunto Fábio Konder Comparato destaca a dignidade, a qual ultrapassa o conceito de pessoa humana, e a individualidade pessoal de cada um, ressaltando as limitações e vícios:

O paradigma da pessoa humana reúne em si a totalidade dos valores; ela é a supremo critério axiológico a orientar a vida de cada um de nós. Os valores éticos não são visualizados pelo homem uma vez por todas e completamente, mas descobertos pouco a pouco, no curso da história. A pessoa é um modelo, ao mesmo tempo transcendente e imanente à vida humana, um modelo que se perfaz indefinidamente e se concretiza, sem cessar, no desenvolvimento das sucessivas etapas históricas.²⁶

A personalidade compõe-se, certamente, de conteúdo de elevada consideração no campo da ética, tendo em vista que a o discernimento do agir está situado no foro íntimo de cada indivíduo, o qual é acompanhado da normatividade e determinismo moral desenhado nas relações sociais predominantes.

Nenhuma classe aceita como bom o que entra em contradição com os seus interesses sociais. Por isso o que é bom para uma classe, numa mesma sociedade, não o é para outra. Isso não quer dizer, porém, que o bom perca qualquer conteúdo objetivo, pois quando uma classe social – na sua fase ascensional – tem interesses próprios que se fundem com os do progresso histórico e social, sua ideia do bom – em contradição com a de uma classe já decadente, que se agarra à sua particularidade – contribui para uma concepção mais universal do bom, embora esta universalidade se apresente ainda um tanto abstratamente, como acontece com “boa vontade” de Kant. O bom, neste sentido, resulta então mais proveitoso para uma moral universal humana – para a qual, como já vimos. Tende o progresso moral – do que o bom no sentido estreito e limitado da moral anterior, a escravista ou a feudal-aristocrática.

²⁵ BITTAR, op. cit., p. 48.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 481.

1.3.1 Os valores

Mas o que são valores? Embora a preocupação com os valores seja tão antiga como a humanidade, só no século XIX surge uma disciplina específica, a teoria dos valores ou *Axiologia* (do grego *axios*, “valor”). A Axiologia não se ocupa dos seres, mas das relações que se estabelecem entre os seres e o sujeito que os aprecia. Diante dos seres (sejam eles coisas inertes, ou seres vivos, ou ideias etc.) somos mobilizados pela afetividade, somos afetados de alguma forma por eles, porque nos atraem ou provocam nossas repulsas. Portanto, algo possui valor quando não permite que permaneçamos indiferentes. É nesse sentido que García Morente diz:

“Os valores não são, mas valem. Uma coisa é valor e outra coisa é ser. Quando dizemos de algo que vale, não dizemos nada do seu ser, mas dizemos que não é indiferente. A não-indiferença constitui esta variedade ontológica que contrapõe o valor ao ser. A não-indiferença é a essência do valer”.

Os valores são, num primeiro momento, herdados por nós. O mundo cultural é um sistema de significados já estabelecidos por outros, de tal modo que aprendemos desde cedo como nos comportar à mesa, na rua, diante de estranhos, como, quando e quanto falar em determinadas circunstâncias; como andar, correr, brincar; como cobrir o corpo e quando desnudá-lo; qual o padrão de beleza; que direitos e deveres temos.

1.4 A relação entre direito e moral

Neste momento, faz-se imperioso discutir, ainda que sucintamente, a relação preconizada entre o direito e a moral, com a finalidade de promover a análise, a partir desses conceitos, da ética e suas implicações no ramo do direito processual penal, notadamente, à questão da justiça deste âmbito jurídico.

As regras jurídicas não se apresentam de maneira estanques no campo da deontologia, isto é, do dever-ser social, uma vez que existem outros discursos resultantes de práticas que ordenam comportamentos, como a religião, a moral de um determinado grupo, as exigências de condutas no trabalho para obtenção de organização funcional etc. Dentre este exemplo, obviamente, desponta-se o discurso jurídico-normativo. Este, por sua vez, está fundamentado na criação de mecanismos de subjetivação dos indivíduos, agrupando-se à ordem das regras chamada imperativas, decretadas de forma política e objetivamente apresentadas para que todos possam cumpri-las, salvo quando pela lei admitida a excusa.²⁷

²⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, ALMEIDA, Guilherme Assis. Curso de Filosofia do

Diante das regras de dever-ser vaticinadas pelo direito, este se vale das vivências sociais para assentar aquelas num formato, o qual passa a ter caráter juridicamente vinculante, de modo que uma sociedade pautada em preceitos democráticos, livre, politicamente avançada, eticamente responsável, inclina-se a engendrar direitos forjados destes valores. Portanto, o direito origina-se dos atos dos indivíduos, que geram definições e padrões éticos e os remete à sociedade, até que esta, a qual também é fonte de padrões e conceitos morais, os afixam por intermédios de estruturas gerais de movimentos sócias, institucionais, meios de comunicação, regras, entre outros, à consciência do indivíduo, estabelecendo um ciclo de valores sociais e jurídico-normativos.

“Não há direito sem sociedade, e vice-versa”, diz Miguel Reale.²⁸

Adiante, este autor salienta que:

Sendo o direito um bem cultural, nele há sempre uma exigência axiológica atualizando-se na condicionalidade histórica, de maneira que a objetividade do vínculo jurídico está sempre ligada às circunstâncias de cada sociedade, aos processos de opção ou de preferência entre os múltiplos caminhos que, como vimos, se entreabrem no momento de qualquer realização de valores. Põe-se, assim, no âmago da experiência jurídica a problemática do Poder, que procura assegurar por todos os modos, pela força física, a realização do Direito.²⁹

Neste liame, a norma moral não é assinalada por fenômeno exterior, não pode ser sancionada ou promulgada e nem é cogente, o que inviabiliza a punição por qualquer autoridade pública, quando esta entender que mandamentos foram descumpridos. Contudo, a moral pode ser penalizada por outros meios de controle social (rejeição, vergonha, exclusão de um determinado grupo etc), que, em alguns casos, são mais eficazes que a correção por via de normas jurídicas.

A implicação recíproca do direito e da moral é destacada pelo autor Tércio Sampaio Ferraz Junior, quando sustenta que o direito pode acompanhar os ditames morais de uma sociedade, bem como pode deixar de observá-los, sendo que na primeira hipótese, tem-se um direito moral, inovador e democrático, e, na seguinte, um direito imoral.³⁰

Neste, o interessante é que, ainda que conteste os valores fulcrados na sociedade, é exigível e deve ser obrigatoriamente cumprido, para impedir eventual sanção pela inobservância dos mandamentos jurídicos. Assim, o direito moral e imoral, sob esta perspectiva são compreendidos como válidos, contudo apresentam sentidos distintos, pois o

Direito. São Paulo: Atlas S.A, 2005, p. 439.

²⁸ REALE, op. cit., p. 703.

²⁹ REALE, idem, p. 703.

³⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 2º ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 326-329.

primeiro possui razão de existência, é ratificado e aceito pela sociedade, e é elemento instrumentalizador da justiça. Já, o segundo, faz presumir que o direito é uma via de poder e autoridade, que na realidade não possui legitimidade e é praticado à força, sem qualquer disposição prudencial.³¹

Segundo Juarez Freitas, comentando a constatação de Habermas de que os princípios morais do direito natural transformaram-se em direito positivo nos modernos Estados Constitucionais, revelando, assim, a dupla natureza (moral e jurídica) desses princípios, tem-se que: não é pouco agasalhar a ideia de que ‘a legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral’. Apesar disso, impõe-se registrar que ainda se ouve, com reiteração, o argumento inaceitável de que nem tudo que é lícito é honesto. Não se podem resolver problemas jurídicos recorrendo à suposta separação rígida, que, como visto, não se coaduna nem com os discursos constitucionais democráticos, nem com as mais avançadas teorias da interpretação jurídica que preconizam uma compreensão do direito a ser aplicado à luz de paradigmas diversos.³²

Hans Kelsen defendeu, para fins de estudo da moral e do direito, a completa separação dos mesmos. Todavia, em que pese a cisão proposta em sua Teoria Pura do Direito, com a finalidade de impor uma barreira intransponível entre o direito e a moral, sendo reconhecido pelo próprio autor para fins de obter elevado grau de pureza no método científico para o estudo do direito, o fato é que o direito esta interligado às questões morais.

