

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Francisco José Vilas Boas Neto

**A DIGNIDADE HUMANA COMO LIMITE PARA A INTERVENÇÃO PENAL:
uma hipótese a partir do construtivismo de John Rawls**

Belo Horizonte

2022

Francisco José Vilas Boas Neto

**A DIGNIDADE HUMANA COMO LIMITE PARA A INTERVENÇÃO PENAL:
uma hipótese a partir do construtivismo de John Rawls**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito (linha de pesquisa: intervenção penal e garantismo) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen

Coorientador: Prof. Dr. Pablo Alves de Oliveira

Área de Concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania – linha: intervenção penal e garantismo.

Belo Horizonte

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

V695d	Vilas Boas Neto, Francisco José A dignidade humana como limite para a intervenção penal: uma hipótese a partir do construtivismo de John Rawls / Francisco José Vilas Boas Neto. Belo Horizonte, 2022. 166 f. Orientador: Guilherme Coelho Colen Coorientador: Pablo Alves de Oliveira Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito 1. Rawls, John, 1921-2002 - Crítica e interpretação. 2. Direitos fundamentais. 3. Violência (Direito). 4. Dignidade (Direito). 5. Garantismo penal. 6. Poderes (Direito). 7. Legalidade (Direito). 8. Estado democrático de direito I. Colen, Guilherme Coelho. II. Oliveira, Pablo Alves de. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título. CDU: 342.7
-------	--

Francisco José Vilas Boas Neto

**A DIGNIDADE HUMANA COMO LIMITE PARA A INTERVENÇÃO PENAL:
uma hipótese a partir do construtivismo de John Rawls**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito (linha de pesquisa: intervenção penal e garantismo) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito à obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania – linha: intervenção penal e garantismo.

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen (orientador)

Prof. Dr. Pablo Alves de Oliveira (coorientador)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira (examinador)

Prof. Dr. Adilson de Oliveira Nascimento (examinador)

Prof. Dra. Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes (examinadora)

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes (examinador)

Belo Horizonte, 01 de julho de 2022.

A Amanda (esposa amada) e Marta (mãe incrível).

Mulheres que dão sentido e apoio a minha vida,
sendo fontes de inspiração.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por toda bondade e misericórdia. Força sem a qual não seria possível chegar a esse momento.

A Amanda D'Assumpção, minha amada esposa, e a Marta, minha amada mãe, pelo apoio incondicional.

Ao meu orientador, Professor Guilherme Coelho Colen, pela amizade e paciência. Um verdadeiro professor por toda a minha vida profissional.

Ao meu coorientador, Professor Pablo Alves Olveira, pela cordialidade e generosidade ao aceitar participar dessa jornada.

Ao Professor Cláudio Brandão, nosso mestre dos mestres em Direito Penal, referência como acadêmico e pessoa.

Aos Professores Henrique Viana e Klélia Aleixo, que com os seus ensinamentos possibilitaram o meu desenvolvimento acadêmico e o desenrolar dessa pesquisa.

Aos queridos amigos do Escritório Andrade & Souto, em especial ao Dr. Guilherme Pacheco e ao Dr. José Humberto, pela amizade, apoio e compreensão.

Aos professores, corpo diretivo, amigos e colegas da FAPAM – Faculdade de Pará de Minas.

Aos professores, amigos e colegas da PUC Minas, a minha *alma mater*.

RESUMO

Partindo da pergunta sobre qual a função do direito penal, na presente tese a sanção penal é descrita como sendo um elemento histórico de violência. Compreendendo que o poder de punir é um poder político exercido hegemonicamente, mostra-se como historicamente a pena foi aplicada como expiação aflitiva ao corpo do condenado. Assim, percebe-se que a história da pena é a história da violência perpetrada pelo Estado em desfavor do indivíduo. O abrandamento da violência penal, dentre outros fatores, deu-se em grande parte pelo desenvolvimento da dogmática penal, que possibilitou a elaboração de institutos como o princípio da legalidade, culpabilidade, bem jurídico, dentre outros. Mesmo com o desenvolvimento da dogmática no sentido de criação de mecanismos que visam a limitação da intervenção penal, constata-se uma persistência e continuidade na imposição de sofrimento pela aplicação da sanção, seja pelas chamadas penas ilícitas, seja pelas penas lícitas que não se afastam da sua fundamentação violenta. Nesse ponto apresenta-se o construtivismo rawlsiano como hipótese de procedimento a ser utilizado na intervenção penal, com vias de minimizar a afetação do indivíduo que sofre a sanção. Apresentada a metodologia do construtivismo rawlsiano, mostra-se a justificativa para a sua utilização na dogmática penal, bem como se aponta, a partir desse construtivismo, a definição do conceito de dignidade humana que seja mais adequado para a teoria. Na demonstração da aplicação do construtivismo rawlsiano no direito penal, chega-se à conclusão do reconhecimento de um novo axioma para o garantismo e, conseqüentemente, à uma nova metodologia de interpretação de institutos penais como culpabilidade, bem jurídico, legalidade e pessoalidade como critério de limitação das penas. Também é apresentada uma alternativa para a dualidade jusnaturalismo-juspositivismo. A metodologia predominante na pesquisa é a exploratória bibliográfica, trazendo-se conceitos e buscando a sustentação na bibliografia apresentada.

Palavras-chave: Violência penal. Construtivismo. Dignidade da pessoa humana. Garantismo. Antropocentrismo.

ABSTRACT

Starting from the question about the function of criminal law, in this thesis the criminal sanction is described as a historical element of violence. Understanding that the power to punish is a hegemonically exercised political power, it is shown how historically the penalty was applied as an afflictive atonement to the body of the condemned. Thus, it is clear that the history of punishment is the history of violence perpetrated by the State to the detriment of the individual. The reduction of criminal violence, among other factors, was largely due to the development of criminal dogmatics, which made it possible to develop institutes such as the principle of legality, culpability, legal interests, among others. Even with the development of dogmatics in the sense of creating mechanisms that aim to limit criminal intervention, there is a persistence and continuity in the imposition of suffering by the application of the sanction, either by the so-called illegal penalties, or by the legal penalties that do not deviate from its violent reasoning. At this point, Rawlsian constructivism is presented as a hypothesis of procedure to be used in penal intervention, with ways to minimize the affectation of the individual who suffers the penal intervention. Once the Rawlsian constructivism methodology is presented, the justification for its use in penal dogmatics is shown, as well as, based on this constructivism, the definition of the most adequate concept of human dignity for the theory is pointed out. In demonstrating the application of Rawlsian constructivism in criminal law, we reach the conclusion of the recognition of a new axiom for criminal guaranteeism and, consequently, a new methodology for the interpretation of penal institutes such as culpability, legal good, legality and personhood as criteria. limitation of penalties. An alternative to the jusnaturalism-lawpositivism duality is also presented. The predominant methodology in the research is exploratory literature, bringing concepts and seeking support in the bibliography presented.

Keywords: Criminal violence. Constructivism. Dignity of human person. Guarantee. Anthropocentrism.

