

A CONSTITUIÇÃO E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS NO PROCESSO PENAL: EXISTIRÁ ALGO ALÉM DO CORPO?¹

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

Coordenador acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, Doutor pela UERJ, Mestre pela PUC-RJ e Juiz de Direito no Rio de Janeiro

*“Eis que se revela o ser, na transparência
do invólucro perfeito”²*

I. Introdução

A Constituição brasileira de 1988, rompendo o arbítrio imperante após mais de 20 anos de ditadura, consagrou, explícita ou implicitamente, quase todos os direitos e garantias devotados à proteção do cidadão investigado ou acusado em um processo penal, moldando, sem qualquer dúvida, um processo verdadeiramente democrático.

Eventual ausência explícita de um ou outro direito, ou de uma ou outra garantia, acabou superada, indiretamente, por cláusulas gerais presentes no texto constitucional, como o devido processo legal, a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa, de modo que, no âmbito do Direito Processual Penal, não faria uma falta muito significativa.

Outros direitos e garantias, por outro lado, em que pese o silêncio da Carta brasileira, constam em documentos internacionais aos quais o Brasil aderiu, ingressando, assim, no ordenamento jurídico brasileiro.

Muitos dos direitos e garantias processuais-constitucionais, extraídos direta ou indiretamente, do texto constitucional, contudo, não foram observados logo após a promulgação da Carta pela incapacidade dos operadores do Direito e dos autores de obras

¹ Agradeço ao Professor Vicente Barreto pela leitura crítica deste artigo.

² Carlos Drumond de Andrade – A Metafísica do Corpo, Corpo, Ed. Record.

de processo penal de se despirem do instrumental positivista que ditava que a lei era o centro do ordenamento jurídico e a Constituição apenas um programa que devia ser cumprido na medida em que viria a ser incorporado pelo ordenamento infraconstitucional. Embora com algumas sérias recaídas, essa fase está em vias de superação, de modo que os princípios processuais-constitucionais estão, pouco a pouco, imperando na interpretação do Direito.

Uma dessas garantias constitucionais recai sobre a proteção do corpo humano, enquanto fonte de prova para o processo penal. Muitos dispositivos da Constituição tutelam o corpo do suspeito ou do réu de intervenções arbitrárias e outros destinam-se a proteger a dignidade corporal do condenado.

O objetivo do presente estudo será verificar a extensão que se tem dado à proteção da entidade corporal em sede de processo penal e se essa extensão é justificável ou não. Investigará, também, se a proteção está sendo conferida à entidade corporal, como um fim em si mesmo e independentemente de qualquer outra justificação, ou a outra entidade não corporal – alma, espírito, psiquê, dignidade etc -, ou a ambas, necessária e conjuntamente. Mais precisamente, se busca problematizar se a proteção ao corpo humano ou à parte dele somente se pode justificar na medida em que também se visa a proteger outras entidades não-corporais, ou se proteção é absoluta, não sendo necessário levar em consideração qualquer outra entidade.

Especificando ainda mais o objetivo do estudo: investigar-se-á, por exemplo, se a proibição de extrair a exalação do ar de alguém por meio do etilômetro ou bafômetro, ou o sangue, ou um fio de cabelo, ou a urina, se justificam pela proteção à entidade corporal, tão somente, ou só se justificam se tais intervenções colocarem em risco outras entidades, como a espiritual, a almática, a psíquica, a moral, ou a dignidade da pessoa humana.

Enfim, o que se buscará compreender e revelar são os valores envolvidos na proteção constitucional e convencional que proíbem a utilização do corpo humano como fonte de prova em processo penal.

II. As Intervenções Corporais e a Constituição

Inegavelmente, a Constituição brasileira foi extremamente cuidadosa em

proteger não só a esfera corporal do réu³, mas, também, sua intimidade, em sentido geral⁴.

Tais previsões constitucionais vieram a ser complementadas pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678, de 6/11/1992, que previu o direito de o acusado não depor contra si mesmo⁵ e pela Lei nº 10.792/2003, que alterou a redação do artigo 186 do Código de Processo Penal⁶ para assegurar o direito de o réu permanecer em silêncio por ocasião de seu interrogatório, ampliando a proteção que a Constituição destinava somente ao preso, de maneira direta - embora o dispositivo constitucional devesse ser interpretado de maneira mais ampla.

Estes dispositivos configuram a preocupação do constituinte de 1988 e do legislador posterior a 1988 com a incolumidade física do acusado, possivelmente bastante influenciados pela memória relativamente recente, em termos históricos, do que ocorreu durante a ditadura militar que se estendeu de 1964 a 1985, em que a tortura política banalizou-se e acabou alastrando-se por toda a teia do aparelho policial do Estado.

Este conjunto de proteção visa a coibir abusos nas denominadas intervenções corporais, com finalidade de obtenção de prova em processo penal. Segundo Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano,⁷ intervenções corporais são medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade de obter seu consentimento, e por meio da coação direta, se necessário, com o fim de descobrir circunstâncias fáticas que sejam do interesse para o processo, em relação às condições ou ao estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o fim de encontrar objetos nele escondidos. Consistem, por exemplo, na extração de sangue para realização de exame de pareamento cromossômico (DNA), na extração de sangue ou na exalação de ar (etilômetro ou bafômetro) para verificação do nível de álcool no organismo, na coleta de urina, na extração de substâncias contidas debaixo das unhas dos suspeitos (*finger scrapings*), em cirurgias no próprio corpo da pessoa suspeita, na coleta de impressões digitais, no exame em cavidades do corpo

³ Constituição, artigo 5º, III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; artigo 5º, LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. Além dos dois incisos, do artigo 5º, a proteção à pessoa do condenado ou do preso é completada pelos incisos XLVII e XLIX.

⁴ Constituição, artigo 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁵ Artigo 8º, n. 2, g – Direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado;

⁶ Artigo 186 – Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

⁷ *Proporcionalid y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, pp. 285-305, 1990, Editorial Colex, Madri.

(ânus, vagina), e que remontam ao direito à intimidade, consagrado no inciso X, do artigo 5º, da Constituição.

Há uma distinção entre intervenções corporais e registros corporais, elaborada na Alemanha, pela qual as intervenções são realizadas no corpo mesmo e os registros o são na superfície do corpo, incluindo as cavidades naturais do corpo humano. A doutrina, porém, não tem prestado maior atenção à diferença sob o argumento de que o tratamento legislativo é idêntico para ambas as situações.

De acordo com a doutrina e a jurisprudência brasileiras, majoritárias, a extração coercitiva de sangue ou de parte não destacada do corpo humano (cabelo, por exemplo) para exame de DNA não tem sido admitida no ordenamento brasileiro, pois violaria o princípio que veda a auto-incriminação, previsto no artigo 8, n. 2, letra g, da Convenção Americana de Direitos Humanos. A coleta de ar ou de sangue para exame de dosagem alcoólica, do mesmo modo, não poderia ser feita coercitivamente. As cirurgias na pessoa do suspeito, para apreensão de objetos ou para a prova do crime, não poderiam ser feitas coercitivamente. O artigo 15⁸ do Código Civil, dispositivo que produz efeito também no processo penal, as proíbe quando houver risco de morte. Assim, as cirurgias não poderiam ser feitas coercitivamente.

Ainda que não se insiram no conceito de intervenções corporais, a coleta coercitiva de padrões grafotécnicos⁹ e vocais¹⁰ do acusado também têm sido consideradas inadmissíveis pela jurisprudência brasileira. Do mesmo modo, o de reconhecimento de pessoa e a reconstituição do crime só poderiam ser procedidas com a anuência do acusado.

A omissão da advertência quanto ao direito ao silêncio¹¹ também pode ser

⁸ Artigo 15 – Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento ou a intervenção cirúrgica.

⁹ STJ, HC 77135-SP, 1ª Turma, DJU 18/9/98, Ministro Ilmar Galvão: “...Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do artigo 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo ao seu alvedrio...”.

¹⁰ STF, HC 83096-RJ, 2ª Turma, DJU 12/12/2003, Ministra Ellen Gracie: “.... 1. O privilégio contra a auto-incriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável. 2. Ordem deferida, em parte, apenas para, confirmando a medida liminar, assegurar ao paciente o exercício do direito de silêncio, do qual deverá ser formalmente advertido e documentado pela autoridade designada para a realização da perícia...”.

¹¹ A construção do princípio recebeu forte influência do direito norte-americano (*privilege against self-incrimination*), que tem por fundamento a 4ª Emenda à Constituição, que proíbe que alguém seja compelido a

motivo de nulidade do processo¹², porque integrante da garantia de proteção absoluta à incolumidade física e moral da pessoa do acusado.