As características essenciais do direito são a heteronomia, coercibilidade e bilateralidade, visto que as imposições jurídicas são originadas do grupo social para o indivíduo. Ao passo que a unilateralidade, incoercibilidade e autonomia são notas primordiais da moral.³³

Eduardo Bittar, em sua obra “Curso de Filosofia do Direito”, destaca situações que denotam a relação íntima existente entre o direito e a moral, ressalvadas as recentes alterações legislativas:

obrigação natural (ex. dívida de jogo) descrita no art. 814 do novo Código Civil. Trata-se de obrigação puramente moral, não exigível juridicamente, mas que, se solvida, não poder ser motivo de ação judicial (pedido impossível). Tem-se aí a absoluta indiferença do Direito por um ato (não-pagamento de dívida decorrente de obrigação natural) moralmente recriminável; b) o incesto não é considerado

³¹ FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 326-329.

³² FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 3ª ed. Malheiros, São Paulo, 2002, p. 216.

³³ GUSMÃO, Paulo Dourado. Introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 69-70.

crime no sistema jurídico repressivo brasileiro, inexistindo tipo penal específico para a apenação do agente. Não obstante a indiferença legal sobre o assunto, trata-se de um típico comportamento moralmente condenável; c) a preocupação constitucional com o princípio da moralidade pública, expressa no art. 37, da Constituição Federal, *caput*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Aqui se comprova a relevância do princípio moral para a própria organização, manutenção e credibilidade cívica dos serviços públicos. O que é moralmente recomendável tornou-se juridicamente exigível do funcionalismo público (...)”³⁴

Desta feita, o direito busca subsídios na moral, além de conviver com a mesma continuamente, expedindo-lhe novos conceitos e normas, e recebendo novos conceitos e normas, de forma que representa o fim do direito. Portanto, direito sem moral é puro arbítrio, e não direito.

1.5 O ético-jurídico como base da justiça

É de suma importância estabelecer a noção de um direito ético e injusto, sendo a recíproca verdadeira. A justiça, em verdade, compõe-se do fim ético do direito, e apresenta-se do "bom" do direito, o qual é assim qualificado quando se chega o mais próximo possível do direito justo. O fim precípua do direito é promover a paz social, já o disse Ihering. Porém, pode-se, destacar como fim imediato e ético do direito a justiça, tendo em vista que a balança do direito pesa-o a fim de dar a cada um o que é seu, a medida do seu direito, o que lhe cabe por justiça, pelo menos como finalidade última.

O que se entende de justiça depreende-se duma gama de expectativas delineadas no curso da história, resultando inúmeras correntes sobre o justo e o injusto, dentre elas: teoria sofista, socrática, platônica, aristotélica, cristã, agostiniana, tomista, rousseauiana, kantiana, hegeliana, kelseniana, rawlsiana. Entretanto, estas sofreram a forte influência do pensamento ocidental, as quais são destacadas, em síntese, por Paulo Dourado Gusmão, da seguinte forma: a) de Platão advém uma herança segundo a qual a justiça é virtude suprema; b) de Aristóteles advém uma herança segundo a qual a justiça é igualdade/proporcionalidade; c) dos juristas romanos advém uma herança segundo a qual a justiça é vontade de dar a cada um o seu (*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*).³⁵ Ressalte-se o fato de que as tendências contemporâneas da teoria jurídica têm considerado a importância desta para

³⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, ALMEIDA, Guilherme Assis. Curso de Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas S.A, 2005, p. 443.

³⁵ GUSMÃO, op. cit., p. 71-73.

as experiências jurídicas, opondo-se ao formalismo da filosofia positivista no campo dos pensamentos jurídicos do século XX. Alcançar o magistrado decisão intitulada como justa, deve ser o desígnio norteador de toda atividade jurisdicional, sendo que a orientação desta meta cabe à doutrina e à teoria do direito.

Do ponto de vista positivista, a justiça é algo não possível de ser conceituada. Contudo, doutrina como a de Chaim Perelman destaca vasta definição de justiça, a partir do uso da teoria da argumentação, que viabiliza a análise de todas as oportunidades que são postas para discussão racional dos sistemas axiológicos envolvidos, fazendo surgir respostas razoáveis. Desta forma, estudar justiça é estudar valores, e valores relativos, os quais se discutem historicamente, socialmente, culturalmente.³⁶

Quanto ao “pensamento e a terminologia”, diz E. Dupréel:

desde sempre incitaram a confundir o valor da justiça o da moralidade inteira. A literatura moral e religiosa reconhece no justo o homem integralmente honesto e benfazejo; a justiça é o nome comum de todas as formas de mérito, e os clássicos expressariam sua ideia fundamental dizendo que a ciência moral não tem outro objeto senão ensinar o que é justo fazer e ao que é justo renunciar. Ela diria também que a justiça deve ensinar-nos a distinção entre o justo e o injusto, em que consiste toda a ciência do bem e do mal. Assim, a justiça que, de um lado, é uma virtude entre as outras, envolve, do outro, toda a moralidade.³⁷

O ensinamento deste autor denota que todo ideal de justiça apresenta uma condicionante que é representada por outros valores, que, muitas vezes são distintos aos da justiça, isto é, a base sistêmica do justo é determinada por valores ditados por seus próprios princípios. Chaim Perelman aceita quando alega que todo o sistema de justiça possui somente progresso de um dentre os inúmeros valores, cuja denotação arbitrária está ligada à natureza deles, o que permite concluir que não há que se falar em único sistema de justiça, pois há tantos quantos valores diversos existirem.³⁸

Nesse aspecto, Hans Kelsen, no estudo acerca da justiça, afirma que todo o juízo de valor é irracional, visto que está embasado na fé, o que não admite indicar de forma científica – ou seja, racional, um valor que seja preterido em razão do outro. Confira-se:

se no problema da justiça partirmos de um ponto de vista racional-científico, não-metafísico, e reconhecermos que há muitos ideais de justiça diferentes uns dos outros e contraditórios entre si, nenhum dos quais exclui a

³⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, ALMEIDA, Guilherme Assis. Curso de Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas S.A, 2005, p. 446-447.

³⁷ Apud PERELMAN, op. cit., p. 7

³⁸ PERELMAN, Chaim. Ética e Direito; tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 59.

possibilidade de um outro, então apenas nos será lícito conferir uma validade relativa aos valores da justiça constituídos através desses ideais.³⁹

A literatura moral e religiosa reconhece no justo o homem integralmente honesto e benfazejo; a justiça é o nome comum de todas as formas de mérito, e os clássicos expressariam sua ideia fundamental dizendo que a ciência moral não tem outro objeto senão ensinar o que é justo fazer e ao que é justo renunciar. Ela diria também que a justiça deve ensinar-nos a distinção entre o justo e o injusto, em que consiste toda a ciência do bem e do mal. Assim, a justiça que, de um lado, é uma virtude entre as outras, envolve, do outro, toda a moralidade.

Assim sendo, não é possível determinar numa justiça absoluta. Sobre o assunto, Konder Comparato realça a conexão entre a justiça, verdade e amor:

Entre esses valores e princípios éticos não há concorrência, mas complementariedade. A justiça tende a se estiolar e, portanto, perder sua efetiva vigência se não for incessantemente aprofundada pelo amor. Este, por sua vez, descamba para um egoísmo disfarçado, ou um tíbio sentimentalismo, se não se fundar nas exigências primárias de justiça, das quais representa um aperfeiçoamento e jamais um sucedâneo. Como salientou Mahatma Gandhi, a ahimsa ou não-violência nada mais é do que o amor, entendido como um estado positivo de fazer o bem aos que nos ofendem ou prejudicam. Nessa concepção, a satyagraha, como disposição interior de amor incondicional à verdade, exige de todos os que a ela aderem uma ação incessante contra a injustiça, em qualquer de suas modalidades.⁴⁰

Porém, Eduardo Bittar, ante a íntima relação entre direito e justiça, adverte que:

A justiça não é coercível, é autônoma, correspondendo a uma norma moral, e não a uma norma jurídica. Normas jurídicas absorvem conteúdos de normas de justiça, funcionam como fonte de compelir coercitivamente comportamentos injustos, de proscrevê-los socialmente, mas não há que se negar a natureza da justiça como norma moral, e não jurídica.⁴¹

A concepção de justiça deve ser objeto de tentativa veemente pelos operadores desse sistema, contudo, o fato realmente pertinente é construir um modo do qual se possa realizá-la, principalmente, tendo como instrumento o direito. Paulo Gusmão resume, com propriedade, esta noção, ao sustentar que “o direito é norma executável coercitivamente, enquanto a justiça é um ideal, ou melhor, uma experiência constante, um valor, que pode ou não ser acolhido pelo legislador, apesar de dever sê-lo”.⁴²

³⁹ KELSEN, Hans. O Problema da Justiça, tradução de João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 17.

⁴⁰ COMPARATO, op. cit., p. 521.

⁴¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, ALMEIDA, Guilherme Assis. Curso de Filosofia do Direito. São Paulo: Atlas S.A, 2005, p. 448.

⁴² GUSMÃO, op. cit., p. 71-100.