RESUMEN

Partiendo de la pregunta por la función del derecho penal, en esta tesis se describe la sanción penal como un elemento histórico de la violencia. Entendiendo que el poder de castigar es un poder político ejercido hegemónicamente, se muestra cómo históricamente la pena se aplicaba como expiación aflictiva al cuerpo del condenado. Así, es claro que la historia del castigo es la historia de la violencia ejercida por el Estado en perjuicio del individuo. La reducción de la violencia delictiva, entre otros factores, se debió en gran medida al desarrollo de la dogmática penal, que permitió desarrollar institutos como el principio de legalidad, la culpabilidad, los bienes jurídicos, entre otros. Aún con el desarrollo de la dogmática en el sentido de crear mecanismos que apunten a limitar la intervención delictiva, existe una persistencia y continuidad en la imposición del sufrimiento por la aplicación de la sanción, ya sea por las denominadas penas ilegales, o por la legalidad de las penas que no se aparten de su razonamiento violento. En este punto, se presenta el constructivismo rawlsiano como hipótesis de procedimiento a utilizar en la intervención penal, con formas de minimizar la afectación del individuo que sufre la intervención. Una vez presentada la metodología del constructivismo rawlsiano, se muestra la justificación de su uso en la dogmática penal, así como, en base a este constructivismo, se señala la definición del concepto de dignidad humana más adecuado para la teoría. Al demostrar la aplicación del constructivismo rawlsiano en el derecho penal, llegamos a la conclusión del reconocimiento de un nuevo axioma para el garantismo penal y, en consecuencia, una nueva metodología para la interpretación de institutos penales como la culpabilidad, el bien jurídico, la legalidad y la personalidad como criterios. También se presenta una alternativa a la dualidad iusnaturalismo-positivismo. La metodología predominante en la investigación es la literatura exploratoria, trayendo conceptos y buscando apoyo en la bibliografía presentada.

Palabras clave: Violencia penal. Constructivismo. Dignidad de la persona humana. Garantismo. Antropocentrismo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 A PENA COMO INSTRUMENTO HISTÓRICO DE VIOLÊNCIA.....	17
2.1 O desenvolvimento da dogmática como forma de limitação da violência	26
2.2 A persistência da violência penal	34
3 O CONSTRUTIVISMO DE JOHN RAWLS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO ELEMENTO CENTRAL	52
3.1 Sobre o construtivismo de John Rawls	52
3.1.1 Elementos informadores da teoria de John Rawls	54
3.1.1.1 A concepção-modelo de pessoa	55
3.1.1.2 A concepção-modelo de posição original	65
3.1.1.3 A concepção-modelo de sociedade bem ordenada	77
3.1.2 Os princípios de justiça de John Rawls	84
3.2 A justificativa para a utilização do construtivismo de John Rawls	87
3.3 Afinal, o que é dignidade humana?	95
3.3.1 A concepção histórica de pessoa na antropologia filosófica de Vaz	95
3.3.1.1 A concepção clássica de pessoa	95
3.3.1.2 A concepção cristã-medieval de pessoa	99
3.3.1.3 A concepção moderna de pessoa	101
3.3.1.4 A concepção contemporânea de pessoa	102
3.3.2 A concepção sistemática de pessoa na antropologia filosófica de Vaz	105
3.3.3 A concepção de Robert Alexy	107
3.3.4 A concepção de dignidade humana em Kant	109
4 UMA TEORIA DE INTERVENÇÃO PENAL A PARTIR DO CONSTRUTIVISMO DE JOHN RAWLS – ANTROPOCENTRISMO PENAL	114
4.1 A dignidade humana como novo axioma para o garantismo	117
4.2 A interpretação do bem jurídico a partir do novo axioma	133
4.3 A interpretação de princípios Informadores a partir do axioma da dignidade	138
4.3.1 Princípio da legalidade	139
4.3.2 Princípio da culpabilidade	143
4.3.3 Princípio da pessoalidade como limitação das penas	148
5 CONCLUSÃO	155
REFERÊNCIAS	161

1 INTRODUÇÃO

Qual a função do direito penal?

A pergunta, aparentemente simples, demonstra-se objetivamente complexa e dela podem derivar outras indagações e uma variedade criativa de respostas. A função do direito penal é meramente retributiva? Vinga-se o crime com a imposição da pena? O direito penal possui uma função preventiva? Há uma função ressocializadora? Sua função é de extermínio do criminoso? A função do direito penal é a tutela dos bens jurídicos?

A resposta para essas perguntas dizem muito mais sobre o penalista do que sobre o direito penal. A depender da resposta, surgem os catálogos e categorias, quanto ao penalista ser punitivista, abolicionista, agnóstico, minimalista, garantista, etc.

A premissa de que uma pesquisa sobre o direito penal deve passar pela pergunta sobre a sua função, mas numa concepção socrática, a compreensão é de que a pergunta é mais importante do que a resposta que possa ser dada.

O questionamento sobre a função do direito penal é importante, porque é preciso compreender que a imposição da pena é uma imposição de sofrimento, ou seja, revela-se como um ato de violência praticado pelo Estado em desfavor do indivíduo. O fato é que apesar de ser uma reação ao crime, a pena, *per si*, é uma violência institucionalizada. É a violência do Estado contra a pessoa, retribuindo-se um mal (crime) com outro mal (pena).

Reconhecendo que a pena é um ato de violência imposta pelo poder público, poderia o Estado impor essa violência contra uma pessoa?

A resposta para essa pergunta não é fácil, mas considerando que seja positiva, deve-se partir da ideia de legitimidade do poder punitivo. Isso porque, embora possam existir reflexões filosóficas sobre a falta de justificativa para a pena, no plano concreto ela existe, pois não há um sistema penal no mundo que tenha prescindido totalmente dela. Por tal razão, partindo da realidade fenomênica da pena enquanto um fato, dá-se-á a teoria uma característica muito mais aristotélica do que platônica, ou seja, uma teoria de origem no mundo físico e que não possui sentido apenas no mundo das ideias.

Teorias abolicionistas ou agnósticas da pena, noutro plano, residem muito mais no mundo das ideias. Um ideal é algo a se almejar e que deve ser buscado. Todavia, no plano físico, a realidade é a imposição de sofrimento pela pena.

Se a pena é imposição de violência, o direito penal é capaz de legitimar essa violência?

Primeiro é necessário dizer que direito penal e pena são coisas diferentes. A natureza da pena é aflagante, pois constitui-se em imposição de sofrimento. O direito penal e mais precisamente a dogmática penal, caracteriza-se como o estudo de natureza científica, destinado à compreensão do crime e da pena. Assim, é possível afirmar que na perspectiva de um Estado Democrático, a função do direito penal é a legitimação da violência estatal; fora de uma democracia, para responder a pergunta, precisar-se-ia discutir o sentido do termo legitimidade.

Ao entender que o direito penal tem a função de legitimar a pena, deve-se compreender que a ideia de um direito penal é que ele seja um limitador, ou seja, ele deve ser percebido com a função de limitação da violência.

Então, a função do direito penal é limitar a violência da pena?

Sim! Dentre as várias respostas possíveis, essa foi a escolhida para o desenvolvimento desse trabalho, deixando claro que é um texto sobre garantismo penal.

Noutro giro, se a função do direito penal é limitar a violência, é necessário compreender o que ela venha a ser. O conceito escolhido foi o trazido pela legislação brasileira e reconhecido pela jurisprudência e pela literatura jurídica. A partir da definição legal, são descritas as diversas formas de violências.

Para limitação dessa violência, foram desenvolvidos institutos pela dogmática penal?

Sim! Serão feitos apontamentos de como a dogmática penal foi desenvolvida ao longo da história com o fim de limitar a violência estatal, como por exemplo as bases lançadas no Século XVIII por Beccaria para o desenvolvimento do princípio da legalidade por Feurbach no Século XIX, a teorização da culpabilidade por Karl Binding e da tipicidade por Ernst Von Belling.

A própria concepção do bem jurídico foi desenvolvida com a finalidade de limitação da violência na linha, que teria sido apresentada inicialmente por Karl Binding.

E qual a importância de se estudar o bem jurídico?

A importância está no fundamento da antinormatividade penal que estaria nele (bem jurídico), sendo ele o elemento presente na atual interpretação dogmática acerca da tipicidade. Já que o direito penal atribui importância somente às condutas previstas em lei, aquilo que não fosse descrito no tipo, seria irrelevante. Nesse sentido, a relevância penal seria aquela prevista no tipo, que por sua vez seria criado para a proteção de bens jurídicos.

Não obstante o desenvolvimento da dogmática, que trouxe considerável avanço para a limitação da violência, certo é que ela persiste nos dias atuais e que por isso novos mecanismos de contenção do arbítrio estatal se fazem necessários.