Nesse estágio do ordenamento jurídico brasileiro, cumpre, agora, como anunciado no item anterior, investigar se essa proteção do corpo humano do acusado visa apenas a tutelar o corpo em si ou outra qualquer entidade não corporal (entidade espiritual ou almática ou psíquica ou moral), ou se a entidade corporal objeto de proteção o é somente quando outro valor constitucional a ela se associa, como o princípio da dignidade, a intimidade, o pudor, etc.

Para tal empreitada, porém, convém examinar, ainda que sucintamente, a origem da dicotomia que se estabeleceu entre a entidade corporal e a não corporal ao longo da evolução da humanidade.

III. A Separação das Entidades Corporal e Não-Corporal na Evolução da Humanidade

Fazendo abstração da filosofia do mundo oriental, a filosofia grega é a primeira a ocupar-se com o ser humano, em sua dupla essência: corpo e alma¹³.

A partir do século V a.C., com os sofistas, a filosofia grega se volta para o homem em si mesmo¹⁴. O tema do homem também ganhou grande impulso com a filosofia

auto-acusar-se. Depois de várias decisões da Suprema Corte, o privilégio foi consolidado no acórdão *Miranda v. Arizona* (1966). Outros acórdãos esclareceram que referido privilégio não impede confissões espontâneas, sem que a autoridade policial ou judiciária tenham tido tempo para alertar o indiciado ou réu de seus direitos. Do mesmo modo, o dever de advertir sobre o privilégio é apenas de agentes públicos e, não, de outras pessoas que são sejam primariamente responsáveis pela investigação, como investigadores particulares e psiquiatras forenses (ISRAEL, Jerold H. e LAFAVE, Wayne R. – *Criminal Procedure – Constitutional Limitations*, 2001, West Group, Minnesota).

¹² STF, HC 80.949-RJ, 1ª Turma, DJ 30/10/2001, Min. Sepúlveda Pertence: “...III. Gravação clandestina de ‘conversa informal’ do indiciado com policiais. 3. *Ilícitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita ‘conversa informal’, modalidade de interrogatório sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) –, se faz sem que o indiciado seja advertido de seu direito ao silêncio...*”. Embora o acórdão comece por se referir à gravação clandestina, depois se refere à gravação ambiental, ficando claro que se cuida desta última.

¹³ Para que se possa entender a filosofia grega clássica, é preciso verificar em que contexto histórico estavam inseridos os gregos daquela época e quais as suas preocupações. Explica Julián Marías que as preocupações dos filósofos gregos eram dirigidas para o mundo, que era o pressuposto de tudo, interpretado como natureza e como origem da realidade concreta. Mas essa realidade era inteligível, era explicável a partir de alguma razão que carecia ser exposta. Portanto, os filósofos gregos dedicaram-se a contemplar e explicar a realidade: *teoria, logos e ser* eram, segundo Julián Marías, “os termos decisivos do pensamento helênico e se baseiam nessa atitude primária ante o mundo” (MARIÁS, Julián – *História da Filosofia*, 2004, Ed. Martins Fontes, SP).

de Sócrates, na virada do século V para IV a. C.¹⁵. Mas foi Platão quem construiu uma nítida separação entre o corpo e a alma.

A sua doutrina das idéias seria uma forma de conciliar duas tradições filosóficas em choque: a da permanência do ser e a da mutabilidade das coisas, do que resultaria sua afirmação de que existem essências eternas e imutáveis, ao lado das coisas mutáveis¹⁶.

É no diálogo Fedro que Platão explicita a sua idéia da origem das almas, numa parábola atribuída a Sócrates¹⁷. Desdobrando-a, chega à origem das almas¹⁸. É, portanto, de origem platônica a noção do corpo humano como receptáculo das máculas da vida mundana. Platão diz que, antes da queda da alma, *“Não tínhamos mácula nem tampouco contato com esse sepulcro que é o nosso corpo ao qual estamos ligados como a ostra à sua concha”*¹⁹.

Assim, a filosofia clássica inaugura uma dicotomia razoavelmente bem estruturada entre a vida corporal e a vida almatina, fazendo recair na primeira as mazelas e os defeitos da vida mundana.

Essa tradição platônica prosseguiu na Idade Média e foi apropriada pelo Cristianismo, especialmente pela obra de Santo Agostinho. Para construir sua fundamentação sobre a existência da alma, Santo Agostinho recorreu a Platão e sua

¹⁴ Julián Marías assinala que o ponto positivo importante da sofística foi a proclamação da inconsistência das coisas e o abandono do ponto de vista do ser e da verdade. Protágoras, um de seus expoentes, dizia que o homem é a medida de todas as coisas (*ibidem*).

¹⁵ *“A principal preocupação de Sócrates é o homem...mas Sócrates considera o homem de um outro ponto de vista: o da interioridade. ‘Conhece-te a ti mesmo’, diz Sócrates; traz à tona tua interioridade. E isso introduz um sentido novo na Grécia, um sentido de reflexividade, de crítica, de maturidade (ibidem., p. 44).*

¹⁶ TANNERY, Paul – Fedro, introdução, p. 31 e 39, 2004, Ed. Martin Claret.

¹⁷ *“A alma pode ser comparada com uma força natural e ativa, constituída de um carro puxado por uma parelha alada e conduzido por um cocheiro...O cocheiro que nos governa rege uma parelha na qual um dos cavalos é belo e bom, de boa raça, enquanto que o outro é de raça ruim e de natureza arrevesada (PLATÃO, Fedro, p. 82, op. cit.).*

¹⁸ *“A alma universal rege a matéria inanimada e manifesta-se no universo de múltiplas formas. Quando é perfeita e acabada, paira nas esferas e governa a ordem do cosmos...As almas daqueles que chamamos imortais, logo que atingem a abóbada celeste aí se mantêm...A sorte das outras almas é porém esta: Elas tudo fazem para seguir os deuses, seu condutor ergue a cabeça para a região exterior e se deixam levar com a rotação. Mas, perturbadas pelos corcéis do carro, apenas vislumbram as realidades...Todas, após os esforços inúteis, não conseguindo se elevar até a contemplação do Ser Absoluto, caem, e a sua queda as condena à simples Opinião...É uma lei de Adrastea: toda a alma que segue um deus, contempla algumas das Verdades; fica isenta de todos os males até nova viagem...Mas, quando não pode seguir os deuses, quando devido a um erro funesto ela se enche de alimento impuro, de vício e esquecimento, torna-se pesada e precipita-se sem asas ao solo..” (Ibidem, p. 82/86).*

¹⁹ *Ibidem, p. 87.*

doutrina das idéias, afirmando que a alma teria transcendência hierárquica em relação ao corpo²⁰ e, portanto, o corpo não poderia influenciar a alma²¹.

Interessante notar que ao se apropriar da divisão da natureza humana entre corpo e alma, o Cristianismo também fez incidir no primeiro as tentações de realização do pecado²², bem como o sumo mal²³.

Com esses raciocínios, Santo Agostinho logrou promover a incorporação da filosofia clássica grega ao Cristianismo, dando-lhe um substrato filosófico e uma concepção teocêntrica da vida e da ciência. Também a noção de alma, originada da *idéia* platônica, assumiu um caráter teocêntrico e sagrado que permite sustentar a intangibilidade da alma.

As idéias cristãs, no entanto, foram capazes de legitimar uma das maiores atrocidades cometidas na História, com a Santa Inquisição, em que se justificou plenamente o massacre de muçulmanos e o uso de métodos cruéis de obtenção de prova, bem como a utilização de penas crudelíssimas. Para a salvação da alma, o corpo foi submetido a sofrimentos jamais concebidos pela espécie humana. Tais métodos contaminaram o processo judicial, legitimando o surgimento do processo inquisitivo, em que era admissível toda a sorte de tortura para a obtenção da confissão do acusado.

Essa concepção dicotômica entre corpo e alma, perpetuada pelo Cristianismo até nossos dias, recebeu novos contornos e uma pretensão de imunidade nos movimentos filosóficos²⁴ que se seguiram. Nesse ambiente, a centralidade do conceito de liberdade resulta inegável e a obra de Kant assume uma importância fundamental, pois é ela que vai fundar os princípios da Idade Moderna, dos Estados e dos ordenamentos jurídicos dos países europeus.

Para o ponto que mais nos interessa, Kant faz uma distinção entre os fenômenos e os nômenos. Fenômenos são representações das coisas, como elas se

²⁰ PESSANHA – *op. cit.*, p. XIV.

²¹ HAMLIN, D. H. – Uma História da Filosofia Ocidental, p. 111, 1987, Jorge Zahar Editor.

²² Em um trecho do diálogo travado nos Solilóquios, Santo Agostinho refere-se aos três desejos que teve antes de conhecer a iluminação (as riquezas, as honras e as mulheres), sendo de tolerar-se tais desejos somente se forem etapas necessárias para atingir outras coisas no caminho para a iluminação (*Los solilóquios*, p. 529, *Biblioteca de Autores Cristianos - BAC, Editorial Católica*, MCML, Madri).
op. cit., p. 529).