2 OS FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Não há democracia sem valores embasados no conceito da dignidade pessoa humana – igualdade, liberdade e segurança jurídica –, compreendendo uma concepção mais abrangente da noção de Estado de Direito, o qual foi construído a partir de uma manifestação jurídica da democracia liberal. A hegemonia do liberalismo sucedeu um veemente debate entre o Estado de Direito e a sociedade democrática. Desta forma, as transformações históricas revelaram a sua existência insatisfatória, fato este que ensejou na criação da ideia de Estado Social de Direito, dotado, por vezes, de elementos democráticos. Alcança-se agora ao Estado Democrático de Direito, acolhido pela Constituição da República de 1988, em seu artigo 1º, estabelecendo o regime adotado. O mesmo ocorre nas constituições Portuguesa e Espanhola, respectivamente nos artigos 2º (Estado de Direito Democrático) e 10º (Estado Social e Democrático de Direito).

Conclui o autor José Afonso da Silva:

“O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”.⁴³

Reverendo-se a preceitos históricos, verifica-se que o Estado de Direito tem seus pilares no chamado Estado Liberal, ou melhor, Estado Liberal de Direito, cujos elementos essenciais são: dependência da lei, sendo que esta representava um ato advindo do Poder Legislativo, o qual se incumbia de desempenhar as atribuições em nome do povo-cidadão; separação dos poderes, que divide de modo independente e harmônico os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com o intuito de asseverar a criação de leis, a independência e imparcialidade deste último em razão dos demais e coerção dos que detêm poder particular; exposição e segurança dos direitos individuais.

Tais primados denotam os preceitos fundamentais do Estado de Direito, fundado na concepção liberal que apóia os direitos do homem, transformando os súditos em cidadãos desprendidos. Contudo, características do Estado Liberal como neutralidade e individualismo causaram inúmeras injustiças, relevando aos movimentos pretéritos a insuficiência das liberdades burguesas e ressaltando, deste modo, a necessidade de se propor uma justiça social fundamentada no Direito. Assim, converte-se em Estado Social de Direito o qual apresenta

⁴³ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.112.

um Estado despojado do individualismo liberal que observa os direitos sociais e as metas de justiça social. Tem-se o “*Welfare State*”, um Estado que visa ao capitalismo, como meio de obtenção de produção, e ao bem-estar social da coletividade.⁴⁴

Os países ocidentais, como a Alemanha e a Espanha, aderiram esse conceito de Estado Social de Direito no momento que se reportam, em suas Constituições, às atividades sociais e econômicas.

Não obstante as críticas encetadas a despeito do Estado de Direito e o Estado Social de Direito, vê-se que nem sempre houve a preocupação de se promover um Estado Democrático. Este, por sua vez, tem seus pilares concatenados no primado da soberania popular – evolução do Estado Democrático –, que, segundo o autor Pinto Ferreira, “representa o poder do povo, expresso pelo eleitorado, de eleger seus principais representantes (a cidadania ativa) ou de ser eleito (cidadania passiva)”.⁴⁵ Almeja atingir ao princípio democrático a fim de se impor a segurança geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Contudo esse ideal de Estado Democrático somente pode ser compreendido a partir da noção de governo do povo, a qual se mostra inserida no próprio conceito do vocábulo democracia, sendo necessário ponderar de que maneira se atingiu a prevalência de um governo popular e quais são as instituições do Estado concebidas pela ratificação desse governo. Após, é imprescindível conhecer como o Estado, que foi sistematizado com preceitos democráticos, organizou suas teorias que vêm sendo compiladas nas Constituições no que diz respeito às formas de Estado e de governo.⁴⁶

Inferese, portanto, que a igualdade apregoada no Estado de Direito, no ideal clássico, caracteriza-se na lei (preceito formal e abstrato), não tendo fundamento material que se realize na vida concreta. Na experiência frustrada de se conquistar um Estado Social de Direito, não foi possível garantir a justiça social nem tão pouco a participação democrática do povo. Já o Estado Democrático viabiliza meios de se prover uma justiça material em todos os seus âmbitos.

A ideia de Estado Democrático de Direito não consiste apenas na reunião dos conceitos de Estado Democrático e de Estado de Direito. Na verdade, funda um conceito novo, atentando-se aos elementos componentes os quais se prevalecem na medida em que reúne um componente revolucionário de transformação da condição anterior. Dessa forma, é

⁴⁴ SILVA, José Afonso, op.cit., 115.

⁴⁵ FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 75.

⁴⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 145.

que se denota o impetuoso apreço do artigo 1º da Constituição da República do Brasil de 1988, no instante em que se ratifica como Estado Democrático de Direito.

Tal conceito admite a democracia como sendo o resultado do convívio social numa sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º da CR/88), onde o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (artigo 1º, parágrafo único, CR/88); participativa, uma vez que o povo faz parte do processo decisório e da constituição dos atos do governo; pluralista, pois considera a universalidade de pluralismo de concepções, etnia e cultura; libertação da pessoa humana das formas de opressão.

Segundo Elías Díaz *apud* José Afonso da Silva:

“O Estado Democrático de Direito aparece como a fórmula institucional em que atualmente, e sobretudo para um futuro, pode vir a concretizar-se o processo de convergência em que podem ir concorrendo as concepções atuais da democracia e do socialismo. A passagem do neocapitalismo ao socialismo nos países de democracia liberal e, paralelamente, o crescente processo de despersonalização e institucionalização jurídica do poder nos países de democracia popular, constituem em síntese a dupla ação para esse processo de convergência em que aparece o Estado Democrático de Direito”. Ainda o mesmo autor, sintetiza e conceitua-o como “a institucionalização do poder popular ou, como digo, a realização democrática do socialismo”. “Acaso esteja despontando-se uma nova definição para o estatismo, uma vez que o socialismo de Marx apresentava imperfeições no instante em que o Estado tem que administrar os bens de produção”.⁴⁷

Ainda Paolo Barile *apud* Alexandre de Moraes define:

“O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”.⁴⁸

Por certo que a Constituição da República de 1988 não acolhe inteiramente o socialismo ao declarar, em seu artigo 1º, aderente do Estado Democrático de Direito, uma vez que somente permite precedentes de cunho social com respaldo na dignidade da pessoa humana.⁴⁹

2.1 A constituição federal e a dignidade da pessoa humana como princípio

Os princípios fundamentais constituem-se em diretrizes basilares que impulsionam decisões de cunho político indispensáveis ao estabelecimento do Estado Democrático de

⁴⁷ SILVA, José Afonso. *op.cit.*, p.120.

⁴⁸ MORAIS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 53.

⁴⁹ SILVA, José Afonso., *op. cit.*, p. 112.

Direito, definindo a forma de ser.⁵⁰ Observe-se que o adjetivo *fundamental* denota a ideia de algo extremamente necessário, sem o qual não se permitiria a existência de qualquer alicerce, pelo o que esta inserção na Magna Carta demonstra o intuito do nobre constituinte em elevar os princípios à função de normas que sustentam a ordem constitucional, sendo, deste modo, admitidos como fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito.

Assim, estabelece-se no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, o rol de princípios fundamentais, dos quais, está presente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Seguindo os passos de outros países, a Constituição brasileira confere ao princípio da dignidade da pessoa humana caráter normativo amplo, visto que apresenta reflexo perante todo sistema político, social e jurídico. Além disso, expressa, de forma veemente, a importância que o Estado atribui à pessoa humana, uma vez que aquele existe em razão desta.⁵¹

Portanto, o ser humano representa a motivação de toda a atividade estatal. Nesse aspecto, destaca o doutrinador Gustavo Tepedino que:

A dignidade da pessoa humana torna-se o objetivo central da República, funcionalizando em sua direção a atividade econômica privada, a empresa, a propriedade, as relações de consumo. Trata-se não mais do individualismo do século XVIII, marcado pela supremacia da liberdade individual, mas de um solidarismo inteiramente diverso, em que a autonomia privada e o direito subjetivo são remodelados em função dos objetivos sociais definidos pela Constituição e que, em última análise, voltam-se para o desenvolvimento da personalidade e para a emancipação do homem.⁵²

O lugar proeminente que ocupam os princípios traduz a marca do direito constitucional contemporâneo e é consequência do reconhecimento que se aplica aos mesmos de plena eficácia, sobrepondo-se, desta feita, ao antigo entendimento formalista ou puramente complementar das regras legais.