No desenvolvimento desse capítulo inicial serão exemplificadas algumas formas de violência extrema que foram impostas ao longo da história, mostrando que a história da pena é uma história de violência.

Casos de suplício narrados por Foucault e Verri serão mencionados e será demonstrado como o desenvolvimento da dogmática ajudou na contenção desse sofrimento extremo. Entretanto, a partir do conceito de violência trazido no início do capítulo, será percebível que apesar da diminuição da sua intensidade, a violência penal não deixou de existir.

Com relação à privação de liberdade, é possível a imposição de uma pena sem que ela seja um ato de violência?

Sem algum tipo de ponderação metafísica, é muito difícil, para não dizer impensável, que isso seja possível. Mas considerando que a pena é uma realidade, se não é possível prescindir dela e se não é possível desvinculá-la da violência, é necessária a teorização e o desenvolvimento de mais critérios para a sua limitação e, por conseguinte, para a sua legitimação.

Esse texto tratará de uma nova teoria penal? Há essa necessidade?

Não há essa pretensão na pesquisa. Não se buscará no desenvolvimento do trabalho uma inovação ou revolução sobre o direito penal, mas sim, uma forma de interpretação que visa a minimizar a aflição imposta pela aplicação da pena. Nesse ponto também não há nenhuma novidade, pois foi assim que a dogmática se desenvolveu ao longo da história do direito penal.

A novidade ou originalidade estará na metodologia sugerida para a interpretação do direito penal, notadamente, na forma de se interpretar a necessidade de intervenção penal.

Para isso, o ponto de partida ou marco teórico serão os textos *Uma teoria da Justiça* e *Justiça e democracia* de John Rawls, que na segunda metade do século passado desenvolveu a chamada teoria da justiça como equidade.

Não serão utilizados os fundamentos teóricos tratados por Rawls na sua teoria da justiça e sim o seu modelo metodológico para o desenvolvimento do seu texto. Por tal razão, essa pesquisa não é propriamente uma teoria rawlsiana, mas uma interpretação da metodologia utilizada por Rawls, como hipótese para a intervenção penal.

Esse modelo foi denominado pelo próprio autor como construtivista, mas não qualquer construtivismo, e sim um construtivismo de natureza kantiana. A adjetivação “kantiano” dada por Rawls ao seu construtivismo está no reconhecimento da pessoa humana como elemento central da teoria. Por assim dizer, o construtivismo rawlsiano é antes de tudo um construtivismo kantiano.

Inicialmente será demonstrado como Rawls desenvolveu sua teoria, passando aos chamados elementos informadores. Esses elementos informadores foram denominados por Rawls como concepções-modelo, sendo elas a concepção de pessoa, a concepção de posição original e a concepção de sociedade bem ordenada.

Quando escreveu *Uma teoria da justiça*, também conhecida como teoria da justiça como equidade, John Rawls propôs que os princípios primeiros da justiça e do direito deveriam ser construídos de forma objetiva e racional. Para tanto, ele propôs um marco conhecido como posição original, na qual as pessoas definiriam os princípios válidos para uma sociedade bem ordenada.

Na premissa de Rawls, os princípios da justiça aplicáveis à sociedade bem ordenada seriam destinados às pessoas; se as pessoas são as destinatárias dos princípios, elas deveriam, ao mesmo tempo, ser o fundamento para a sua criação.

Com o desenvolvimento das concepções-modelo, serão apresentadas as justificativas para a utilização do construtivismo rawlsiano e será definido o conceito de dignidade da pessoa humana conforme a concepção mais adequada para o modelo construtivista sugerido.

Como o conceito de dignidade humana só pode ser dado a partir da compreensão do que venha a ser a pessoa, propõe-se que seja feito um registro sintético da sua definição a partir da antropologia filosófica de Lima Vaz e da filosofia jurídica de Alexy.

Compreendendo como se aplica o modelo de construtivismo utilizado por Rawls, verificar-se-á a pressuposição da sua aplicação ao direito penal. A hipótese é que o modelo de construtivismo rawlsiano possa sustentar uma nova base de interpretação e redefinição de institutos do direito penal.

Entende-se que os institutos de direito penal desenvolvidos até o momento, de uma ou de outra forma, partiram de interpretações do direito natural ou do direito positivo. Apontando eventuais problemas nessas teorias, sugere a urgência de uma nova forma de compreensão do direito penal.

Por sua vez, Rawls afirma que o construtivismo é uma teoria válida enquanto alternativa para as filosofias utilitaristas e intuicionistas.

Nessa mesma perspectiva, seria possível apontar o construtivismo como alternativa para jusnaturalismo e o juspositivismo?

Como seriam interpretadas a legalidade e a culpabilidade ou mesmo o bem jurídico nessa teoria?

Como esse modelo implicaria na compreensão do garantismo penal?

Esses questionamentos serão tratados no último capítulo e como foi possível perceber, não haverá a intenção de trazer uma nova teoria de direito penal, mas somente, de sugerir uma nova forma para a sua interpretação.

A metodologia predominante na pesquisa é a exploratória bibliográfica, trazendo-se conceitos e buscando a sustentação na bibliografia apresentada. Nas referências, além de Rawls, Kant e Ferrajoli que são obrigatórios pela proposta do texto, também foram utilizados Alves, Aleixo, Brandão, Colen, Welzel, Antón, Roig e Zaffaroni, dentre outros.

Assim o trabalho é organizado da seguinte forma:

No capítulo segundo será dado o conceito de violência e apontado como historicamente a pena foi utilizada como instrumento de imposição de suplício; no mesmo capítulo serão dados exemplos de como a dogmática foi desenvolvida com fins de limitar a violência estatal, mas, mesmo assim, ainda existem formas de violência penal que necessitam de maior limitação.

No capítulo três será apresentada a teoria de Rawls, bem como a sua metodologia. Após a explicação sobre as concepções-modelo, mostrar-se-á a justificativa para o construtivismo e será demonstrado qual o conceito de dignidade humana mais adequado para a teoria proposta.

No quarto e último capítulo será apresentada a hipótese de aplicação do construtivismo de Rawls ao direito penal, bem como as hipóteses de interpretação para o garantismo, bem jurídicos, legalidade, culpabilidade e limitação das penas. Acerca da interpretação do garantismo, será sugerido um novo axioma.

Assim, partindo da pergunta sobre a função do direito penal e do entendimento de que a sua função é a limitação da violência imposta pelo Estado, à qual denominamos de “pena”, essa pesquisa – que adianta-se como uma teoria de garantismo – trará uma hipótese com criação de mecanismos que visam a limitar o arbítrio estatal.

2 A PENA COMO INSTRUMENTO HISTÓRICO DE VIOLÊNCIA

O que seria um ato de violência?

Violência, na definição do vocábulo, é o constrangimento físico ou moral exercido sobre alguém, que obriga essa pessoa a fazer o que lhe é imposto, podendo ser um ato de crueldade, de perversidade ou de tirania¹.

Por definição legal, conforme preceitua o artigo 7º da Lei 11.340 de 2006, uma violência poderá ser física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral.

A lei preceitua como violência física qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal; a violência psicológica é entendida como qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; a violência sexual é definida como qualquer conduta que constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força, que induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sexualidade, que impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação, ou que limite ou anule o exercício de direitos sexuais e reprodutivos; por violência patrimonial a lei traz qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer as necessidades; por fim, a violência moral é entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

¹ Disponível em <https://www.dicio.com.br/>.

² Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur363149/false>

³ MARCHIONI e BAZAGLIA. Disponível em <https://www.justificando.com/2020/04/21/o-processo-de-tiradentes-e-sua-surpreendente-semelhanca-com-atuais-procedimentos-penais/>. Consulta realizada em 17 de setembro de 2021.

⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Consulta realizada em 17 de

Por ocasião do julgamento realizado em 13 de dezembro de 2016, no habeas corpus número 134.670², de relatoria do Ministro Teori Zavaski, o Supremo Tribunal Federal, tal qual previsto na Lei 11.340 de 2006, entendeu que são formas de violência a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Ainda que as definições tenham sido trazidas pela lei que visa coibir a violência doméstica, os conceitos ali descritos devem ser compreendidos como conceitos legais para o ordenamento jurídico como um todo. Esta é uma percepção lógica da hermenêutica jurídica, pois no mesmo ordenamento jurídico uma circunstância não pode ser considerada como violência e não-violência ao mesmo tempo. Seria um paradoxo jurídico se um fato *fosse* e *não fosse* ao mesmo tempo. Assim, o conceito de violência extrapola o âmbito de aplicação da Lei 11.340 de 2006. Por tal razão, esse conceito pode ser entendido como uma definição legal sobre o que venha a ser considerado um ato de violência.

Entendido o conceito, a pena, em qualquer circunstância, deverá ser considerada como um ato de violência:

Acrescenta-se que o direito penal, porquanto circundado por limites e garantias, conserva sempre uma intrínseca brutalidade que torna problemática e incerta sua legitimidade moral e política. A pena, de qualquer modo que se justifique ou circunscreva, é de fato uma segunda violência que se acrescenta ao delito e que é programada e executada por uma coletividade organizada contra um solitário indivíduo. (FERRAJOLI, 2010, p.15)

No mesmo sentido:

A importância deste primeiro alerta reside no fato de que toda consequência penal é uma manifestação de violência. Não se pode, portanto, separar o conceito de direito penal do conceito de violência. É porque o direito penal tem em si a violência, que os esforços para limitá-lo representam um marco que tem por escopo dar legitimidade àquela violência, a partir da sua justificação. (BRANDÃO, 2019, p. 31)

Alves (2019) também advertiu que mesmo o direito penal sendo uma reação à violência, a pena, *per si*, é um ato institucionalizado de violência. Seria a violência do Estado contra o cidadão, formalizada pelo direito penal e chamada de sanção penal ou simplesmente de pena. A sanção penal enquanto resposta ao crime é em si um ato de violência, punindo-se a violência do crime com a violência da pena.

² Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur363149/false>

Nesse contexto:

Se, no segundo destes atos, como se dirá daqui a pouco, se deve ver uma pena, isso significa que também a pena, assim como o delito, é um mal ou, em termos econômicos, um dano; quando o homicida, por sua vez, é morto pelo carrasco, em lugar de uma só, há duas mortes: parece, por isso, à primeira vista, que o castigo, a um mal, agrega outro. (CARNELUTTI, 2015, p. 27)

Quanto à intensidade da violência praticada pelo Estado sob a justificativa da aplicação da pena, vale a descrição de Nogueira:

[...] nas suas várias épocas, as seguintes penas: morte simples (pela mão do lictor para o cidadão romano e pela do carrasco para o escravo), mutilações, esquartejamento, enterramento (para os Vestais), suplícios combinados com jogos de circo, com os trabalhos forçados, *ad modum*, *ad metallum*, nas minas, nas *lataniae*, *laturnae*, *lapicidinae* (imensas e profundas pedreiras, destinadas principalmente aos prisioneiros de guerra). Havia também a perda do direito de cidade, a infâmia, o exílio (*a interdictio aqua et igni* tornava impossível a vida do condenado). Os cidadãos de classes inferiores e, em particular, os escravos, eram submetidos à tortura e a toda sorte de castigos corporais. (NOGUEIRA, 1956, p. 22)

Para descrever essa violência penal, Foucault afirma:

Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris aonde devia ser levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; em seguida, na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. (FOUCAULT, 1999, p. 8)

Ao comentar o julgamento real de Guglielmo Piazza, Verri narra:

Comove toda a humanidade a cena da segunda tortura com a corda de cânhamo que, deslocando as mãos, fazia com que elas se dobrassem sobre os braços, enquanto o osso do ombro saía de sua cavidade. Guglielmo Piazza exclamava enquanto se preparava o novo suplício: *Me matem que vou gostar, porque a verdade eu já disse*, e depois, enquanto se iniciava o cruelíssimo deslocamento das juntas, dizia: *Que me matem os que estão aqui*. Depois, aumentando a tortura, gritava: *Oh Deus, estou sendo assassinado, não sei nada, e se soubesse alguma coisa não estaria até agora sem dizer*. O martírio prosseguia e aumentava gradualmente. (VERRI, 2000, p. 22)

É explicado por Foucault que no século XVIII a maior parte da legislação europeia permitia arrebentar um acusado sobre uma roda, para depois torturá-lo por açoite até que perdesse os sentidos. Depois de açoitar o acusado, ele seria suspenso por correntes e deixado para morrer de fome. A marca de ferro como imposição de suplício físico ao criminalmente acusado, segundo Foucault, foi abolida na Inglaterra em 1834 e na França em 1832, mas o uso do chicote permaneceria em alguns sistemas penais como na Rússia e na Prússia.

Como descrevem Colen e Castilho, para Foucault a imposição do martírio físico possuía um significado:

Para tanto, a pena, para ser considerada suplício, deve obedecer a alguns critérios, tais como produção de uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar. O suplício, segundo o autor francês, deve corresponder, com o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade e o tempo dos sofrimentos, à gravidade do crime, à pessoa do criminoso e ao nível social das vítimas. (COLEN e CASTILHO, 2021, p. 29)

O castigo penal, como arte da imposição das sensações insuportáveis ao corpo, admitia a tortura, o suplício e o sofrimento como retribuição para o crime. A violência física era extrema e não eram raros os casos de pessoas sendo crucificadas, queimadas vivas ou mutiladas por aqueles que detinham o poder de punir.

Não é possível determinar ao certo a origem da imposição do martírio como castigo criminal, mas no século XVIII, nas suas Observações sobre a tortura, Verri desconfia de como a prática da imposição de intenso sofrimento físico foi introduzida no sistema penal:

A invenção da tortura, a cremos em *Ramée, Constit. Criminal.*, art. 58 e Juan Luis Vives, nos comentários a S. Agost, *De Civit. Dei, lib. XIX, cap. VI*, deve ser atribuída ao último rei de Roma, Tarquínio, o Soberbo, A Massêncio e a Falarides, cabe louvar o criminalista Remée, pois aos menos escolheu judiciosamente três conhecidíssimos tiranos. [...] A origem de uma invenção tão feroz ultrapassa os limites da erudição, e é provável que a tortura seja tão antiga quão antigo é o sentimento do homem de dominar despoticamente outro homem, quão antigo é o caso de que nem sempre o poder vem acompanhado pelas luzes e pela virtude. (VERRI, 2000, p. 99)

Pelas lições de Alves:

As penas corporais são as que tendem a punir o culpado através da dor. As penas incidem sobre o corpo e o afligem. As que contendem com as faculdades activas ou passivas das pessoas. As que tendem ao derramamento de sangue, à amputação de membros, à dor ou à pura incomodidade. (ALVES, 2019, p. 302).

Como explica Colen e Castilho (2021), as marcas trazidas pelos suplícios no corpo do condenado serviriam para demonstrar a força e o triunfo da justiça.

No contexto brasileiro, o uso da pena enquanto imposição de suplício físico e elemento de crueldade, pode ser exemplificado na condenação de Tiradentes³. Ele foi executado e esquartejado e o seu sangue foi utilizado para lavar a certidão de que estaria cumprida a sentença. Sua cabeça decapitada foi erguida num poste onde hoje se localiza a cidade mineira de Ouro Preto e os seus restos mortais foram espalhados pelas estradas.

É possível afirmar que nos dias de hoje a lei penal brasileira não determina a imposição desse tipo de sofrimento àquele que sofre a intervenção penal. Todavia, os registros históricos, alguns de conhecimento notório, demonstram que no Brasil e no mundo a violência cruel imposta pelo Estado ao indivíduo esteve amparada, quase sempre, no discurso de reprovação do mal do crime com o mal da pena.