²³ *Ibidem*, p. 531.

²⁴ Era preciso renunciar a Deus e faz-se isso substituindo-o pela razão como centro das preocupações e como a fonte do conhecimento. Mergulha-se no humanismo, na metafísica (século XVII), no empirismo (séculos XVI e XVII) e, apropriando-se das concepções empiristas, surge, no século XVIII, o iluminismo, dedicando-se mais às questões do conhecimento do que à metafísica. Deus é definitivamente substituído pela razão humana e pela natureza.

apresentam para nossos sentidos²⁵. Os nômenos são as coisas em si²⁶. A razão especulativa – o conhecimento humano – não tem como apreender os nômenos, só os fenômenos. Só a liberdade permite conhecer os nômenos.

O homem é fenômeno e nômeneo ao mesmo tempo²⁷. Enquanto fenômeno, obedece à lei causal, da natureza. Enquanto nômeneo, não se submete à lei causal, mas a uma causalidade livre, uma liberdade ou autonomia da vontade²⁸ (liberdade transcendental – transcende à lei causal).

Essa liberdade de vontade que transcende a lei causal só é verdadeiramente livre se associada à lei moral, que a afasta dos jugos das próprias inclinações humanas (*deves, logo podes*). Essa liberdade de jugo interno constitui a liberdade interior ou liberdade psicológica (liberdade prática)²⁹. Desse modo, o dever não se assentaria em sentimentos, mas somente na relação de seres racionais entre si, em que a vontade humana tem de ser considerada como fundadora de uma lei universal³⁰. Uma vontade livre seria um absurdo. Mas vontade livre, dirigida a uma lei universal, “*e vontade submetida a leis morais são uma e mesma coisa*”³¹.

A liberdade prática, assim, representa a imunidade da vontade frente aos jugos internos, que é conquistada pela submissão à lei moral, que é um dado pré-existente, um imperativo categórico, que é explicado, por Kant como “*aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade*”³². O imperativo categórico ligado ao cumprimento de um dever consistiria em agir “*apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*”³³.

Mas, para que o homem se torne sujeito moral pleno, à liberdade prática deve-se associar uma liberdade externa, que consiste na imunidade frente aos obstáculos

²⁵ KANT – Fundamentação da Metafísica dos Costumes, in Os Pensadores, p. 246, 1974, Editor Victor Civita.

²⁶ PELÁEZ, Francisco Contreras – *El Tribunal de la Razón – El Pensamiento Jurídico de Kant*, Editorial MAD, 2005, Sevilla.

²⁷ KANT – *op. cit.*, p. 248.

²⁸ “*Autonomia é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e toda a natureza racional*” (KANT - *op. cit.*, p. 235).

²⁹ PELÁEZ – *op. cit.*

³⁰ KANT – *op. cit.*, p. 233/234.

³¹ *Ibidem*, p. 243.

³² *Ibidem*, p. 218/219.

³³ *Ibidem*, p. 233 e HAMLIN - *Op. cit.*, p. 281. Kant ainda formula o imperativo de outras maneiras: “*Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*” (p. 229); “*Age segundo máximas que possam simultaneamente ter-se a si mesmas por objeto como leis universais da natureza*” (p. 236).

empíricos de todo o tipo de conduta que possa entorpecer a implementação de suas decisões, a preservação de um reduto inviolável de autonomia individual e de privacidade, e que caracteriza a liberdade jurídica. Nela, o homem só pode ser submetido a restrições para se ajustar às demais vontades dos outros.

Nesse ponto, entram em cena as concepções de Direito e de Estado, de Kant. Enquanto a lei moral é um problema individual, o Direito e o Estado só devem se preocupar com a viabilidade da vida social e com a proteção de uma esfera de liberdade dos homens. O Direito e o Estado não têm a missão de melhorar os homens, nem o de prover o bem estar dos cidadãos, mas somente a de assegurar o seu convívio e os seus interesses privados, até porque muitas das características consideradas nocivas do ser humano – como o egoísmo e a ambição – são indispensáveis ao progresso social, cultural e técnico da sociedade. O antagonismo individual é fonte de progresso (*el hombre quiere concordia, pero la Naturaleza sabe mejor lo que le conviene a la especie y quiere discordia*³⁴).

O Direito e o Estado, assim, não podem ter funções sociais ou morais.

As idéias de Kant serviram de trunfo para a implementação dos direitos fundamentais de primeira geração, mas foram usadas, também, para a perpetuação das desigualdades na sociedade liberal-burguesa, justificando a omissão dos Estados em promover igualdade social e econômica.

Não há dúvida, porém, que os ideais liberal-iluministas vieram romper com a brutalização imperante das relações de poder, reivindicando métodos probatórios e penas proporcionais, bem como a abolição de todo o tipo de crueldade no processo. Passou-se a reconhecer que o ser humano tem uma dimensão de dignidade e em nome dela deve ser respeitado em sua individualidade. O respeito à individualidade liberal-iluminista permitiu recompor as dimensões do corpo e da alma numa única, portadora de uma pretensão de proteção por parte do Estado e também contra o Estado, em nome da dignidade humana.

O individualismo iluminista foi contestado pela doutrina marxista³⁵, que também negava a existência de uma alma. Com base em estudos de Pavlov, sobre a atividade

³⁴ PELÁEZ – *op. cit.*, p. 43.

³⁵ A filosofia marxista surge na Alemanha do século XIX no contexto do idealismo alemão e após a expulsão das tropas de Napoleão, que tinham invadido a Alemanha em 1806. O grande filósofo do idealismo alemão era Kant para quem o conhecimento humano é produto da experiência e das idéias *a priori*. Mas Kant distinguia os fenômenos dos nômênos, sendo que somente os primeiros poderiam ser apreendidos e

superior do sistema nervoso, sustentava-se que a consciência depende da matéria. Para Marx, a produção de idéias, de representação e de consciência estão ligadas à atividade material, constituindo a linguagem da vida real dos homens³⁶.

Nesse sentido, explica Benedicto de Campos, *“a consciência social – conjunto de idéias, de representações, de valores morais e religiosos etc., nada mais é do que o reflexo das condições de vida material da sociedade. É justamente essa consciência social que vai moldar as consciências individuais...Para o materialismo dialético, o primordial é a vida material, secundário é a consciência”*.³⁷

Para Marx, *“o ideal nada mais é que o material, transposto e traduzido na cabeça do homem”*.³⁸ O homem nada mais seria que o reflexo da realidade objetiva.³⁹

Por outro lado, a doutrina marxista pregava a desnecessidade tanto da Moral, como do Direito e do Estado, na medida da implantação do comunismo. Consequentemente, a idéia de justiça também não teria sentido, só se justificando numa relação de troca, característico da sociedade capitalista⁴⁰.

explicados pelo conhecimento. Já os segundos – aos quais correspondiam às essências das coisas – não podiam ser atingidos pelo conhecimento humano, porque integrariam o mundo da idéias, um mundo universal e estático. Hegel parte do idealismo, mas sustenta que, embora a consciência humana seja manifestação do espírito, esse espírito é absoluto, universal, produto de um espírito superior, que existe fora do mundo material, num mundo transcendente. E revoluciona a filosofia daquele tempo ao afirmar que esse mundo é dialético, ou seja, está num contínuo processo de transformação. Após a morte de Hegel, duas correntes de discípulos se formam: os de direita e os de esquerda. Marx se situa entre os segundos. Aproveita a tese da dialética do mundo, mas, aproveitando-se das idéias materialistas de Feuerbach, passa a sustentar que essa dialética é materialista e, não, idealista objetiva (de um espírito absoluto), rompendo, assim, com Hegel. Mas enquanto Feuerbach caminha para um materialismo psicológico ou fisiologista, Marx dele se distancia, pregando que é a vida real dos homens que produz todas as demais manifestações da vida, fornecendo as bases teóricas para o materialismo dialético, que fundamentou a filosofia marxista (CAMPOS, Benedicto – Introdução à Filosofia Marxista, 1988, Editora Alfa-ômega, SP e MARÍAS, Julián – História da Filosofia, ps. 347/361, 2004, Ed. Martins Fontes, SP).

³⁶ CAMPOS, Benedicto – Introdução à Filosofia Marxista, p. 60, 1988, Editora Alfa-ômega, SP.

³⁷ *Ibidem*, p. 60.

³⁸ *Apud* CAMPOS, Benedicto – Introdução à Filosofia Marxista, p. 60, 1988, Editora Alfa-ômega, SP. Segundo o mesmo autor, citando textualmente Marx: *“As representações, o pensamento, o comércio intelectual dos homens surgem aqui como emanção direta do seu comportamento material. O mesmo acontece com a produção intelectual quando esta se apresenta na linguagem das leis, da moral, da religião, metafísica etc., de um povo. São os homens que produzem as suas representações, as suas idéias etc., mas os homens reais, atuantes e tais como foram condicionados por um determinado desenvolvimento das forças produtivas e do modo de relações que lhes corresponde, incluindo as formas mais amplas que estas possam tomar (Ideologia Alemã)”* (p. 81).