Como salienta o autor Daniel Sarmiento, a ascensão dos princípios hoje vive “a sua idade de ouro”. Adiante acrescenta que simbolizam:

traves-mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam. Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por consequência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação. Ademais, os princípios possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras,

⁵⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70-71.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002, p. 68. 61

⁵² TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 500.

desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que o condensam.⁵³

A superioridade dos princípios na Magna Carta é sustentada pelo doutrinador Ivo Dantas, o qual defende que a existência daqueles possibilitam a criação de um sistema interno de hierarquia na própria Constituição Federal, tendo em vista que estão em patamar acima das demais questões preconizadas no texto maior e sobre estas, desempenham uma força vinculante, no que tange à atividade interpretativa.⁵⁴

Em contraposição a esta tese, há a teoria da unidade da Constituição, a qual vaticina que as normas constitucionais estão apresentadas e organizadas num mesmo plano, sem previsão de hierarquia.⁵⁵

A ação imediata dos princípios, no entendimento de Jorge Miranda, ocorre do funcionamento de parâmetros interpretativos e integrativos, uma vez que apresentam suporte à ordem jurídica sob o aspecto de sistema.⁵⁶

Nesse ínterim, as normas jurídicas, para grande parte dos juristas⁶⁶, delineiam duas estruturas: regras e princípios. Luiz Roberto Barroso explica:

A dogmática moderna avalia o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.⁵⁷

Humberto Ávila propõe um conceito que tem a finalidade de promover a diferenciação entre as regras e os princípios:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. **Os princípios** são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos

⁵³ SARMENTO, D. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 42.

⁵⁴ DANTAS, I. Instituições de direito constitucional brasileiro. Curitiba: Juruá, 2002, p. 381.

⁵⁵ BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 152.

⁵⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 3. ed., T. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 226-227.

⁵⁷ BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 151.

decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁵⁸ (grifo nosso).

Concluindo a análise das teorias que debatem sobre princípios e regras, cabe ressaltar que o constituinte brasileiro não enquadró a dignidade da pessoa no elenco dos direitos e garantias fundamentais, pois preferiu enfatizá-la como princípio fundamental.

Neste contexto, Ingo W. Sarlet ensina que o dispositivo que reconhece a dignidade:

como princípio fundamental encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (não-violação da dignidade), mas que também impõem condutas positivas no sentido de proteger e promover a dignidade, tudo a demonstrar a multiplicidade de normas contidas num mesmo dispositivo⁵⁹.

Deste modo, percebe-se que o constituinte de 1988 preocupou-se em colocar a dignidade da pessoa humana em ponto de destaque, isto é, como fundamento da República Federativa do Brasil, a partir da perspectiva de Estado Democrático de Direito, para demonstrar que o indivíduo é o alvo da moderna estrutura jurídica, bem como para esclarecer que qualquer prática que tende a reduzi-la à condição de coisa ou que intencione a privá-la dos meios necessários a sua manutenção, não será admitida.⁶⁰

A autora Maria Garcia evidencia que:

“na Constituição brasileira (...), a dignidade da pessoa humana figura entre os princípios fundamentais que estruturam o Estado como tal, portanto, inserindo-se entre os valores 68 superiores que fundamentam o Estado, a dignidade da pessoa representará o crivo pelo qual serão interpretados não somente os direitos fundamentais mas, todo o ordenamento jurídico brasileiro nas suas variadas incidências e considerações”.⁶¹

Para o nobre jurista Paulo Bonavides,⁶² “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade humana”. Esse mesmo autor, discorrendo sobre a força normativa dos princípios acrescenta que em relação ao princípio em comento: “sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto máxima, e, se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados”.

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 31-69.

⁵⁹ SARLET, op. cit., p. 69-70.

⁶⁰ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003, p.71-73.

⁶¹ GARCIA, Maria. Limites da ciência: A dignidade da pessoa humana: A ética da responsabilidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

⁶² BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 233.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana disponibiliza uma área de integridade moral a ser resguardada a toda e qualquer pessoa, simplesmente pelo fato de existir no mundo⁶³, fato este que permite inferir que é um valor que se confere elevada importância jurídica.

2.2 O ético-jurídico calcado na dignidade da pessoa humana

Examinando este princípio à luz dos acontecimentos históricos, há que se realçar a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, como marco internacional do avanço da moral da humanidade, visto que, no artigo 1º, expressa o compromisso encetado com a dignidade da pessoa humana quando determina que “todos os homens nascem iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.

Certamente, este preceito foi inspirado através das experiências desastrosas das duas grandes guerras mundiais da primeira metade do século transcorrido, as quais contribuíram para reforçar o pensamento jusnaturalista acerca da concepção da dignidade da pessoa humana, bem como suportaram a inserção de conceitos racionais e laicizados, mantendo, porém, o entendimento de que todos os homens são iguais em dignidade e direitos.⁶⁴

Todavia, no entender de Ingo Wolfgang Sarlet, Kant é o filósofo que apresenta a dignidade como fator de autonomia sob o olhar ético do ser humano, visto que compreende que este é detentor de razão e pode, desta maneira, auto determinar-se e agir em conformidade com as exigências legais, colocando-se em posição de notável destaque.⁶⁵

Posto isto, observa-se que o princípio em questão tem a finalidade de permitir um progresso ético que viabilizou a introdução do mesmo na ordem universal dos direitos fundamentais do homem. Nesta cadência, constata-se que os direitos fundamentais estão ligados ao conceito de dignidade de pessoa humana, ainda que apresentem conteúdo e forma de aplicações diversas, pois visam assegurar o desenvolvimento das pessoas⁶⁶. Ademais, este princípio funciona como elemento atrativo daqueles.

Sobre o vínculo entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade pessoa humana, discorre Sarlet:

⁶³ BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional dos princípios. In: *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.128.

⁶⁴ SARLET, op. cit., p. 32.

⁶⁵ SARLET, idem, p. 33.

⁶⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. IV, 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 181.

Neste Contexto, verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá - apenas a partir deste dado concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Com efeito, sendo correta, a premissa de que os direitos fundamentais constituem - ainda que com intensidade variável, explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa humana.⁶⁷

Tal princípio, portanto, apresenta-se como conteúdo indispensável para a existência dos direitos e garantias fundamentais do homem, bem como para permitir que se viabilize o desenvolvimento moral da humanidade. Contudo, há que se ressaltar que tem a possibilidade gerar implicação de caráter negativo, por via de restrições ao poder público e aos particulares, no que concerne às ações que intencionem prejudicar a dignidade pessoal, com o fito de transformar o homem em objeto, desprovido de autonomia e dignidade. Em oposição àquele, existem medidas positivas que tem a finalidade de tutelar este princípio, através de mandamentos explícitos e implícitos.⁶⁸

Diante do exposto, incontestável é a relevância ostentada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3 Os direitos fundamentais baseado na dignidade da pessoa humana

A dignidade do indivíduo representa um adjetivo elementar e a origem de todos os valores, sobrepondo-se ao direito positivo, ainda que se admita que a expressão “dignidade da pessoa humana” é consequência da evolução de pensamento da humanidade⁶⁹. Nesse ínterim, a concepção ética faz-se presente em todas as épocas para colaborar na formação desse princípio.

Deste modo, considerando que a ética apresenta intensa relevância no conteúdo dos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana, importa destacar que as reformas das instituições devem ser verificadas a partir de uma análise progressista do agir ético do ser humano. As instituições políticas, como preconiza Montesquieu, são compostas por um espírito que é um agrupamento de valores e costumes vigorante no âmbito popular. A ordem jurídica, como elemento único, é insuficiente para transformar os costumes sociais, sendo,

⁶⁷ SARLET, op. cit., p. 84.

⁶⁸ SARLET, op. cit., p. 32.

⁶⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 30.

pois, necessária uma construção lógica e educacional das gerações no sentido de promover um respeito à dignidade humana de forma consciente⁷⁰.

Nesse contexto, entendendo que o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem é indispensável para se compor um Estado Democrático de Direito, firma-se a problemática de que se deve repelir toda violação àquele. Em decorrência disso que tais direitos são positivados para ensejar e possibilitar que seja efetivamente observado pela humanidade.

A força jurídica normativa dos princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana é ressaltada por Ingo W. Sarlet, ao afirmar que a “qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, da nossa Lei Fundamental, não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral mas, acima de tudo, constitui norma jurídico-positiva, dotada, em sua plenitude, de ‘status’ constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente dotada de eficácia.”⁷¹

Sobre o princípio em tela, aponta José Afonso da Silva: Em conclusão, a dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza.⁷²

Segundo o autor Peter Häberle, a dignidade constitui valor jurídico mais elevado no ordenamento constitucional, pois é um valor jurídico supremo. A denotação pré-positiva da dignidade da pessoa humana é invocada para caracterizar o “fim supremo de todo o Direito” ou para determinar a não violação a esse princípio, o qual é visto como respaldo jurídico de todo o arcabouço dos direitos fundamentais.⁷³

A sociedade livre, justa e solidária concatenada na Constituição Federal de 1988, a qual é regida por preceitos democráticos, somente é oportunizada quando se elevou a dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento deste Estado, fato este que priorizou o avanço da personalidade das pessoas que compõem a sociedade. A teor dessa importância, vê-se que, ao longo do texto constitucional, está presente a dignidade da pessoa humana de diferentes formas, como estabelecer o escopo da ordem econômica no sentido de destacar a

⁷⁰ COMPARATO, op. cit., p. 414.