Além de Tiradentes, é possível mencionar apenas por interesse de registro, a condenação imposta a Sócrates ou aos milhares de torturados e mortos pelo regime nazista durante o período da Segunda Guerra Mundial. Também cabe mencionar a condenação criminal imposta a Jesus Cristo, que foi obrigado a carregar a cruz pela qual seria crucificado vivo.

Apesar das diferenças temporais entre as condenações de Sócrates, Jesus ou Tiradentes, elas guardam um mesmo estilo de utilização da sanção penal, que leva em consideração a pena como imposição de castigo físico.

Por outro lado, como salienta Cernelutti (2009), é possível medir o avanço de uma sociedade pela forma que ela trata o seu criminoso. Talvez por isso, aos poucos, procurou-se amenizar a intensidade das sanções penais.

Ao comentar essa questão, afirmam Colen e Castilho:

A partir do século XVIII, há um aumento gradativo da insatisfação contra a crueldade das penas corporais. Tal inconformismo, como nos informa FOUCAULT (2017; p. 73), vem de diversos setores, tais como filósofos,

³ MARCHIONI e BAZAGLIA. Disponível em <https://www.justificando.com/2020/04/21/o-processo-de-tiradentes-e-sua-surpreendente-semelhanca-com-atuais-procedimentos-penais/>. Consulta realizada em 17 de setembro de 2021.

teóricos do direito, magistrados e, até mesmo, de legisladores. Alegava-se que as penas corporais revelavam, na verdade, o excesso, a sede de vingança sem limites do poder soberano que se materializava na nobreza, mais especificamente na figura do Rei. (COLEN e CASTILHO, 2021, p. 27)

A diminuição da intensidade do castigo é tida por Foucault (1999, p. 12), de forma descritiva, como “uma certa discrição na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação”.

Ao descrever o desaparecimento desse sofrimento extremo, Foucault afirma:

No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal. No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo. Nessa transformação, misturaram-se dois processos. Não tiveram nem a mesma cronologia nem as mesmas razões de ser. De um lado, a supressão do espetáculo punitivo. O cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração. A confissão pública dos crimes tinha sido abolida na França pela primeira vez em 1791, depois novamente em 1830 após ter sido restabelecida por breve tempo; o pelourinho foi supresso em 1789; a Inglaterra aboliu-o em 1837. As obras públicas que a Áustria, a Suíça e algumas províncias americanas como a Pensilvânia obrigavam a fazer em plena rua ou nas estradas — condenados com coleiras de ferro, em vestes multicores, grilhetas nos pés, trocando com o povo desafios, injúrias, zombarias, pancadas, sinais de rancor ou de cumplicidade — são eliminados mais ou menos em toda parte no fim do século XVIII, ou na primeira metade do século XIX. O suplício de exposição do condenado foi mantido na França até 1831, apesar das críticas violentas — “cena repugnante”, dizia Real; ela é finalmente abolida em abril de 1848. Quanto às cadeias que arrastavam os condenados a serviços forçados através de toda a França, até Brest e Toulon, foram substituídas em 1837 por decentes carruagens celulares, pintadas de preto. A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um “fecho” ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes. (FOUCAULT, 1999, p. 13)

Com o abandono da imposição pública de sofrimento ao condenado, o Estado não assumiria mais, ao menos publicamente, a violência que estaria ligada ao exercício do poder de punir.

Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício. O fato de ela matar ou ferir já não é mais a glorificação de sua força, mas um elemento intrínseco a ela que ela é obrigada a tolerar e muito lhe custa ter que impor. (FOUCAULT, 1999, p. 13)

Há uma sugestão no texto de Foucault que o abandono do suplício público, dentre outros motivos, ocorre também para que a sociedade não veja a humanidade do condenado, pois a partir do momento em que se reconhece o criminoso como um ser humano, poder-se-ia criar com ele certa empatia.

[...] os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração. (FOUCAULT, 1999, p. 13)

O texto de Foucault foi publicado originalmente na segunda metade do século passado, mas já no século XVIII, Verri demonstrava a falta de sentido na imposição de intenso sofrimento à pessoa acusada por algum crime:

Se o crime é certo, os tormentos são inúteis, e a tortura é aplicada desnecessariamente, mesmo que constituísse um meio para desvendar a verdade, já que, entre nós, o réu sabidamente culpado é condenado, ainda que não confesse o crime. Neste caso, portanto, a tortura seria uma injustiça, porque não é justo fazer um homem padecer desnecessariamente, e padecimento da maior gravidade. (VERRI, 2000, p. 95)

No mesmo sentido, Beccaria:

Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado. (BECCARIA, 2001, p. 31)

Dallari, por sua vez:

Praticar tortura contra uma pessoa é uma forma covarde de cometer violência física, psíquica e moral, fazendo sofrer a vítima, degradando o próprio torturador e agredindo valores que são de toda humanidade. Tem havido momentos na história humana em que a prática de violência se torna rotina. (DALLARI, 2000, p. VII)

A par do abandono da previsão legal da imposição pública de sofrimento intenso, é possível afirmar que as penas possuíam uma essência inegavelmente aflitiva, sendo que ao corpo do condenado era imposto um intenso martírio físico. Mas também é inegável que a violência sobre o corpo não deixou de permear a aplicação da sanção penal:

Dir-se-á: a prisão, a reclusão, os trabalhos forçados, a servidão, a interdição de domicílio, a deportação — que parte tão importante tiveram nos sistemas penais modernos — são penas “físicas”: com exceção da multa, se referem diretamente ao corpo. [...] O corpo encontra-se aí em posição de instrumento ou de intermediário; qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem. Segundo essa penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. (FOUCAULT, 1999, p. 15)

Mesmo a história do direito penal tendo caminhado para o abrandamento das penas de natureza cruel, a imposição de violência extrema resistiu nos ordenamentos jurídicos, como no exemplo da aplicação da pena de morte.

A pena de morte que outrora era aplicada de forma torturante, pelo desmembramento de partes do corpo, esquartejamento, crucificação ou pelas fogueiras, quando pessoas eram queimadas vivas, passou a ser mais “civilizada”, pela utilização do enforcamento, guilhotina ou por injeções letais. Quanto a isso, o que se pode dizer é que a morte cruel foi abandonada, mas a crueldade da pena de morte insistiu em permanecer.

Nesse ponto é importante ressaltar as lições de Beccaria, para quem o assassinato tão reprovável pela sociedade, é tolerado quando aplicado pelo Estado.

Ao que parece, o Estado que nas lições de Hobbes (2003) é um mal necessário, seria o verdadeiro lobo do homem.

Como Foucault explica, foi em meados do século XIX que o grande espetáculo da punição física começou a desaparecer, excluindo-se da visão pública a encenação da dor. O desaparecimento dos suplícios foi mais ou menos alcançado no período compreendido entre 1830 e 1848.