³⁹ *Ibidem*, p. 81.

⁴⁰ PASUKANIS, E. B. – *op. cit.*, p.137/138, 1989, Ed. Renovar, RJ.

Uma nota essencial do Direito Penal de matriz marxista⁴¹, pela qual se extrai a desconsideração com a individualidade da pessoa, é a pretendida abolição da culpabilidade como critério de determinação da responsabilidade penal. Transitou-se, assim, para a abolição da tipicidade técnica, para um critério de responsabilidade da sociedade e para a substituição da pena por medidas terapêuticas para recuperar o delinqüente⁴².

Contraditoriamente, o Direito Processual Penal soviético (Bases do Procedimento Judicial Penal da URSS e das Repúblicas Federadas, de 1958) proclamava fundar-se no denominado humanismo socialista, em que, pretensamente, são respeitados os direitos do acusado, ao lado da orientação geral de “*asegurar la inevitabilidad del justo castigo (penal o social) de los delincuentes y prevenir los delitos*”⁴³.

Em que pese o combate às distorções geradas pelo individualismo liberal-burguês, os Estados marxistas, por seu turno, propiciaram outras tantas distorções, sendo, talvez, a mais grave a despreocupação com uma dimensão individual do ser humano.

A recapitulação acima, ainda que breve e limitada, devido ao objetivo geral do trabalho, teve o propósito de ilustrar períodos diferentes da história da civilização e extrair deles o tratamento dispensado à esfera privada do ser humano. Ao final da retrospectiva, é inegável reconhecer que foi a sociedade burguesa, de matriz liberal, que melhor equilibrou as esferas pública e privada.

Como assinala Nelson Saldanha⁴⁴, a burguesia liberal não só ampliou as estruturas econômicas, como consagrou a noção de ordem pública e entronizou a praça como lugar de decisões históricas. Os regimes totalitários sempre se mostraram hostis à

⁴¹ Convém dizer que o Direito Penal de países comunistas granjeou inúmeras críticas. Ao examinar o Código Penal da extinta URSS, acentuou Luis Jimenes de Asua: “*Las características de este derecho ruso son antiliberales. El principio de la libertad, que tiene su resguardo en la máxima nullum crimen nulla poena sine lege, queda abrogado políticamente – aunque susista como instrumento auxiliar para el hallazgo del tipo análogo – por la instauración del tipo objetivo. Y, por ultimo, la fraternidad, que proclama en el derecho penal liberal la benignidad de las penas, se quebrantada por la aplicación de la muerte en gran escala.*” (ASUA, Luis Jimenez - *Derecho Penal Soviético*, p. 27, 1947, Tipográfica Editora Argentina, B. Aires).

⁴² No dizer de E. B. Pasukanis, o direito antigo “*era pleno do conceito de responsabilidade coletiva. Puniam-se crianças pelos delitos de seus pais e a gens era responsável por cada um de seus membros. A sociedade burguesa dissolve todos os vínculos primitivos e orgânicos preexistentes entre os indivíduos. Ela proclama o princípio do cada um por si e o realiza em todos os seus domínios – inclusive no direito penal – de maneira bastante conseqüente.*” (PASUKANIS, E. B. – op. cit., p. 156, 1989, Ed. Renovar, RJ).

⁴³ ANASHKIN, G. e MINKOVSKI, G. – *Preceptos Fundamentales de la Legislación Penal Procesal Soviética, in Bases de La Legislación Penal, Organización Judicial y del Procedimiento Criminal de la URSS*, p. 89/90, traducido por José Echenique, Editorial Progreso, Moscou.

⁴⁴ O Jardim e a Praça, 1986, Sérgio Antonio Fabris Editor.

vida privada, chegando a suprimi-la ou ao menos a restringi-la. O anarquismo pregava a eliminação do público e o socialismo se inclinava a fazer preponderar o social. Foi o liberalismo que melhor equilibrou o público e o privado e que “*melhor preservou as melhores configurações de cada um destes lados*”⁴⁵.

Veremos, no item seguinte, que a configuração liberal é a que melhor protegeu a unidade do ser humano e a que melhor respeitou o mais recôndito de sua natureza. Mas sustentar-se-á que não há espaço para os absolutismos do individualismo e da liberdade em uma concepção civilizatória da humanidade, que exige o preço de contenções em prol da harmonia do grupo social. Trata-se de buscar um equilíbrio e de justificá-lo.

IV. A Natureza Instintiva da Liberdade e a Restrição Inerente à Civilização

A liberdade humana é ontológica; ela funda o Estado e o Direito; não é fundada por eles.

A trajetória liberalizante do ser humano, imprimida pela revolução liberal-burguesa, encontra fundamentação no mais profundo da natureza humana e é convincentemente explicada pela psicanálise.

Segundo Freud⁴⁶, o propósito da vida é a obtenção da felicidade, regida pelo princípio do prazer. Mas a natureza humana e as condições de sua existência, por si só, já fornecem os motivos eficientes da infelicidade, contra a qual lutam os homens. O sofrimento inerente à existência nos ameaça a partir de três direções: o nosso próprio corpo, fadado à decadência; os fenômenos naturais do mundo exterior e os relacionamentos sociais⁴⁷.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 26/27.

⁴⁶ Mal Estar na Civilização, Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, volume XXI, 2006, Imago Editora.

⁴⁷ Freud elenca alguns artificios para evitar essas ameaças e obter algum grau de felicidade: contra o desprazer dos relacionamentos sociais, pode-se tornar um eremita; contra os fenômenos da natureza, podemos tentar sujeitá-los a nossa vontade, com o concurso da ciência e de outros homens; contra todos eles, pode-se experimentar a intoxicação química. Outras formas: o aniquilamento dos instintos (o que é perseguido pela ioga), o deslocamento de libido, que provoca a sublimação dos instintos por meio de atividades intelectuais ou artísticas, a distensão do vínculo com a realidade, por meio de ilusões, o remodelamento delirante da realidade, o que é realizado normalmente com um número elevado de pessoas (como a religião) e, por fim, o recurso a processos mentais internos que utiliza os objetos do mundo externo, extraindo felicidade de sua relação emocional com eles por meio do amor, especialmente o amor sexual (FREUD, Sigmund, *op. cit.*).

As duas primeiras ameaças são de ordem natural. A terceira é da ordem humana. Para lidar com a ameaça dos fenômenos naturais, foi preciso unir os homens para submeter a natureza aos interesses da comunidade. Ao fundar-se a união, primeiro de famílias, depois de tribos, povos e nações, instituíram-se os relacionamentos sociais entre os homens, com as suas diferentes visões do mundo. A civilização⁴⁸ foi, desse modo, a primeira tentativa de regular os relacionamentos sociais: “*Se essa tentativa não fosse feita, os relacionamentos ficariam sujeitos à vontade arbitrária do indivíduo, o que equivale a dizer que o homem fisicamente mais forte decidiria a respeito deles no sentido de seus próprios interesses e impulsos instintivos...A vida humana em comum só se torna possível quando se reúnem uma maioria mais forte do que qualquer indivíduo isolado e que permanece unida contra todos os indivíduos isolados*”⁴⁹.

Além das ameaças decorrentes das duas causas naturais (o corpo e a natureza), a ordem social instituída para regular a terceira das causas – os relacionamentos sociais – ela própria já é uma causa de sofrimento, na medida em que inibe os instintos naturais de prazer, fontes de felicidade, gerando, também ela, fontes de desprazer pela liberdade perdida. O impulso de liberdade volta-se contra a civilização, reivindicando diversos âmbitos de liberdade, ainda que contra a vontade geral do grupo⁵⁰.

A civilização, assim, é construída sobre uma renúncia ao instinto do prazer e sobre o reconhecimento de não-satisfação de instintos poderosos⁵¹. Conseqüentemente, o natural instinto agressivo do homem se opõe a esse programa de civilização⁵².

Freud conclui que, daquelas três fontes de desprazer, a fonte social do sofrimento não é admitida de modo algum e somos levados a crer que “*nossa civilização é em grande parte responsável pela nossa desgraça*”⁵³.

A tensão é permanente entre o instinto natural de liberdade, que segue o princípio do prazer, e a civilização criada pelos mesmos homens para limitar a liberdade de todos em prol da segurança e para submeter os fenômenos naturais. A civilização, assim, contém o germe da restrição da liberdade.

⁴⁸ “Civilização é a soma integral das realizações e regulamentos que distinguem nossas vidas das de nossos antepassados animais, e que servem a dois intuitos, a saber, o de proteger os homens contra a natureza e o de ajustar os seus relacionamentos mútuos” (FREUD, Sigmund, op. cit., p. 96).