⁷¹ SARLET, Ingo W., op. cit., p. 70.

⁷² SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo, nº 212, p. 94.

⁷³ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo. Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pp. 93-4.

existência digna (artigo 170, *caput*); planejamento familiar calcado neste princípio (artigo 226, § 6º); a dignidade da criança e do adolescente (artigo 227, *caput*).

Confira-se:

Uma Constituição que parte da dignidade humana e de sua proteção deve preocupar-se com que essa dignidade (incluindo suas vinculações) seja vista com um objetivo pedagógico – desde as escolas até a regulamentação da atividade de radiodifusão –, mesmo onde a dignidade não esteja textualmente como constituindo objetivo pedagógico. Da previsão textual da dignidade deriva sua condição do objetivo pedagógico e educativo. A Constituição assume este compromisso perante si própria⁷⁴.

Igual sentido, manifesta-se Paulo Bonavides:

Toda a problemática do poder, toda a porfia de legitimação da autoridade e do Estado no caminho da redenção social há de passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto máxima e se houve reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia de normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados⁷⁵.

Assim, verifica-se o reconhecimento jurídico e moral do princípio da dignidade da pessoa frente aos direitos fundamentais do homem. Porém, é sabido que estes, ante determinada situação em concreta, apresenta, entre si, conflito, o que deriva o chamado colisão de direitos fundamentais, permitindo a restrição de um para tutelar outro.

2.4 A dialética dos direitos fundamentais

Ressalte-se que a posição axiológica e normativa dos direitos fundamentais num Estado Democrático de Direito que parte da premissa de que o homem deve ser respeitado e protegido por aquela organização, viabiliza o entendimento de que nenhum direito se apresenta de forma absoluta. Tal compreensão já era aplicada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

Artigo 4º: "o exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que assegurem aos demais membros da sociedade a fruição desses mesmos direitos. Tais limites só podem ser determinados pela lei".

Artigo XXIX, item 2: No exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei,

⁷⁴ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo. Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pp. 93-4.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. Prefácio. In SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Existem casos de colisão entre um determinado direito fundamental em razão de seu titular com o exercício de outro direito fundamental ou nos casos em que o exercício de um direito fundamental entra em colisão com outros bens que são resguardados à nível constitucional, considerados bens jurídicos da comunidade. Na situação preliminar, no entender de Canotilho, há a denominada “colisão autêntica de direitos”, e no caso seguinte, tem-se a “colisão de direitos em sentido impróprio”⁷⁶.

Portanto, a questão a ser solucionada é como estabelecer parâmetros de limitação, quando nos deparamos com a colisão dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, como bem explica Carlos Roberto Siqueira de Castro:

“Na dimensão principiológica, quando duas ou mais normas de princípio entram em rota de colisão para a regência de determinada situação fático-jurídica, o que está em jogo não é a ideia de validade, mas sim, a ideia de valor e superválio. Tem-se, pois, em resumo, que a convivência entre os princípios é naturalmente complexa, isto é, não obstante seja de índole competitiva, é também de índole inclusiva, na medida em que não elimina do sistema jurídico o princípio não aplicado num caso determinado”⁷⁷.

O autor Robert Alexy propõe que se deve examinar a compatibilidade entre a intenção preterida e os meios para sua concretização, isto é, se a contenção de um determinado direito constitui meio adequado para alcançar o fim desejado; após, faz-se a análise se a medida limitativa de direitos é indispensável de tal forma que não exista outra solução menos prejudicial para resolver o conflito sem o sacrifício; por fim, imperioso é sopesar os bens para obter certo grau de proporcionalidade na valoração dos interesses em questão. Sob esta ótica, prevalece o fato de que somente haverá interferência mais profunda num direito fundamental quando o caso em concreto, em suas razões, o justificar.⁷⁸

Para dar base ao posicionamento adotado pelo autor Alexy, note-se o estudo de Canotilho:

Como se deduz das considerações do texto, as normas de direitos fundamentais são entendidas como exigências ou imperativos de otimização que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fática. Não existe, porém, um padrão

⁷⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Edições Almedina. Coimbra, p. 1.270.

⁷⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios*, in: Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho (Orgs.), *Estudo de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, p. 198.

⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 111-4.

ou critério de soluções de conflitos válidos em termos gerais e abstratos. A ponderação e/ou harmonização no caso concreto é, apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas, uma necessidade ineliminável.⁷⁹

O núcleo essencial e material dos direitos fundamentais, como já salientado nos itens anteriores, é justamente assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, uma vez que a violação ao elemento primordial daqueles admite que o titular destes ocupem a posição de objeto, o que permite a ofensa direta à dignidade de sua pessoa.⁸⁰

Urge destacar que a dignidade da pessoa humana não representa somente uma ideia abstrata que tem a função de guiar toda e qualquer interpretação. É um valor⁹³ supremo e imperativo em virtude de sua bagagem axiológica e por estar consubstanciada por intermédios de normas.

Superada a leitura deste princípio a partir da ética, possível é introduzir o estudo do processo penal, com os seus conceitos e finalidades, para estabelecer-lhe a relação com o valor ético-jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em função da freqüente utilização da palavra “valor”, nesta monografia, importante consignar que, para Miguel Reale, **Filosofia do direito**, p. 208. (...) “os valores não possuem uma existência em si, ontológica, mas se manifestam nas coisas valiosas. Trata-se de algo que se revela na experiência humana, através da História. Os valores não são uma realidade ideal que o homem contempla como se fosse um modelo definitivo, ou que só possa realizar de maneira indireta, como que faz uma cópia. Os valores são, ao contrário, algo que o homem realiza em sua própria experiência e que vai assumindo expressões diversas e exemplares através do tempo”.

⁷⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Edições Almedina. Coimbra, p. 1.274.

⁸⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001, p. 164.

3 A CONSTRUÇÃO DO PROCESSO PENAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A necessidade dos Estados de utilizarem instrumentos de controles sociais é evidente. Tal fato se deve no interesse de almejar certos fins como a manutenção da estabilidade social e a permanência da paz pública, dentre os quais são obtidos por intermédio, por exemplo, do Direito Penal.

Clássica afirmação é que “a história do Direito Penal é a história da humanidade”⁸¹, a qual demonstra a íntima relação entre o Estado e o Direito Penal, sendo que este representa a via que integra o sistema de controle social formal do Estado, bem como denota a forma de solução de conflitos sociais que resultam das práticas de atos tidos por delituosos.

Deste modo, com o desenvolvimento da ciência penal e o afastamento da punição da esfera privada, o Estado passou a ter, em caráter exclusivo, o direito de punir⁸², abstratamente estabelecido na legislação penal, a qual determina regras de conduta e restringe a punição efetiva ao não cumprimento das normas.

Nesta esteira, o processo penal é a via correta para desenvolver as atividades do Estado (jurisdição) e das partes, não se permitindo que uma se sobreponha a outra. Destacar de maneira excessiva a jurisdição corresponde à interferência estatal na sociedade e nos indivíduos. Enfatizar demasiadamente a ação penal é inviabilizar a defesa e desmerecer o Estado Democrático, do mesmo modo que acrescentar a defesa resulta na quebra da paridade. Complementa FERNANDES que: “reflexo desse posicionamento centrado é, na atualidade, o destaque dado ao exame das garantias do devido processo legal, abrangendo-se nelas as garantias das partes e da atividade jurisdicional”⁸³.

Base composta de problema acerca da implicação do Estado e a pessoa individual desta na sociedade, o processo penal dar solução às situações concretas que inegavelmente dependem do grau de desenvolvimento cultural de uma determinada comunidade, da maturidade alcançada pelo entendimento jurídico e da concepção política de administração do Estado. Portanto, o direito processual penal é consequência da evolução da sociedade,

⁸¹ Afirmação de autoria de Edgar de Magalhães Noronha, citada por Romeu Falconi em sua obra intitulada *Lineamentos de Direito Penal*, Ed. Cone, 2. ed., pág. 23, 1997.

⁸² De acordo com Frederico Marques, o direito de punir é “o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário causando um dano ou lesão jurídica, de maneira reprovável” (*Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I, p. 3).

⁸³ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Editora RT, 2003, p. 33.

direcionada à opção dos meios conducentes à confecção apropriada das tarefas que são próprias da atuação da justiça.⁸⁴

De acordo com Frederico Marques, o direito de punir é “o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário causando um dano ou lesão jurídica, de maneira reprovável” (Elementos de Direito Processual Penal, vol. I, p. 3).