Desaparece, destarte, em princípios do século XIX, o grande espetáculo da punição física: o corpo supliciado é escamoteado; exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva. Podemos considerar o desaparecimento dos suplícios como um objetivo mais ou menos alcançado, no período compreendido entre 1830 e 1848. Claro, tal afirmação em termos globais deve ser bem entendida. Primeiro, as transformações não se fazem em conjunto nem de acordo com um único processo. Houve atrasos. Paradoxalmente, a Inglaterra foi um dos países mais reacionários ao cancelamento dos suplícios: talvez por causa da função de modelo que a instituição do júri, o processo público e o respeito ao *habeas-corpus* haviam dado à sua justiça criminal; principalmente, sem dúvida, porque ela não quis diminuir o rigor de suas leis penais no decorrer dos grandes distúrbios sociais do período 1780-1820. Por muito tempo, Romilly, Mackintosh e Fowell Buston não conseguiram atenuar a multiplicidade e o rigor das penas previstas na lei inglesa — esta “terrível carnificina”, dizia Rossi. Sua severidade (ao menos nas penas previstas,

uma vez que sua aplicação se afrouxava à proporção que a lei parecia excessiva aos olhos dos júris) havia aumentado, pois em 1760 Blackstone constataria a existência de cento e sessenta crimes capitais, na legislação inglesa, que somavam duzentos e vinte e três em 1819. Devemos levar em consideração também as acelerações e recuos que o processo global seguiu entre 1760 e 1840, a rapidez da reforma em certos países, como a Áustria, a Rússia, os Estados Unidos, a França no momento da Constituinte, depois, o refluxo da Contra- Revolução na Europa e o grande temor social de 1820 a 1848; as modificações, mais ou menos temporárias, ocasionadas pelos tribunais ou pelas leis de exceção; a distorção entre a teoria da lei e a prática dos tribunais (longe de refletir o espírito da legislação). Tudo isto torna bem irregular o processo evolutivo que se desenvolveu na virada do século XVIII ao XIX. (FOUCAULT, 1999, p. 19)

É preciso deixar claro que o poder sobre o corpo não deixou de existir totalmente até meados do século XIX. Não há dúvidas de que a pena não seria mais focada na técnica do martírio, mas é importante ressaltar que a privação pura e simples da liberdade, de certa forma, não deixa de ser uma expiação imposta ao corpo.

Nos ordenamentos jurídicos atuais, a vedação à imposição de violência extrema ao condenado encontra expressa disposição. O texto constitucional brasileiro prevê em seu artigo 5º, inciso III, que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante; no mesmo artigo, inciso XLVII, alínea “e”, há a previsão de que não haverá penas de natureza cruel. A legislação brasileira ordinária, inclusive, conforme pode ser extraído da Lei 9.455 de 1997, criminaliza a prática de tortura.

A lei brasileira está de acordo com o artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), com o artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e com o artigo 1º das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela), que trazem o direito à integridade física e a vedação à prática de tortura e de tratamento cruel.

Não é possível negar que a história da pena seja uma história de violência. Por outro lado, com base na literatura e na evolução da legislação, é possível afirmar que a história da dogmática penal é uma história de luta para limitação dessa violência.

A diminuição da intensidade do sofrimento penal imposto ao condenado ocorreu, dentre outros fatores sociais, em razão do desenvolvimento da ciência penal que, nas lições de Brandão (2019), consistiram em esforços para legitimar e

justificar o poder de punir atribuído ao Estado. Na mesma linha Alves (2019) sustenta, quando trata da crítica e da humanização das leis, que a doutrina advoga pela postergação das penas cruéis, que são desproporcionais e inúteis.

A dogmática, como forma de conhecimento e aperfeiçoamento do direito penal, possibilitou, o desenvolvimento de institutos que foram pensados no intuito de limitação do poder de punir. O desenvolvimento de alguns desses institutos será visto a seguir.

2.1 O desenvolvimento da dogmática como forma de limitação da violência penal

Partindo da premissa do reconhecimento da pena como a reação violenta do Estado frente à prática criminosa, a dogmática penal (paralelamente a outros fatores sociais) desenvolveu formas, ao longo da sua história, de limitação desse poder. A título de exemplo é possível citar, conforme preceitua Brandão (2019), que no século XVIII Beccaria lançaria as primeiras bases para o desenvolvimento do princípio da legalidade que viria a ser desenvolvido por Feurbach no Século XIX. Cita-se ainda, segundo o mesmo autor, a teorização da culpabilidade por Karl Binding e da tipicidade por Ernst Von Beling. A própria construção da noção de bem jurídico foi desenvolvida com vias de limitação da intervenção penal.

Quando escreve o texto Dos delitos e das penas no século XVIII, Beccaria lança as bases para o princípio da legalidade. Todavia, mesmo antes dele, por volta do ano de 1215, conforme descrevem Colen e Castilho, a Magna Carta Inglesa editada pelo Rei João Sem Terra, já traria no seu artigo 39 algo parecido com aquilo que foi descrito pelo Marquês Bonensana.

Durante a Baixa Idade Média, retoma-se a discussão do direito. E, nesta nova fase, promulga-se a Magna Carta de João Sem Terra em 1215 e que representa o embrião do princípio da legalidade. Na esteira de Yacobucci (1998), não podemos nos esquecer da importância da Carta Magna de 1215. (COLEN e CASTILHO, 2021, p. 37)

De toda forma, foi com a Revolução Francesa que o referido princípio teria encontrado coro nos ordenamentos penais, como forma de limitação da intervenção estatal.

No Brasil o princípio da legalidade está positivado na legislação penal desde o Código Criminal do Império de 1830. O artigo primeiro desse código previa que não haveria delito sem uma lei anterior que o qualificasse⁴. Por ele, é preciso compreender que a lei asseguraria à pessoa que ela não seria punida se não houvesse uma previsão legal antecedente, que descrevesse a conduta por ela praticada como sendo uma conduta criminosa.

Nas lições de Ferrajoli:

O princípio de mera legalidade que atua, conforme a fórmula *nulla poena, nullum crimen sine lege*, como norma de reconhecimento de todas as prescrições penais legalmente vigentes ou positivamente existentes, e somente delas, tem para o jurista o valor de uma regra metacientífica, que chamarei de *primeiro postulado do positivismo jurídico*: trata-se, mais precisamente, de uma regra semântica que identifica o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que somente as leis (e não também a moral ou outras fontes externas) dizem o que é delito e que as leis somente dizem o que é delito (e não também o que é pecado). (FERRAJOLI, 2010, p. 344)

A Constituição brasileira prevê no seu art. 5º, inciso XXXIX, que não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal. Na mesma literalidade é o art. 1º do Código Penal que vigora desde 1940.

Na estreita compreensão da previsão do princípio da legalidade, é possível afirmar que: a) para que uma conduta seja considerada criminosa, ela deve ser prevista em lei; b) a lei que prevê o crime, para que seja aplicada, deve ser anterior à ação criminosa; c) a pena cominada deve estar dentro do parâmetro descrito pela lei penal, sendo anterior ao fato criminoso e; d) a lei penal, por tal razão, não poderá retroagir para alcançar fatos pretéritos.

O desenvolvimento do princípio da legalidade foi importante, porque ele veda a aplicação da pena sem uma regra positivada.

Como preleciona Toledo:

[...] da afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição de invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou agravação da pena, como ocorreu no direito romano e medieval. (TOLEDO, 1994, p. 25)

Para Beccaria:

⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Consulta realizada em 17 de setembro de 2021.

A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei. (BECCARIA, 2001, p. 11)

Mesmo sem observar necessariamente um rigor metodológico, Beccaria ajudou na construção e desenvolvimento do princípio da legalidade como forma de limitação da intervenção penal.

O princípio da legalidade é importante, pois como ensina Brandão (2019), a tipicidade como primeiro elemento do conceito de crime seria definida por uma relação de adequação entre a conduta humana e a lei penal positivada.

Brandão pondera que:

Quando falamos especialmente em Direito Penal, nem todas as formas de comportamento humano possuem relevância. Para que a multirreferida conduta seja penalmente relevante, o legislador precisa reduzi-la a um tipo. [...] Em síntese: a questão da relação de correspondência que se verifica entre uma ação que se deu historicamente no espaço e no tempo e a imagem conceitual expressada, sob ameaça de uma pena, em uma lei – que é a tipicidade – possibilita a afirmação e o cumprimento do Princípio da Legalidade no direito penal. (BRANDÃO, 2019, p.111/112)

O princípio da legalidade, previsto pela fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege*, transformado em axioma por Ferrajoli, apresenta-se como uma construção de inegável importância para a limitação da intervenção penal. Com a legalidade, o julgador que outrora possuía ampla disposição sobre o corpo do acusado, tanto para definir o que era o crime, quanto para aplicar a pena que entendia cabível, teria agora uma restrição sobre o seu poder de punir.