⁴⁹ *Ibidem*, p. 101.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 102.

⁵¹ *Ibidem*, p. 104.

⁵² *Ibidem*, p. 125.

⁵³ *Ibidem*, p. 93.

O programa liberal-burguês, porém, foi o que melhor compreendeu a natureza humana e seu instinto de prazer, de obtenção de felicidade e de um âmbito o mais amplo possível de liberdade. Isso justifica, pelo menos na cultura ocidental, o seu arraigamento social, bem como revela a grande dificuldade de adaptação dos seres humanos a um programa de cunho marxista, socialista ou comunista⁵⁴.

Mas, como não podia deixar de ser, o ideal liberal e o sistema capitalista decorrente criaram também seus sofisticados mecanismos de restrição da liberdade e de opressão. Simone Weil, mordaz crítica do regime capitalista, cuja obra preocupou-se basicamente em determinar as causas da opressão política e social e em lutar contra ela, lamentou: *“Poupemo-nos as desilusões daqueles que, tendo lutado por Liberdade, Igualdade, Fraternidade, descobriram um belo dia ter obtido, como dizia Marx, Infantaria, Cavalaria e Artilharia”*⁵⁵. Propondo uma revisão do marxismo⁵⁶ e criticando Marx e a Revolução Russa, a filósofa francesa empunha a bandeira da liberdade, mas a toma de uma maneira original, centrando-a na capacidade de pensar e de agir do ser humano. Em um primeiro momento, dirige suas considerações para uma espécie de liberdade interna:

“Existe uma concepção bem diferente, que é uma concepção heróica que é aquela do senso comum. A verdadeira liberdade não se define por uma relação entre desejo e a satisfação, mas por uma relação entre o pensamento e a ação; seria completamente livre o homem cujas ações procedessem todas de um julgamento prévio concernindo ao fim que ele se propõe e ao encadeamento dos meios próprios para levar a esse fim Pouco importa que as ações em si mesmas sejam leves ou dolorosas, e pouco importa que sejam coroadas de sucesso; a dor e o fracasso podem tornar o homem

⁵⁴ A propósito, Freud escreveu: *“Não estou interessado em nenhuma crítica econômica do regime comunista...Mas sou capaz de reconhecer que as premissas psicológicas em que o sistema se baseia são uma ilusão insustentável (op. cit., p. 118).*

⁵⁵ Perspectivas: Vamos para a Revolução Operária?, in Opressão e Liberdade, p. 11, 2001, EDUSC.

⁵⁶ A propósito do sistema capitalista que supõe levar a civilização à destruição, a autora pergunta *como Marx pôde acreditar algum dia que a escravidão possa formar homens livres. Jamais ainda na história um regime de escravidão caiu sob os golpes dos escravos. A verdade é que a escravidão avilta o homem até fazer-se amar por ele; que a liberdade não é preciosa senão aos olhos daqueles que a possuem efetivamente; e que um regime inteiramente inumano como é o nosso, longe de forjar seres capazes de edificar uma sociedade humana, modela à sua imagem todos aqueles que lhe são submetidos, tanto oprimidos quanto opressores (Reflexões sobre as Causas da Liberdade e da Opressão Social, in op. cit., p. 145).*

*infeliz, mas não podem humilhá-lo enquanto é ele mesmo que dispõe de sua própria faculdade de agir. E dispor de suas próprias ações não significa de modo algum agir arbitrariamente; as ações arbitrárias não procedem de nenhum julgamento, e não podem, para falar propriamente, ser chamadas de livres...O homem vivo não pode em nenhum caso deixar de estar oprimido de todos os lados por uma necessidade absolutamente inflexível; mas, como ele pensa, tem a escolha entre ceder cegamente ao aguilhão pelo qual ela o impele do exterior, ou se conformar à representação que dela ele forja para si; e é nisso que consiste a oposição entre servidão e liberdade*⁵⁷.

A liberdade consistiria, em suma, na capacidade de representar a necessidade e dispor de suas faculdades para a ação que projetou para superá-las, importando menos o atingimento do fim colimado. Essa noção tem por base um pensamento responsável na direção da representação da sociedade que se quer criar. Basta-lhe a lucidez do ato *heróico*.

Mas, reconhece, essa liberdade não passa de um ideal, no modelo de sociedade então vigente naqueles tempos, complexa e dominada por um regime capitalista inumano⁵⁸. Aperfeiçoando modelo proposto, pensou um outro - mais à moda Rousseau, mas sem alusão ao Estado - que também considerou absolutamente utópico, em que cada indivíduo se governasse a si próprio e, a partir daí, teria condições de controlar o conjunto da vida coletiva, cujo interesse de preservação seria suficiente para apagar as rivalidades individuais⁵⁹. Esse modelo de liberdade já é pensado de maneira relacional, ou seja, em relação ao restante do grupamento social, a partir do autocontrole⁶⁰ e da vontade geral na coordenação de esforços dos outros membros da vida coletiva.

Embora esse segundo modelo seja também reconhecido como utópico pela autora, enfim, o que ela defende é que a diminuição da opressão política e social só será

⁵⁷ Reflexões sobre as Causas da Liberdade e da Opressão Social, *in op. cit.*, p. 109/110.

⁵⁸ A autora escreveu em 1931 num ambiente trágico em que já se previa a eclosão da II Guerra Mundial e a catástrofe subsequente, bem como a ameaça à liberdade dos regimes nazi-fascistas.

⁵⁹ "...cada um seria capaz de controlar a atividade de todos os outros fazendo apelo somente a sua razão. Há apenas uma única razão para todos os homens" (*ibidem*, p. 124/125).

⁶⁰ "...cada trabalhador teria de controlar ele próprio, sem referir-se a nenhuma regra exterior..." (*ibidem*, p. 124).

conseguida na medida em que cada um seja capaz de pensar e de agir em prol da coletividade, o que ampliará o espaço de liberdade de cada qual⁶¹. Desse modo, concluiu:

*“A concepção puramente negativa de um enfraquecimento da opressão social não pode, por si mesma, dar um objetivo às pessoas de boa vontade. É indispensável fazer-se ao menos uma representação vaga da civilização à qual se deseja que a humanidade chegue; e pouco importa se essa representação se aproxima mais de um simples devaneio do que de verdadeiro pensamento”.*⁶²

Ainda que proponha, ao final de seu trabalho, uma reação contra a subordinação do indivíduo à coletividade⁶³, ainda que defenda a liberdade contra a opressão, é inegável que seu pensamento – admitido como ficcional, mas que deve ser buscado como ponto de referência – revela a necessidade de um compromisso social, de concessão clara de um âmbito de liberdade em prol do grupo social. A diferença é que este grupo social é constituído por homens que pensam e agem e que decidem se constituir como grupo social.

De qualquer modo, seria a razão pensante de cada homem a instituidora da ordem social. Está implícita a idéia de responsabilidade de cada homem por outrem e pela sociedade e, com isso, se estaria limitando todas as formas de opressão que viessem do exterior. As restrições provindas do interior de cada homem, numa antropologia de deveres, tornariam desnecessárias quaisquer restrições externas.

Em que pese a anunciada utopia, é também inegável reconhecer um ponto de afinidade com o pensamento freudiano, nesse voltar-se para si, para estabelecer um programa de ação individual que se imponha auto-limites:

⁶¹ “*Em resumo, a sociedade menos má é aquela em que o comum dos homens se acha mais frequentemente na obrigação de pensar agindo, tem as maiores possibilidades de controle sobre o conjunto da vida coletiva e possui mais independência*” (*ibidem*, p. 129).

⁶² *Ibidem*, p. 129/130.

⁶³ *Ibidem*, p. 152/153. A contradição entre uma liberdade responsável e com deveres do início de sua obra e a proclamada insubordinação do indivíduo ao coletivo, do final da mesma obra, pode ser justificada pela preocupação da autora com a ameaça nazi-fascista, que já se fazia presente ao tempo em que concluiu o trabalho.

“A ética é um esforço para alcançar através de uma ordem do super-ego⁶⁴ algo até agora não alcançável por qualquer outra atividade cultural”⁶⁵.

É o princípio da realidade que nos capacita a enfrentar as fontes do desprazer, quando o ego se separa do mundo externo, que não pode dominar⁶⁶. Para usar a expressão de Simone Weil, é preciso uma certa *conformação* à representação do que sejam as verdadeiras necessidades. Não é possível dominar tudo. Não é possível ter tudo. Não é possível ter todas as liberdades. É preciso ceder alguma coisa para que a civilização sobreviva e cumpra a missão para a qual foi designada por um, também, impulso natural dos homens.

Essa construção de uma liberdade responsável está a um passo da concepção kantiana de uma lei moral e do seu imperativo categórico, explicitado, como acima foi feito, como *“aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade”⁶⁷* e que recomendaria agir *“apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”⁶⁸*.