3.1 A aplicação do processo penal à luz da dignidade humana

Incidindo o indivíduo com sua conduta no tipo penal, há o direito de punir e, em decorrência disso, o Estado tem o dever de ordenar a subordinação do interesse do criminoso ao seu, originando, por sua vez, a chamada pretensão punitiva. A esse direito, que se confunde com um dever, apresenta-se, por óbvio, de forma oposta aos anseios do autor do crime, que é permanecer em liberdade e combater a punição que será imposta pelo Estado. Institui-se a lide penal, um conflito de interesses somente resolúveis pela jurisdição que o determina por via de um processo, depois de ativada pela máquina estatal (ação penal pública) ou por um substituto processual (ação penal privada)⁸⁵.

A lide penal é o conflito de interesse entre o Estado e o seu direito-dever de punir e o autor do delito e seu direito de liberdade, de modo que o processo penal representa como forma de instrumento para realização do direito penal – núcleo definidor de sanções aos indivíduos que inobservam as normas, de seus postulados e finalidades.⁸⁶

Deste modo, elevou-se ao patamar constitucional o princípio *nulla poena sine iudicio*, sendo que não se permitir o emprego de sanção sem a existência de processo, reduzindo-se, pois, o *ius puniendi* do Estado, procedente de uma norma penal incriminadora. O processo penal, o qual compõe as formas e os procedimentos para se atingir a lide penal pelo Estado, traduz-se no instrumento hábil e democrático para a efetivação da pretensão punitiva, com a finalidade de promover a responsabilização, nos casos em que se tem essa comprovação, do transformar o homem em objeto, desprovido de autonomia e dignidade. Em oposição àquele, existem medidas positivas que tem a finalidade de tutelar este princípio, através de mandamentos explícitos e implícitos.

Diante do exposto, incontestável é a relevância ostentada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, neste momento é que se pode constatar o fundamento ético do

⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Processual Penal. Coimbra: Coimbra Ed., 1974, v.1, p. 60.

⁸⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “A Lide e o Conteúdo do Processo Penal”. Curitiba: Juruá, 1998, pp. 125-6.

⁸⁶ COUTINHO, op. cit., pp. 126.

processo penal, o qual é construído como meio para a concretização da justiça penal, sendo que nas hipóteses em que se tem aplicação de sanção para inocentes ou a absolvição para culpados, o processo não cumpre com a sua finalidade precípua de atingir a justiça na seara penal.

Vaticina Jacinto Coutinho que “o certo é que o conflito de interesses eventualmente existente não é suficiente para agasalhar o conteúdo do processo penal em todas as suas formas e fases”. Adiante, explica que nos casos em que inexiste qualquer tipo de conflito de interesses, não há que se falar em lide penal e sim em caso penal.

Portanto, a decisão encetada no processo deverá ser, no entender de Jorge Figueiredo Dias, processualmente válida; justa, nos termos do direito substantivo; meio de tornar seguro o direito declarado. Tal concepção é resultante da ponderação de valores que conflitam no processo penal. Observe-se: Na determinação do fim ideal do processo há ainda, por conseguinte, que subir mais um degrau relativamente aos puros valores da ‘justiça’ e da ‘segurança’, não cedendo a tentação fácil de os absolutizar: é fato comprovado nada haver de mais perigoso que a absolutização de valores éticos singulares, pois aí se inscreverá a tendência irresistível para uma santificação dos meios pelos fins. Importa sim reconhecer que se está aqui, como em toda a autêntica <questão de direito>, mesmo no cerne de uma ponderação de valores conflitantes, cujo resultado há de corresponder ao ordenamento axiológico do Direito, há de constituir a síntese das antinomias entre justiça e segurança encontrada no degrau mais elevado da ordem jurídica.

O fim do processo é obtido mediante os valores da justiça e da segurança, sem torná-los absolutos, com o fito de promover uma análise mais acertada, dentro da ótica do processo penal, dos limites da busca pela verdade⁸⁷, como valor e elemento necessário para a concretização da justiça.

3.2 O processo ético-jurídico em busca da verdade

O sistema penal, sob a perspectiva dotada de eticidade, busca promover a justiça no âmbito de sua aplicação, por intermédio da atividade punitiva estatal, em detrimento ao ofensor da ordem jurídica, isto é, daquele que efetivamente cometeu determinada prática delituosa, aplicando-o uma sanção ou declarando sua inocência. Deste modo, no transcorrer

⁸⁷ Santo Agostinho apresenta a seguinte definição para verdade: Verum est id quod est, ou seja, a verdade é o que é (Santo Agostinho, Confessionum. Trad. S. J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. 5. Ed. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1955, apud, Marco Antonio de BARROS, A busca da verdade no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 14).

da ação penal, faz-se imperioso desvendar a verdade fática, para evitar qualquer tipo de condenação indevida.

Certamente que a busca da verdade é alvo de interesses de todas as áreas do conhecimento, visto que representa o desejo da alma do ser humano. A autora Marilena Chauí vaticina que “a busca da verdade está ligada a uma decepção, a uma desilusão, a uma dúvida, a uma insegurança ou, então, a um espanto e a uma admiração diante de algo novo ou insólito”.⁸⁸

Na seara jurídica, em especial no processo penal, a perquirição à verdade afigura-se indispensável para o adequado emprego da lei e para o alcance da justiça. Neste aspecto, o Direito e a verdade possuem afinidade, pois, como destaca Marco Antônio de Barros:

Direito e verdade complementam-se na medida em que o primeiro estabelece as regras ou as formas legais de verificação da infração penal, entre as quais encontram-se aquelas que visam esclarecer a segunda. Assim sendo, pode-se dizer que a verdade é um elemento fundamental que o Direito persegue e visa atingir.⁸⁹

Todavia não se pode afirmar que a verdade compõe a finalidade precípua do processo, uma que representa apenas o meio e não o fim do processo, de modo que o magistrado não está autorizado a deixar de julgar determinada situação, pelo fato de não a ter encontrado. Sobre o assunto, veja-se o posicionamento da autora Ada Pellegrini Grinover:

Ninguém melhor que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação de seu convencimento. Isto não significa que a busca da verdade seja o fim do processo e que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível.⁹⁰

Importa enfatizar que inexistente, neste estudo acadêmico, esgotar ou até adentrar na espinhosa discussão sobre a (im)possibilidade de se apreender a verdade real sobre um caso em concreto. Posto isto, não se discutirá sobre a verdade absoluta ou infalível. Porém, é imperativo o reconhecimento da subsistência de argumentação no sentido de que a verdade é inalcançável, pois a verdade processual tem o fito de permitir que se encontre, ainda que de

⁸⁸ CHAÚÍ, Marilena. Convite à Filosofia. 9. Ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 90, apud Eduardo CAMBI, Verdade Processual Objetivável e Limites da Razão Jurídica Iluminista, Revista de Processo, 1999, p. 234.

⁸⁹ BARROS, Marco Antonio. A busca da verdade no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais 2002, p. 23.

⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutório Juiz no Processo Penal acusatório, Revista Brasileira de Ciências Criminais, 1999, p. 73-4.

forma aproximada, a verdade real, por via da análise de um fato que se corrobora pela prova de um fato pretérito⁹¹.

Ademais, é sabido que o processo penal detém natureza pública, cujo intuito repressivo afasta linhas artificiais que se justificam em atos e omissões das partes, permitindo a existência de outorgas à verdade compreendida como formal, nos casos em que não se dispõe de instrumentos para resguardar a verdade real, inviabilizando a justiça na sentença⁹².

Destarte, no pensar de Ferrajoli, a verdade processual fática e a verdade histórica constituem uma dedução dos fatos provados do passado com os fatos probatórios do presente, através de uma construção lógica de indução das premissas de delineamento do fato pretérito e do arcabouço de provas apresentadas e, no resultado, a pronúncia da situação que se tem comprovada pelas premissas. Ressalte-se que, como consequência da indução, a resposta corresponde ao “valor de uma hipótese de probabilidade na ordem de conexão causal entre o fato aceito como provado e o conjunto de fatos adotados como probatórios”⁹³.

Nesse sentido, o magistrado compreende que os fatos são verdadeiros, através das provas carreados nos autos de processo, mas, sem a completude deste entendimento, o qual, na realidade, é composto de maneira intuitiva. A convicção, por sua vez, pode ser facilmente enganosa apenas:

se a opinião do juiz descansa sobre motivos suficientes, de que ele tem a consciência, então, e só então, pode ele decidir afirmativamente e sua sentença passar por justa entre o povo. Ora, esse estado, em que o espírito tem os fatos por verdadeiros, apoiando-se em motivo plenamente sólidos, é a convicção propriamente dita.⁹⁴

Dessa forma, a certeza, para sua existência, faz-se necessário a coligação de motivos baseados na razão e na vivência, os quais se inferem por via de confrontação dos fatos, de maneira imparcial, com as causas que tendem à solução contrária. Apenas despontará no espírito a certeza de possuir a verdade quando aniquilados toda a motivação em sentido oposto.