Além da legalidade, o desenvolvimento do instituto da culpabilidade surgiu, também, para limitar o poder estatal na aplicação da pena. Como ensina Brandão (2019), a culpabilidade pode ser entendida como o juízo de reprovação ou censura que recai sobre a pessoa que comete um fato definido como crime. Ele se expressa pelo axioma garantista da *nulla actio sine culpa*.

De origem na dogmática alemã, a culpabilidade limitaria o âmbito de intervenção penal, pois segundo Brandão:

Quando se diz que a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, diz-se que a mesma é um juízo que recai sobre a pessoa. Por isso diz-se que a culpabilidade é o elemento mais importante do crime, porque o Direito Penal há muito abandonou a responsabilidade pelo resultado, ou a

responsabilidade objetiva, para debruçar-se sobre a responsabilidade pessoal. Na referenciada responsabilidade objetiva não se fazia nenhuma indagação sobre os motivos que levaram o agente a cometer o delito, mas somente interessava o resultado do dano.

A culpabilidade, pois, veio romper definitivamente com a responsabilidade objetiva. (BRANDÃO, 2019, p. 216)

Sobre o surgimento da culpabilidade, salienta Roxin:

El pensamiento naturalista de finales del siglo XIX, que intentaba reconducir todos los conceptos jurídicos e datos empíricos explicables por las ciencias naturales, desarrolló el "concepto psicológico de culpabilidad [...]"; según el mismo, la culpabilidad se concebía como la relación subjetiva de sujeto con el resultado⁵. (ROXIN, 1997, p. 794)

Como descreve Baqueiro (2016), o conceito de culpabilidade será desenvolvido por Claus Roxin na projeção limitadora do poder de punir a ser exercido pelo Estado. Isto porque, conforme preceitua Baqueiro, a culpabilidade está no sentido de que o sujeito será penalmente responsável somente quando ele souber que existem as opções de atuar em conformidade ou em desconformidade com o direito.

Para Ferrajoli:

A terceira condição material requerida pelo modelo garantista, como justificação do "quando" e do "que" proibir, é a da culpabilidade. No sistema SG, expressa-se no axioma *nulla actio sine culpa* e nas teses que dele derivam: *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla iniuria sine culpa* (T15, T23 e T30). Por exigir dita condição, que corresponde ao chamado "elemento subjetivo" ou "psicológico" do delito, nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; consequentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer. (FERRAJOLI, 2010, p. 447)

A par de possíveis divergências sobre as teorias da culpabilidade, o certo é que assim como a legalidade, ela foi desenvolvida como forma de limitação da ação do Estado, no momento da intervenção penal.

Da mesma, no intuito de restringir o uso da violência da pena, diversos outros institutos penais foram criados como forma de limitá-la. Como dito no início

⁵ Tradução livre: O pensamento naturalista de finais do século XIX que tentou reconduzir todos os conceitos jurídicos e dados empíricos explicáveis pelas ciências naturais, desenvolveu o conceito psicológico da culpabilidade [...]; segundo ele, a culpabilidade se concebe com a relação psicológica entre o sujeito e o resultado.

deste tópico, a própria ideia de bem jurídico foi desenvolvida como forma de restrição da violência praticada pelo Estado na hora da imposição da sanção.

Como preceitua Brandão:

Em todas as condutas incriminadas há, pois, um valor tutelado, e esse valor é chamado de bem jurídico. [...] Materialmente, o crime é definido como violação ou exposição a perigo do bem jurídico. A definição legal de crime desvinculada do bem jurídico representaria um corpo sem alma. Ao contrário, o bem jurídico desacompanhado da definição legal de crime significaria uma alma à procura de um corpo inexistente. O crime, portanto, encontra sua essência na síntese do seu significado material e do seu significado formal, isto é, na síntese do preceito da norma com o bem jurídico tutelado. (BRANDÃO, 2019, p. 38)

A proposição do bem jurídico foi teorizada para limitar a utilização do direito penal, pois por mais elevada que seja a sua magnitude, nenhum dano seria penalmente relevante se um bem jurídico não sofresse lesão ou ameaça de lesão.

A lesão ao bem jurídico determinará o âmbito de aplicação do direito penal, sendo que o princípio da lesividade, descrito por Ferrajoli pelo axioma *nulla necessitas sine injusria*, traz que não há atuação do direito penal se não houver efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Para Ferrajoli, a necessidade da lei penal fica adstrita à natureza lesiva do resultado, ou seja, aos efeitos que o resultado produz. As ponderações, razões e dimensões para surgimento da proibição penal serão a partir dos danos causados.

De acordo com este princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação. Em consequência, os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas - materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis - passivas de serem descritas, enquanto tais, pela lei penal. (FERRAJOLI, 2010, p. 440).

Quando um ato proibido não gera dano ou quando a proibição legal é imprestável para impedir esse dano, para Ferrajoli a proibição penal não faria nenhum sentido.

A proibição de atos internos e, em geral, a responsabilidade penal sem ação contradizem, sob esses dois aspectos, o princípio de utilidade. E, ademais, contrastam, desde a mesma perspectiva, com a função preventiva da pena e como próprio princípio de legalidade, que pressupõe o requisito de materialidade, cuja base utilitarista compartilham, seja no sentido de que a tarefa do direito é a de prevenir e proibir ações danosas e não a de estigmatizar a maldade humana, nem de sacrificar bodes expiatórios por

males que não realizaram, seja querendo significar que somente as ações externas, e não as internas, podem ser eficazmente proibidas e prevenidas pela lei. (FERRAJOLI, 2010, p. 441)

No mesmo contexto:

Desde a formulação de Binding, o bem jurídico é visto como um valor. Binding o definiu como um valor social, o que fez com que essa instituição penal não tivesse pertinência com a vida privada, nem com a correspondente esfera desse setor, o direito privado. (BRANDÃO, 2019, p. 190)

Hassemer assevera:

La función fundamental de la doctrina de los bienes jurídicos era y es – con toda las diferencias de origen y concepto – negativa y crítica del Derecho (aun cuando la negatividade constituía una contradicción de la potencia crítica): el legislador debía castigar sólo aquellos comportamientos que amenazaban un bien jurídico; los actos que sólo atentaban a la moral, a valores sociales o contra el soberano debían excluirse del catálogo de delitos⁶. (HASSEMER, 1991, p. 31)

Decorrendo do desenvolvimento teórico sobre o bem jurídico e consequentemente sobre a lesividade, a dogmática avançou para descrever as características da intervenção mínima e da fragmentariedade, inerentes ao direito penal.

O caráter fragmentário condiciona que nem todos os ilícitos serão ilícitos penais, sendo que o direito penal será direcionado essencialmente aos atos que atentem contra os valores exclusivamente fundamentais.

A experiência jurídica representa uma laboração voltada para a especificação de uma forma de tutela ou garantia do que se considera socialmente valioso. Muito embora exista alguma discordância entre os autores sobre as funções do Direito Penal, o processo de eleição das condutas criminosas não pode olvidar as noções do que seja conduta lesiva ou potencialmente lesiva aos bens que, juridicamente, almeja-se proteger. (GALVÃO, 2011, p. 114).

A previsão da fragmentariedade autoriza afirmar que a intervenção penal seja a *ultima ratio*, ou seja, o direito penal será a última fase de proteção ao bem juridicamente tutelado.

⁶ Tradução livre: A função fundamental da doutrina dos bens jurídicos era e é – com todas as diferenças de origem e conceito – negativa e crítica do Direito (ainda que a negação constitua uma contradição da potência crítica): o legislador deve castigar somente os comportamentos que ameaçam um bem jurídico; os atos que só atentam contra a moral, contra valores sociais ou contra o soberano, devem ser excluídos dos castigos penais.

No âmbito da legalidade, o caráter fragmentário prevê que a criação dos tipos penais leve em consideração somente as situações nas quais os demais ramos do direito tenham falhado. A preocupação se dá no sentido de que o direito penal seja voltado aos comportamentos fragmentários (específicos), tendo por poder-dever a tutela daqueles bens jurídicos tidos como mais importantes.