Como se vê, a própria concepção que fundamentou a reivindicação de um espaço amplo de liberdade, contém, na origem, uma recomendação para que essa mesma liberdade não seja absoluta, para que seja imune a vontades desenfreadas e que seja exercida como uma lei universal, no sentido de lei geral, aproveitável para todos, embora sem a intromissão do Estado e do Direito, na concepção kantiana.

Para que uma concepção responsável da liberdade possa ser eficiente, contudo, é preciso que ela seja devidamente legitimada numa ética. E aqui reside o grave problema dos tempos atuais. Anota Maria Rita Kehl⁶⁹ que estamos passando por uma crise ética que

⁶⁴ Freud explica que o super-ego é uma parte do ego que se separa dele, assumindo a forma de consciência (*op. cit.*, p. 127).

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 145.

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 76.

⁶⁷ KANT – Fundamentação da Metafísica dos Costumes, *in* Os Pensadores, p. 218/219, 1974, Editor Victor Civita..

⁶⁸ *Ibidem*, p 233.

⁶⁹ Sobre Ética e Psicanálise, 2ª reimpressão, 2005, Companhia das Letras.

diz respeito a duas vertentes: a) a dificuldade de reconhecimento da lei universal que impõe uma renúncia ao excesso de gozo; b) a desmoralização do código que regeu a vida burguesa. Sobre a primeira vertente, diz a autora, a crise se atribui à dificuldade de reconhecimento de uma dívida simbólica: “*é uma dívida com os antepassados e com a coletividade a que pertencemos, seja ela representada por um país, uma cultura, uma religião ou uma classe social*”⁷⁰, que impõe o adiamento do prazer, não mais aceitável numa economia de mercado aberto, globalizado e agressivo que sugere, a todo o momento, o consumo de bens supérfluos. Sobre a segunda vertente, esclarece a autora que a moral burguesa e seu código de conduta não são mais capazes de revelar uma ética universal, à moda kantiana, de busca do ideal do bem comum.

Nesse sentido, conclui a autora, a psicanálise freudiana não produziu outra coisa do que abalar as estruturas da moral burguesa ao revelar o quanto esta provocou sofrimento ao homem e aos outros homens e ao desvelar, também, o inconsciente, que não se funda em razões de ética⁷¹.

A crise ética a que se refere a autora é produto de um homem deserdado de Deus e da razão e que, por isso mesmo, busca a satisfação pessoal a qualquer custo, impelido pelas regras de mercado e que se revolta quando premido a restringir sua ampla esfera de liberdade.

Não há mais uma verdade universal onde se possa arrimar o ser humano. Se falta uma ética universal, é o Deus da Constituição que, para além de lhe outorgar amplos direitos, vai cobrar a recuperação de uma tradição ou, como disse a autora citada, a dívida dos antepassados e do grupo social por meio limites imanentes dos próprios direitos fundamentais que ela prescreve.

Agora que a distância temporal permite que se critique o modelo liberal-individualista convém perquirir o que se legou à civilização atual, o que consta da tábua axiológica da Constituição brasileira e quais os valores que guiam os seus variados intérpretes⁷², de modo a concluir, com Konrad Hesse, que “*direitos fundamentais não*

⁷⁰ *Op. cit.* p. 14.

⁷¹ *Op. cit.*, pgs.28/34.

⁷² HABERLE, Peter – *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*, 1997, Sérgio Antonio Fabris Editor.

*podem existir sem deveres*⁷³ e que a *vontade de Constituição* impõe renunciemos a alguns benefícios ou vantagens justas⁷⁴. Citando textualmente Burhardt, Hesse, disse: *“Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático”*⁷⁵.

Transpondo estas conclusões parciais ao tema que nos interessa, convém, desde logo, apontar no sentido de tornar-se indesejável, para a força normativa da Constituição brasileira, que a dicotomia entre a entidade corporal e a não corporal permita que qualquer intervenção à entidade corporal do acusado, para fins probatórios, seja peremptória e absolutamente vedada, sem qualquer consideração ao efetivo prejuízo que tal intervenção venha concretamente a causar nas outras entidades não-corporais ou a dignidade do mesmo acusado. O ser humano é uno e sua proteção só pode e deve ser concebida em atenção à sua unidade.

Nesse sentido, adverte Kurt Steelman que a concepção de dignidade humana que a identifica como um estado de regularidade, sem mais, levará a considerar atentatório à dignidade *“certas representações humanas também ali onde o indivíduo atingido sequer vê sua dignidade ameaçada”*⁷⁶.

Como já se insinuou no início, a direção do presente trabalho vai no sentido oposto: não deve existir um direito ilimitado de proteção e o que mede esse limite deve ser a concepção de dignidade humana.

Essa conclusão parcial terá de ser melhor explicada no item seguinte.

V. Para Além do Corpo, o que Deve Proteger a Constituição?

Como anunciado no final do item precedente, o que se reivindica é que a

⁷³ O contexto da frase citada é o seguinte: *“Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela (a Constituição) incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo”* (HESSE, Konrad – A Força Normativa da Constituição, p. 21, 1991, Sérgio Antonio Fabris Editor).

⁷⁴ *Ibidem*, p. 22.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 22.

⁷⁶ Pessoa e Dignidade da Pessoa na Filosofia de Hegel, in SARLET, Ingo (org) – Dimensões da Dignidade, p. 45, 2005, Livraria do Advogado.

interpretação dos dispositivos convencionais e constitucionais, no tocante ao tema das intervenções corporais, permita contemplar o ser humano como uma unidade, composta pelas entidades corpórea (ou física), psíquica, moral e espiritual (ou almática), que lhe dotam de uma especial dignidade, em nome da qual é merecedor de proteção constitucional.

Consequentemente, quando se protege o corpo do acusado de qualquer intervenção, com o objetivo de obtenção de prova, bem como quando se protege o preso de tratamento cruel no cumprimento da pena, está-se protegendo algo mais que o corpo: a dignidade humana dele e indiretamente da humanidade toda.

É evidente que a entidade corporal é um valor bastante para ser protegido constitucionalmente. Mas não se trata de um valor alheado dos demais. A proteção devida, só deve ser *devida* no contexto das demais entidades que lhe são agregadas e da gravidade da intervenção.

Desse modo, as intervenções corporais que se mostrem necessárias e que não contradigam as práticas sociais normais da vida de relação, não podem ser absolutamente afastadas, sem qualquer consideração de violarem ou não a dignidade humana, em nome de uma incondicional proteção da entidade corporal do acusado. Detalhando um pouco mais: a utilização das partes do corpo humano, cujo destaque ou descarte se fazem de maneira socialmente aceitável ou natural, apreendidas ou extraídas para fins de prova, não podem ser proibidas de modo absoluto, quando não violarem as demais entidades humanas: a psíquica, a moral, a espiritual ou a almática, enfim, a dignidade da pessoa.

Não há um direito absoluto para negar a utilização do corpo humano como prova, a não ser quando isso viole a dignidade humana.

Não há um direito absoluto de negar-se a se submeter ao exame de pareamento cromossômico (DNA), à extração de sangue ou exalação de ar (etilômetro ou bafômetro) para verificação de nível de álcool no organismo, à coleta de urina com o mesmo fim, ao recolhimento de impressões digitais e ao recolhimento de cabelos para a realização de perícia. Isso porque, a vida de relação encara como absolutamente normal a extração de sangue e urina para exames laboratoriais de saúde, bem como o corte de cabelo.

Além dos fundamentos lançados, algumas atividades que representam risco⁷⁷ à incolumidade pública, também justificam não só o afastamento de um direito absoluto ao próprio corpo, mas, também, a obrigação de deixar-se submeter à perícia. É o caso da condução de veículos motorizados. Quem se propõe a conduzir um veículo motorizado, além de precisar obter a permissão estatal, tem o dever, obviamente pressuposto, de que deve fazê-lo em condição de completa higidez, pela evidente razão de que essa atividade é naturalmente perigosa. Não há como negar que pôr em movimento um bólido de algumas toneladas, imprimindo-lhe qualquer velocidade que seja, põe em risco a incolumidade pública e, por isso, fica pressuposto o dever de deixar-se submeter aos exames necessários, e quando necessários, o que legitima o dever de deixar-se periciar. O piloto de aviação sabe que, periodicamente, deve submeter-se a exames médicos complexos, sob pena de perda da autorização para pilotar. O mesmo deve se passar com a condução de veículos motorizados. Nesse sentido, as atuais redações dos artigos 165 e 277, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro, por força da Lei nº 11.705/2008, são plenamente constitucionais⁷⁸.

Ao contrário, não há um dever de submeter-se à cirurgia para apreensão de objetos ou para a prova do crime, porque, além de proibidas pelo artigo 15⁷⁹ do Código Civil, envolvem risco de morte. Também, não há dever de submeter-se à reconstituição do crime, pois só tem pertinência quando voluntária.