Destaca Malatesta:

a certeza diz: vejo relações de conformidade entre o meu pensamento e a verdade. O convencimento acrescenta: nessa visão intelectual não há erros,

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

⁹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 61.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 44.

⁹⁴ MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, tradução de Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas. Bookseller., 1997, p. 63.

estou certo que o pensamento é conforme a verdade. A certeza é a afirmação preliminar da verdade, significando que a noção se apresenta como verdadeira; o convencimento é a afirmação necessária da posse da certeza, significando que a certeza é legítima, e que o espírito não admite dúvidas sobre aquela verdade.⁹⁵

Ante o exposto, o que se visa atingir efetivamente é o estado de espírito do ser humano (grau de certeza), baseado no conteúdo das provas do processo, ou seja, na carga de veracidade quanto aos fatos, visto que a justiça é um valor ético do direito, pelo o que o processo penal deve sempre procurar esse ideal, ainda que o mesmo, em determinada situação, seja impossível.

3.3 As garantias processuais à dignidade humana

Como já salientado, é importante que a verdade seja buscada no processo penal para aplicação da justiça, sendo necessário produzir provas que ratifiquem, ainda que aproximadamente, o fato passado, a partir de um sistema que estabelece limitação, garantias e condições de legitimidade na atividade jurisdicional⁹⁶, a partir da preservação da dignidade da pessoa humana, de modo que se admita equilibrar as garantias pertinentes ao cidadão com o direito da sociedade à justiça, ética e verdadeira.

Nesse diapasão, é interessante destacar, rapidamente, o progresso do processo penal quando abandonou o sistema inquisitório para aderir ao acusatório, reforçando o sentimento de dignidade que surgiu com a Revolução Francesa e, que resultou na possibilidade do acusado ser visto como sujeito da relação jurídica.

Confirmam-se os ensinamentos de Carvalho:

está assegurado constitucionalmente, pelo princípio da dignidade, um Direito Processual que confira ao acusado o direito a ser julgado de forma legal e justa, um direito a provar, contraprovar, alegar e defender-se de forma ampla, em processo público, com igualdade de tratamento em relação à outra parte da relação processual.⁹⁷

Sabe-se que atualmente a Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito sob o pilar do respeito e abrigo da dignidade da pessoa humana, visto que explicitou a necessidade da segurança do homem durante a persecução penal, determinando, no artigo 5º, o rol dos direitos e garantias fundamentais a tutela jurisdicional (inciso XXXV), o devido processo legal para assegurar a liberdade (inciso LIV), o juiz natural (incisos

⁹⁵ MALATESTA, Framarino. *A Lógica das Provas*, tradução de J. Alves de Sá. p. 59. v.1.

⁹⁶ FERRAJOLI, op. cit., p. 57.

⁹⁷ CARVALHO, Castanho; Luís Gustavo Grandinetti. *Processo Penal e Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 30.

XXXVII e LIII), o tratamento igualitário às partes (inciso I), a vedação a provas obtidas ilicitamente (inciso LVI), o contraditório e a ampla defesa (incisos LV e LXII), presunção de inocência (inciso LVII), entre outros. Portanto, na efetivação destas garantias processuais que se encontrará a observância à dignidade humana, no processo penal.

Ora, nesse aspecto, é que deve o processo penal impulsionar a busca por uma justiça, visto que se deve impor limites a sua atuação em proteção dos interesses que se almeja como resultado. No entender de Hassemer, visa-se impedir que “o estado se inflija a si próprio a perda de dignidade, distanciação e superioridade que encurta a diferença ética entre a perseguição do crime e o próprio crime”⁹⁸.

Assim, quando se reconhecem os direitos fundamentais do homem como garantias processuais que se pode estabelecer o intuito autoritário ou liberal de uma sociedade. Nas sociedades de cunho autoritário, as garantias individuais são lamentavelmente reduzidas e o resguardo aos direitos fundamentais do acusado, no processo, é estreitado, o que eleva o risco de condenação de pessoas inocentes e aumento o risco de absolvição de culpados.⁹⁹

O parâmetro satisfatório para permitir o equilíbrio entre as garantias processuais, direitos fundamentais, o direito de punir do Estado, a busca pela verdade no processo penal é de difícil constatação. Todavia, Figueiredo Dias propõe que:

o interesse comunitário na prevenção e repressão da criminalidade tenha de pôr-se limites – inultrapassáveis quando aquele interesse ponha em jogo a *dignitas* humana que pertence mesmo ao mais brutal delinqüente; ultrapassáveis, mas só depois de cuidadosa ponderação da situação, quando conflitue com o legítimo interesse das pessoas em não serem afetadas na esfera de suas liberdades pessoais para além do que seja absolutamente indispensável à consecução do interesse comunitário. É através dessa ponderação e da justa decisão do conflito que se exclui a possibilidade de abuso de poder —da parte do próprio Estado ou dos órgãos a ele subordinados – e se põe a força da sociedade ao serviço e sob o controle do Direito; o que traduz só, afinal, aquela limitação do poder do Estado pela possibilidade de livre realização da personalidade ética do homem que constitui o mais autêntico critério de um verdadeiro Estado de Direito.¹⁰⁰

A dignidade da pessoa humana, a qual compõe o núcleo dos direitos fundamentais e é apreciada como pressuposto de limite ético e jurídico extraído da noção de Estado Democrático de Direito à busca da verdade na área do processo penal, representa um princípio

⁹⁸ Apud COSTA ANDRADE, Manoel. Sobre proibições de prova em processo penal. Coimbra Ed., Coimbra, 1992, p. 120.

⁹⁹ BACIGALUPO, Enrique. Justicia Penal Y Derechos Fundamentales. Marcial Pons. Madrid., 2002, p. 133.

¹⁰⁰ DIAS, op. cit., p. 59.

que agrega a essência protetiva dos demais e tem como a finalidade promover a justiça, sem, contudo, ofender a base da ordem jurídica atual.

Acerca da relevância deste princípio, ensina Canotilho:

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-se nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.¹⁰¹

Nesse mesmo sentido, Mendes enfatiza:

A constitucionalização dos direitos humanos revela o significado especial dos mesmos no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana e garantir a limitação do poder estatal. Observe-se, porém, que, não obstante tal competência negativa do poder público (*negative Kompetenzbestimmung*), não nos parece adequada a hipótese de posicionar o Estado na condição de adversário (*Gegner*), mas permitir sua evolução para uma função de guardião desses direitos (*Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant*).¹⁰²

Clarividente, portanto, a consagração do valor que se atribui ao princípio da dignidade da pessoa humana, elevando-o a patamar de importância fundamental ao Estado brasileiro.

3.4 O ético-jurídico guiando os instrumentos probatórios à luz da dignidade humana

Haja vista a evolução no espaço científico, atinente aos meios probatórios para a constituição da verdade dos fatos, a prova no processo penal permanece limitada aos ditames da ordem jurídica contemporânea. Contudo, em épocas passadas, predominava o conhecido “direito penal do terror”, em virtude das punições cruéis aplicáveis à época em que o direito processual penal negava ao acusado o direito à defesa. Tal fase, a qual era evidentemente marcada pelos interesses de tiranos monarcas, teve como resultado erros judiciais grotescos, uma vez que muitos inocentes foram indevidamente condenados.¹⁰³

Em oposição a esse ambiente, oportunizou-se a formação de vários princípios que denotavam o respeito aos direitos dos acusados nas situações de cometimento de delito, dentre os quais, o chamado “*in dubio pro reo*”. A solução partia da premissa de que, em caso de

¹⁰¹ Apud SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 109.

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁰³ BONFIM, Edilson Mongenot. Direito Penal da Sociedade. 2ª ed. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p.119-137.

dúvida, não se podia falar em condenação do acusado, visto que as provas eram claramente dirigidas e poderiam ensejar em desacerto grave na descoberta da verdade.¹⁰⁴

Com o passar dos anos, o legislador posicionou-se de forma diversa, com o abandono de penas cruéis, de tortura e, concretizou-se o direito à ampla defesa, ao contraditório, à paridade processual, ao devido processo legal, enfim, um sistema efetivo de garantias fundamentais do indivíduo. Desta feita, a limitação de produção probatória é destinada à acusação, sendo que para ocorrer a condenação, deve-se provar a culpabilidade do acusado, o que constitui tarefa de alta complexidade, em razão do aludido princípio e também das próprias prerrogativas do réu acerca das garantias processuais (mentir, ficar calado etc).¹⁰⁵

Assim, para evitar a injustiça pelo excesso no polo oposto, já que, segundo Aristóteles ("*in medio virtus*" – a virtude está no meio), não se pode permitir a penetração do processo penal com um conteúdo de ética estritamente individualista.

Faz-se imperioso lembrar, sempre, o que foi explanado sobre a importância que a ética do consenso sobreponha-se ao individual. Bittar é claro ao salientar que:

Deve-se ter presente, portanto, quando se discute ética e seus limites, que as vigas do corpo social, com suas estruturas e instituições, reclamam da eticidade humana esse tipo de preocupação com o consenso, onde não há espaço para exacerbação do individualismo, mas para o florescimento dos indivíduos e de suas diversas éticas. Paradoxal ou não, a única garantia do indivíduo é o coletivo, e não o individual. (...)O direito deve espelhar uma preocupação com a ética do consenso. De fato, suas preocupações se direcionam para o âmbito do coletivo e se projetam no sentido da defesa dos interesses públicos. Os próprios interesses individuais são regulados juridicamente na medida em que possam ter repercussões na vida pública como um todo. Instrumento social que é, o direito deve colocar-se a serviço dos interesses da coletividade.¹⁰⁶

Ademais, ressalte-se que as provas tem a finalidade de representar e evidenciar os elementos componentes da realidade objetiva do fato discutido, por intermédio de formas previamente autorizadas pela lei.

Como bem observar, Marques:

"A demonstração dos fatos em que assenta a acusação e daquilo que o réu alega em sua defesa é o que constitui a prova. [...] A prova é, assim, elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o

¹⁰⁴ BONFIM, Edilson Mongenot. Direito Penal da Sociedade. 2ª ed. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p.119-137.

¹⁰⁵ BONFIM, op. cit. p. 137.

¹⁰⁶ BITTAR, Eduardo C. B.. Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 51.

meio de que este se serve para a averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações".¹⁰⁷

Deste modo, considerando que prevalece o Estado Democrático de Direito na ordem vigente, não há como viabilizar que os fatos sejam provados conforme o interesse de quem maneja as provas, sob o argumento de que a busca pela verdade no processo penal tem que estar acima de qualquer restrição. O autor LEAL ensina que “a busca obsessiva da certeza há de se conter, em Direito, nos limites dos meios de obtenção da prova legalmente permitidos. A existência do elemento de prova, ainda que de certeza inegável, não autoriza, por si mesma, a coleta da prova *contra-legem*.”¹⁰⁸

A composição das provas deve ser construída de maneira legal, sob pena das mesmas serem declaradas inválidas para o processo penal, bem como para o próprio critério de verdade material preterida.

Atentando-se para o interesse do processo penal, a verdade deve ser, por conseguinte, buscada e, se possível, alcançada para que a justiça penal cumpra com o seu papel perante a sociedade. Porém, os meios para esta conclusão devem estar consignados na lei, mediante consideração ao limitador ético-jurídico: dignidade da pessoa humana

¹⁰⁷ MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas: Bookseller, 1997, v. II., p. 253.

¹⁰⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo– Primeiros estudos. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 312.

CONCLUSÃO

O presente trabalho torna-se relevante, pois, principalmente, neste momento em que acontece uma profunda mudança dos valores morais o estudo da Ética tem valiosa importância para promover a compreensão da moral, cujos valores devem ser encetados na consciência dos indivíduos em sociedade, resguardada as concepções de cada tempo da história.

O ser humano bem esclarecido torna-se livre e consciente para escolher qual conduta é mais adequada em cada situação, para atingir, dentro do bom senso, determinado fim. Este, por sua vez, poderá ser classificado como um cidadão que observa ou não os ditames morais de dada cultura, ou seja, a sua ação será alvo de aceitação ou de reprovação social, sob a perspectiva do que é “bom” (conceito edificado a partir das transformações da sociedade e que denota, em apertada síntese, a estabilidade entre os interesses de cada indivíduo e a intenção do Estado na promoção da paz social). Desta forma, a sociedade alcançará a melhora necessária e conseqüentemente um avanço do homem individual.

O direito, como norma de controle social, deve acompanhar a evolução dos conceitos morais da sociedade, a fim de apresentar a justiça como ideário moral supremo daquela ciência. Em razão disso, é que se pode salientar a forte conexão entre o direito, a moral e a ética.

Através dos anos, as experiências de cada sociedade, com tantas tragédias históricas, puderam construir uma concepção de justiça que foi sendo ajustada até se alcançar a consciência da importância dos direitos fundamentais inerentes à condição humana. Não sendo relevante a nacionalidade do indivíduo, a cor da pele, sexo ou crença, mas a sua dignidade que passou a fundamentar e dirigir os sistemas éticos e jurídicos num desenvolvimento de valores.

Diante deste contexto, nenhuma sociedade subsistirá bem se a dignidade da pessoa humana não representar o fundamento ético que eleve o ordenamento jurídico, dentro da perspectiva de regência do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias fundamentais do homem, ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil. Ademais, admite-se que os direitos fundamentais, encartados na Constituição Federal de 1988, tenham sentido no quesito existência, visto que explicam, em maior ou menor proporção, o respeito a dignidade do homem.

Dentro deste prisma, merece uma especial atenção o direito penal, o qual delinea as condutas entendidas como ilícito penal, bem como estabelece a sanção que dever ser aplicada

pelo Estado, que só a si compete, o direito de punir, o agente que ofende os bens jurídicos por aquele tutelados. Porém, essa punição somente poderá ocorrer quando se observa as formalidades preconizadas em lei, tarefa esta atribuída ao processo penal.

Portanto, o direito penal como instrumento acontecerá por intermédio do processo penal, o qual tem como finalidade principal e ética realizar a justiça. Desta maneira, para se chegar a este almejado parâmetro, faz-se necessário buscar a o equilíbrio de julgamento pela verdade aproximada dos fatos, a fim de que o culpado seja condenado e o inocente seja absolvido pelo Estado-juiz.

É importante para isso, levantar elementos probatórios para esclarecimento da verdade e para alcançar uma decisão justa, respeitando o limite ético-jurídico da dignidade da pessoa humana, uma vez que nenhum sistema penal que não esteja em sintonia com o seu tempo, tornar-se-ia inviável aos seus destinatários, pois fere o maior patrimônio do ser humano que é a sua dignidade.

Conclui-se que há uma certa relatividade a respeito dessa verdade, porém, a verdade processual, a qual é verificada e investigada, respeitando os instrumentos probatórios, que possibilite uma decisão que persiga a justiça e atenda à finalidade do próprio processo penal. Portanto, as restrições para buscar este elemento primordial apenas são justificadas quando ajustadas ao princípio ético-jurídico que calca a dignidade da pessoa humana, a qual representa a preservação da ordem do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARSISTÓTELES. *Ética à Nicômacos*; tradução de Mário Gama Cury. 4ª ed. Brasília: Ed. UNB, 2001.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 21. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1982.
- BACIGALUPO, Enrique. *Justicia Penal Y Derechos Fundamentales*. Marcial Pons. Madrid., 2002.
- BARROS, Marco Antonio. *A busca da verdade no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2002.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *A nova interpretação constitucional dos princípios*. In: Dos Princípios Constitucionais. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas S.A, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. Prefácio. In SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- BONAVIDES, Paulo, *Teoria constitucional da democracia participativa*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BONFIM, Edilson Mongenot. *Direito Penal da Sociedade*. 2ª ed. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Edições Almedina. Coimbra.
- CARVALHO, Castanho; Luís Gustavo Grandinetti. *Processo Penal e Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios*, in: Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho (Orgs.), *Estudo de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 9. Ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 90, apud Eduardo CAMBI, Verdade Processual Objetivável e Limites da Razão Jurídica Iluminista, *Revista de Processo*, 1999.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “A Lide e o Conteúdo do Processo

- Penal**". Curitiba: Juruá, 1998.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DANTAS, I. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2002.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1974, v.1.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3ª ed. Malheiros, São Paulo, 2002.
- FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Editora RT, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GARCIA, Maria. **Limites da ciência: A dignidade da pessoa humana: A ética da responsabilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1999.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo. **Dimensões da dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- KANT. **Fundamentos da metafísica dos costumes**; tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro.
- KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**, tradução de João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KORTE, Gustavo. **Iniciação à Ética**. São Paulo: Juarez Oliveira, 1999.
- LARENZ, **Metodologia da ciência do direito**, 1989
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo – Primeiros estudos**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.
- MALATESTA, Framarino. **A Lógica das Provas**, tradução de J. Alves de Sá, v.1.
- MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v. II.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed., T. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**, tradução de Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas. Bookseller,, 1997.
- MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**; tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PLATÃO. **A República**; tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.
- SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, nº 212.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v.4.
- VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. 21º Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001,.