Do mesmo modo, não é justificável exigir do acusado que escreva ou que fale para fins de prova pericial grafotécnica ou vocal. Mas ao Estado não é vedado obter os padrões necessários à perícia de outro modo, colhendo-o indiretamente no momento em que o acusado falar ou escrever, nos atos policiais ou judiciais, desde que advertido de tal intenção para que possa, querendo, exercer os direitos de não assinar ou de silenciar.

⁷⁷ A utilização do termo *risco* tem provocado uma certa celeuma no âmbito do Direito Penal, com parte da doutrina sustentando uma dogmática do risco, que alteraria, em maior ou menor profundidade, um ruptura da dogmática penal tradicional, envolvendo os institutos do bem jurídico, da responsabilidade penal pessoal, do crime de perigo, etc. (DIAS, Jorge de Figueiredo – Algumas reflexões sobre o Direito Penal na sociedade de risco, *in* Problemas Fundamentais de Direito Penal, 2002, Universidade Lusíada Editora).

⁷⁸ Artigo 165 do CTB – Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância psicoativa que determine dependência: Infração – gravíssima; Penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; Medida administrativa – retenção do veículo até apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

Artigo 277, § 3º - Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* deste artigo (o *caput* trata dos procedimentos para a perícia de alcoolemia e outras perícias).

⁷⁹ Artigo 15 – Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento ou a intervenção cirúrgica.

Impõe-se absolutamente a advertência prévia, pois o Estado tem o dever de agir eticamente.

Nessa concepção, ora proposta, impõe-se como necessário reexaminar o denominado direito ao silêncio ou direito de não depor contra si mesmo, já aludido aqui, mais acima. No ordenamento brasileiro, a matriz da garantia⁸⁰ vem da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que a previu no artigo 8º, 2, letra g, nos seguintes termos: *direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a de declarar-se culpada*. Trata-se de uma garantia que protege a incolumidade física, psíquica e moral do acusado, prevenindo quaisquer coações físicas ou morais para obtenção de declarações que possam lhe causar prejuízo. Coações desse tipo evidentemente representam afronta à dignidade humana e devem mesmo ser proibidas, como quaisquer outras que obriguem a prática de atos que exijam, para sua consecução, a voluntariedade do acusado.

Dos termos da garantia convencional, porém, não decorre um direito absoluto de negar-se a se submeter a perícias nas partes do corpo humano que são natural ou socialmente destacáveis sem prejuízo à dignidade humana, como o sangue, a urina, os cabelos. Evidente que se trata de uma interpretação extensiva⁸¹, que tem sido feita por razões historicamente justificáveis e de todo aceitáveis, relacionadas à tradição autoritária e excludente assumida pelo Direito Penal e Processual Penal, especialmente a brasileira, que teima em criminalizar os social e economicamente marginalizados. Nesse sentido, é aguda a crítica de Joel Birman, principalmente quanto aos efeitos do capitalismo mundial na era globalizada:

“Com efeito, nas novas condições de trabalho engendradas pela globalização há um excesso de trabalhadores que não podem ser

⁸⁰ “Ora, uma coisa são as garantias constitucionais, outra coisa os direitos, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança, política ou judicial. Os direitos são aspectos, manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva, ou nas suas situações de relação com a sociedade, ou os indivíduos, que a compõem. As garantias constitucionais *stricto sensu* são as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder” (BARBOSA, Rui - Atos Inconstitucionais, p. 154, 2003, Russel Editores).

⁸¹ O STF tem ampliado a garantia em três direções básicas: reconhecê-la para outras pessoas que não o preso; incluir outros direitos e não apenas o de calar (não fornecer padrões gráficos e vocais, e recusar-se a participar da reconstituição do crime) e desdobrar-se em outras formas de atuação da defesa (não admitir aumento de pena quando o réu nega falsamente a prática de crime, ou nega assinatura verdadeira, ou imputa falsamente a autoria a outrem, ou quando fornece falsamente padrão gráfico) (AMARAL, Thiago Bottino – Do Direito ao Silêncio à Garantia de Vedação de Auto-Incriminação, tese de doutorado apresentada à PUC-RJ, não publicada).

*absorvidos pelo sistema produtivo e que devem ser descartados pelo mercado. A construção do Estado mínimo e a privatização de empresas, em nome da rentabilidade do capital, lançam diariamente na marginalidade milhares de trabalhadores que não têm condições de se inserirem novamente no mercado de trabalho. Estes não têm para quem apelar, diante da fragilização das instâncias de mediação política*⁸².

Cientes e conscientes desta indesejável distorção, não se pode absolutizar a interpretação a ponto de erigir-se uma imunidade absoluta a uma esfera ampla de liberdade do cidadão. É preciso buscar um ponto de equilíbrio que o processo civilizatório impõe.

A busca de tal ponto exige, porém, que se reconheçam como inafastáveis três pressupostos que devem estar sempre presentes, no caso concreto, para legitimar uma tal restrição da liberdade: a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade da medida, contida, na segunda delas, a justificativa de a prova não poder ser realizada de outro modo menos gravoso. Além dos três pressupostos, exige-se o requisito da judicialidade, de modo que a medida fique deferida unicamente à reserva de jurisdição⁸³.

Sabe-se da contundente crítica dirigida contra a técnica da ponderação de bens em sede processual penal: um bela retórica pode perfeitamente suprimir todos os direitos fundamentais. Há realmente esse risco e muitas vezes ele se concretiza nas instâncias de muitos tribunais brasileiros, aludindo-se, por vezes, à ponderação sem se dominar minimamente a técnica. Mas esse é o preço que se deve pagar por uma Constituição compromissória.

A conclusão pela possibilidade de intervenções corporais, dentro de certos parâmetros bem definidos, não representa uma novidade no âmbito do direito

⁸² Saberes do Psíquico e Criminalidade, *in* Criminologia e Subjetividade, MENEGAT, Marildo e NERI, Regina (org), 2005, Ed. Lúmen Júris.

⁸³ A existência de determinados direitos fundamentais de superlativa importância tem levado a doutrina constitucional a admitir que alguns deles só podem ser limitados por decisão judicial. Não se trata da mera possibilidade de recorrer ao Judiciário quando de sua restrição por outra autoridade não-jurisdicional, mas do reconhecimento de que, diante de certos direitos fundamentais, o Judiciário tem sempre a primeira e a última palavra.

comparado⁸⁴, o que demonstra a razoabilidade do que foi sustentado.

VI. Conclusão

É chegada a hora de recapitular a trajetória feita até agora para que se possa clarificar e precisar a conclusão a que se chega. O tratamento jurídico que se dá ao corpo nos dias atuais tem muito a ver com a tradição filosófica que nos porta até o presente momento.

De início, foram os pré-socráticos que iniciaram a construção de uma dicotomia entre o corpo e a alma, acentuada pelos filósofos gregos posteriores. O Cristianismo se apropriou desta noção e sacralizou o homem, concebido à imagem e semelhança de Deus, mas isso não impediu que o corpo fosse punido pelas mazelas humanas para a salvação da alma. O liberalismo reconheceu a razão como o fator primordial que o distingue dos demais seres vivos e, em nome dela, ampliou o espaço de sua liberdade, contendo os abusos do Estado. Razão e emoção, em momento posterior, dominado pelo romantismo, construiu a noção de unidade humana: o corpo e alma reunidos. O marxismo refletiu sobre as distorções causadas pela atomização, pelo individualismo e pelo egoísmo na sociedade

⁸⁴ Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano (*Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, 1990, Editorial Colex, Madrid) informa que na Alemanha é possível a intervenção corporal, inclusive a extração compulsória de sangue para realização de exame de DNA, e que, na França, admite-se a intervenção, em princípio, mas não a coação direta, substituída por sanções pela recusa em submeter-se ao exame. Na Itália, a sentença nº 238, da Corte Constitucional, de 27/07/1996, declarou a inconstitucionalidade do artigo 224, § 2º, do Código de Processo Penal italiano, que permitia, de maneira genérica, as medidas que se fizessem necessárias para submeter o indiciado ou réu a um exame pericial. O fundamento da decisão é o artigo 13, da Constituição, que somente permite restrições à liberdade pessoal nos casos e modos previstos pela lei. Ou seja, pela Constituição, as hipóteses de restrição devem estar especificadas na lei, não sendo permitido que a lei restritiva seja genérica, como era o caso (SEGATEL, Elisa – *Il rifiuto dell'imputato di sottoporsi a prelievi biologici*, Rivista di Diritto Processuale, anno LXII - Seconda serie, nº 2, Marzo-aprile, 2007). Em Portugal, se admite a realização de exames na pessoa do argüido, mesmo contra a sua vontade, desde que com as cautelas de não ofender o pudor e a intimidade do sujeito, o que será avaliado pelo juiz, nos termos dos artigos 172, 154.2 e 156.5 e 6, do Código de Processo Penal, com as alterações da Lei nº 48/2007, de 29 de agosto (GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - Código de Processo Penal, p. 385, 15ª edição, 2005, Almedina). Nos EUA, a Suprema Corte já decidiu que se a polícia prende alguém legalmente, está autorizada a proceder à busca pessoal sem mandado judicial, quando as circunstâncias exigirem a urgência da medida, inclusive para realizar as intervenções necessárias. Do mesmo modo, tem decidido que a gravação ambiental, a apreensão de manuscritos, a fotografia aérea, o registro bancário, o recolhimento de lixo para investigação e a coleta de impressões digitais não violam a 4ª Emenda por não se incluírem na noção de "searches" (intervenções). Já a exalação de ar, a coleta de urina, a extração de sangue, a cirurgia no corpo, o *finger scrapings* são consideradas "searches" e, portanto, somente se admite se forem razoáveis e autorizadas judicialmente, mediante afirmação de sua necessidade e precisão quanto aos limites da intervenção (ALDERMAN, Ellen e KENNEDY, Caroline. *The Right of Privacy*, 1995, Alfred A. Knopf, Nova York).

capitalista, e propôs a planificação econômica e a diminuição do espaço individual contra elas.

Nenhuma das tradições examinadas, contudo, logrou livrar o homem de suas escravidões. A filosofia clássica grega conviveu com a escravidão, que prosseguiu durante todo o Cristianismo, que, por seu turno, introduziu no mundo uma primeira empreitada globalizante: a conversão compulsória dos pagãos, ou sua destruição. Em nome da salvação da alma, promoveu-se a matança do corpo. O liberalismo preocupou-se com a unidade racional do homem, com a preservação de seu corpo, como entidade física, mas, também, com uma esfera de interioridade, digna de proteção. Para isso, foi preciso reduzir o espaço estatal, em nome das liberdades, que, ilimitadas, produziram múltiplas formas de opressão, chegando-se muito perto do aniquilamento do corpo e da alma, transformados em uma peça a mais na engrenagem capitalista. O marxismo, em ação, revelou-se mais opressor ainda, reduzindo drasticamente o espaço privado.

Na sociedade pós-moderna, assistem-se múltiplas formas de opressão e de marginalização: prossegue e acentua-se a marginalização econômica, reintroduz-se a opressão religiosa, crescem as discriminações étnicas. Rompem-se fronteiras e criam-se outras: esse é o modo de ser *humano*. Uma parte do ser humano quer a paz, mas outra quer a guerra, porque cada um quer o seu próprio tipo de paz⁸⁵.

O processo civilizatório precisa investir no interior do ser humano, recriar o humano, a partir dele próprio, consciente de que, para além do Estado e da Constituição, sua referência é, antes de tudo, a condição humana, que o une a outros homens e ao grupo social, onde exerce direitos e deveres, todos limitados, controlados, porque esse é o preço de viver em sociedade.

Para viver em sociedade, é preciso abdicar dos absolutismos de um princípio do prazer irrealizável, do individualismo sem fronteiras que erige fronteiras, do sem sentido de um atomismo. O que cimenta a reunião de homens é a solidariedade, que estabelece valores comuns e impõe concessões recíprocas, e que devem ser estendidos a todos pela educação ampla e irrestrita. A educação tem esse efeito multiplicador quando assimilada nas coisas simples da vida, nas ações cotidianas do homem comum. Ceder e conceder são formas de educar e educar-se. A sociedade tem essa dimensão da ética.

⁸⁵ FREUD, Sigmund – Reflexões para os Tempos de Guerra e Morte, in Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, volume XIV, Imago Editora.

O corpo não é uma ilha, alheada. Não se protege só o corpo pelo corpo, mas o corpo que contém outras dimensões que compõem a dignidade humana, de todos os seres humanos num só. Não se redime a alma castigando o corpo: corpo e alma são igualmente castigados. A proteção do corpo só tem pretensão de absolutismo quando em risco a dignidade do indivíduo e, conseqüentemente, do todo. O ser humano é um só e tem a dimensão da dignidade.

Enfim, as intervenções corporais não podem ser absolutamente proibidas. Também não podem ser absolutamente permitidas. O ponto de equilíbrio é o princípio da dignidade humana. Pode haver intervenção sem maior risco à dignidade.

É a dignidade que une o corpo e a alma. Em lugar da poesia de Manuel Bandeira

“Se queres sentir a felicidade de amar, esquece tua alma...

As almas são incomunicáveis.

Deixa o teu corpo entender-se com outro corpo.

Porque os corpos se entendem, mas as almas não”⁸⁶,

o desvelamento da essência do ser, “na transparência do invólucro perfeito”⁸⁷.

BIBLIOGRAFIA

ALDERMAN, Ellen e KENNEDY, Caroline. *The Right of Privacy*, 1995, Alfred A. Knopf, Nova York.

AMARAL, Thiago Bottino – Do Direito ao Silêncio à Garantia de Vedação de Auto-Incriminação, tese de doutorado apresentada à PUC-RJ, não publicada.

⁸⁶ Arte de Amar, in Estrela da Vida Inteira – poesias reunidas, Livraria José Olympio Editora.

⁸⁷ Op. cit. nota 2.

ANASHKIN, G. e MINKOVSKI, G. – *Preceptos Fundamentales de la Legislación Penal Procesal Soviética*, in *Bases de La Legislación Penal, Organización Judicial y del Procedimiento Criminal de la URSS*, traducido por José Echenique, Editorial Progreso, Moscou.

ASUA, Luis Jimenez - *Derecho Penal Soviético*, Tipográfica Editora Argentina, B. Aires.

BARBOSA, Rui - *Atos Inconstitucionais*, 2003, Russel Editores.

BIRMAN, Joel - *Saberes do Psíquico e Criminalidade*, in MENEGAT, Marildo e NERI, Regina (org) - *Criminologia e Subjetividade*, 2005, Ed. Lúmen Júris, RJ.

CAMPOS, Benedicto – *Introdução à Filosofia Marxista*, 1988, Editora Alfa-ômega, SP.

DIAS, Jorge de Figueiredo – *Algumas reflexões sobre o Direito Penal na sociedade de risco*, in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2002, Universidade Lusíada Editora, Lisboa.

FREUD, Sigmund – *Reflexões para os Tempos de Guerra e Morte*, in Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, volume XIV, Imago Editora, RJ.

_____ *Mal Estar na Civilização*, Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, volume XXI, 2006, Imago Editora, RJ.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - *Código de Processo Penal*, 15ª edição, 2005, Almedina, Coimbra.

HABERLE, Peter – *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*, 1997, Sérgio Antonio Fabris Editor, P. Alegre.

HAMLIN, D.W. – *Uma História da Filosofia Ocidental*, 1987, Jorge Zahar Editor.

HESSE, Konrad – *A Força Normativa da Constituição*, 1991, Sérgio Antonio Fabris Editor, P. Alegre.

ISRAEL, Jerold H. e LAFAVE, Wayne R. – *Criminal Procedure – Constitutional Limitations*, 2001, West Group, Minnesota.

KANT – *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, in *Os Pensadores*, 1974, Editor Victor Civita, SP.

KEHL, Maria Rita – *Sobre Ética e Psicanálise*, 2ª reimpressão, 2005, Companhia das

Letras, SP.

MARÍAS, Julián – História da Filosofia, 2004, Ed. Martins Fontes, SP.

PASUKANIS, E. B. – A Teoria Geral do Direito e o Marxismo, 1989, Ed. Renovar, RJ.

PELÁEZ, Francisco Contreras – *El Tribunal de la Razón – El Pensamiento Jurídico de Kant*, Editorial MAD, 2005, Sevilla.

PESSANHA, José Américo Motta – *in* Santo Agostinho, introdução, 1984, Os Pensadores, Victor Civita, SP.

PLATÃO - Fedro, 2004, Ed. Martin Claret.

_____ Fédon, Os Pensadores, 1972, Victor Civita, SP.

SALDANHA, Nelson - O Jardim e a Praça, 1986, Sérgio Antonio Fabris Editor, P. Alegre.

SANTO AGOSTINHO, Confissões, Os Pensadores, 1984, Victor Civita, SP.

_____ *Los solilóquios, Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), Editorial Católica, MCML, Madri.*

SEELMAN, Kurt – Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel, *in* SARLET, Ingo – Dimensões da Dignidade, 2005, Livraria do Advogado, Porto Alegre.

SEGATEL, Elisa – *Il rifiuto dell'imputato di sottoporsi a prelievi biologici*, Rivista di Diritto Processuale, anno LXII - Seconda serie, nº 2, Marzo-aprile, 2007.

SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar - Proporcionalid y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, 1990, Editorial Colex, Madri.

TANNERY, Paul – Fedro, introdução, 2004, Ed. Martin Claret.

WEIL, Simone - Opressão e Liberdade, 2001, EDUSC.