Vale notar que nem todos os bens jurídicos recebem tutela específica do Direito Penal. Os bens que se encontram juridicamente protegidos pelas normas penais são aqueles que exigem proteção especial, por se revelarem insuficientes as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em seus aspectos extrapenais. (GALVÃO, 2011, p. 115).

Ensina Brandão (2019, p. 111), “que quando falamos especificamente em direito penal, nem todas as formas de comportamento humano possuem relevância”.

Pelas lições de Galvão:

Eleger uma conduta como criminosa, necessariamente, deve orientar-se pela finalidade protetiva do bem juridicamente tutelado. O estabelecimento de modelos comportamentais proibidos que não representam real ou potencial ofensa ao bem jurídico caracteriza um sistema penal arbitrário e que se fundamenta na repressão do indivíduo pelo seu modo de ser ou de pensar. (GALVÃO, 2011, p. 115).

A intervenção mínima, com a mesma orientação dada pelo princípio da fragmentariedade, aparece com a premissa de não admissibilidade de uma imputação criminal sem a estrita necessidade de uma atuação tão adversa quanto à prescrita pela lei penal.

A intervenção mínima deve ser compreendida como uma importante prudência na definição de quais serão as ações merecedoras de tutela pelo direito penal.

A necessidade social deve ser o critério justificador fundamental para a intervenção das normas incriminadoras. Em sentido material, o Estado Democrático de Direito concebe um Direito Penal destinado a produzir os ideais de um Estado justo. O Direito Penal realiza as mais graves interferências na esfera de liberdade individual, e, conforme determina a Constituição Federal, deve ser preocupação fundamental da política criminal a preservação da dignidade da pessoa humana. A utilização desenfreada do Direito Penal importa em ofensa à dignidade da pessoa humana, na medida em que a intervenção venha a ser desnecessária. (GALVÃO, 2011, p. 116).

A proposição trazida está em que o ordenamento jurídico deverá manejar os meios menos lesivos para proteção dos bens juridicamente tutelados. Beccaria já advertia que o castigo deveria ser o menos nocivo ao corpo do condenado. Nesse contexto, se o bem jurídico que solicita proteção é adequadamente tutelado por outro ramo do direito, o direito penal deverá ser dispensado.

Pelas características da fragmentariedade e da intervenção mínima, é importante ressaltar que ainda que exista a previsão típica de proteção pelo direito penal, ele não poderá ser utilizado se a questão for satisfatoriamente resolvida pela atuação de outro direito válido democraticamente, como o direito administrativo ou o direito civil.

O ordenamento jurídico deve utilizar, em primeiro lugar, as formas menos gravosas de proteção aos bens jurídicos. Somente quando é ineficaz a proteção oferecida pelas formas menos gravosas disponíveis é que o Estado poderá lançar mão da intervenção penal. A atividade punitiva é a última razão de um Direito que respeita a dignidade da pessoa humana, nunca a primeira.

Por isso, o princípio da intervenção mínima significa que a intervenção do direito penal deve restringir-se ao mínimo necessário à manutenção da harmonia social. Não se pode admitir exagero na incriminação ou na punição. (GALVÃO, 2011, p. 116).

É importante esclarecer que aqui não houve a preocupação em se fazer uma descrição taxativa dos institutos desenvolvidos pela dogmática penal que foram criados com o fim de limitar o arbítrio do Estado. A descrição é exemplificativa e foi colocada apenas para demonstrar que a legalidade, a culpabilidade, o bem jurídico e tantos outros mecanismos surgiram não apenas para justificar, mas principalmente para limitar o uso da violência estatal.

Como dito no início, a história da pena é uma história de violência, mas também há uma história de desenvolvimento científico com a finalidade de limitação dessa violência. Afinal, esse é o papel histórico de desenvolvimento da dogmática penal.

Que a pena é a violência exercida pelo Estado contra a pessoa, não há dúvidas. Quanto à necessidade de limitação dessa violência, Mangiameli explica:

Proporcional e humana, ou seja, deve ser banido na execução da pena todo e qualquer inútil suplemento aflitivo, todo e qualquer supérfluo tratamento cruel, desumano e discriminatório. A pena deve ser suave, deve atingir o autor do que crime que é a sua vontade que deve ser o alvo da reação penal, que deve ser negada, e não o seu corpo, o qual deve permanecer, mesmo na aflição penal, intangível. (MANGIAMELI, 2019, p. 72)

Por outro lado, ficaria a pergunta: os institutos desenvolvidos até o momento foram ou são suficientes para a limitação da violência pelo Estado?

Como se verá, apesar do desenvolvimento da dogmática, a violência insiste em permanecer.

2.2 A persistência da violência penal

Como dito anteriormente, a sociedade contemporânea caminhou no sentido da diminuição dos suplícios públicos impostos ao condenado. A pena outrora tida como um espetáculo público de imposição de sofrimento passou a ter outras finalidades.

Todavia, ainda que a dogmática penal tenha se desenvolvido para limitar a intervenção do Estado, não podemos esquecer as lições de Zaffaroni:

Entre los formados en el derecho suele reiterarse la afirmación de que *una cosa es la doctrina y otra la práctica del derecho penal*, esgrimida como explicación de la desilusión de quienes, como estudiantes, encontraron en el derecho penal a su *primera novia*, pero luego siguieron otros caminos científicos o profesionales⁷. (ZAFFARONI, 2020, p. 4)

Zaffaroni (2020, p. 4) adverte que há um distanciamento entre a teoria e a prática do direito penal, deixando claro que o punitivismo demagógico é “la afirmación de que el derecho es un mero instrumento de las clases dominantes”⁸.

Resta claro que o direito vigente é uma escolha política e como ensina Karnal (2017), política é historicamente o exercício e o monopólio de poder.

Pelas lições de Foucault:

Postulado de la legalidade (sgún el cual el poder del Estado se expresa por médio de la ley). Debe ponerse en juego otra comprensión de la ley: entender la ley no como lo que demarca limpiamente dos dominios - legalidade-ilegalidad -, sino com um procedimiento por médio del cual se gestionan ilegalismos. Ilegalismos que la ley permite o inveta como privilegios de classe⁹. (FOUCAULT, 2015, p.15)

⁷ Tradução livre: Entre os formados em direito cabe reitera a afirmação de que uma coisa é a doutrina e outra a prática do direito penal, expressada na explicação da desilusão de quem como estudante, encontrou no direito penal a sua primeira namorada, mas logo seguiu outros caminhos profissionais.

⁸ Tradução livre: A afirmação de que o Direito é um mero instrumento das classes dominantes.

⁹ Tradução livre: Postulado de legalidade (segundo o qual o poder do Estado se expressa na lei). Outro entendimento do direito deve ser colocado em jogo: entendendo o direito não como aquilo que demarca claramente dois domínios - legalidade-ilegalidade -, mas como um procedimento por meio

A crítica de Zaffaroni é no sentido de que no Brasil e na América Latina como um todo, seria impossível afirmar que as penas aplicadas aos condenados se dariam apenas dentro dos limites legais.

Es hoy imposible afirmar que en Latinoamérica sólo se ejerce el poder punitivo dentro de los límites señalados normativamente.

Quizá desde la criminología más o menos radicalizada pueda sostenerse que se trata de un fenómeno mundial, pero incluso admitiendo esta observación, lo cierto es que en nuestra región las manifestaciones ilícitas del poder punitivo son harto evidentes. Muchísimos de esos ilícitos consisten en delitos cometidos por funcionarios, la gran mayoría impunes, o sea que, en la práctica, son tratados como conductas atípicas¹⁰. (ZAFFARONI, 2020, p. 3)

Zaffaroni explica inicialmente, que de forma completamente destoante da previsão legal, a violência estatal é exercida ilicitamente pelos policiais e pelos agentes penitenciários.

Ele explica:

El poder punitivo ejercido en forma ilícita –típica o no– es un viejo problema en la región. Nos referimos a las conductas ilícitas imputables a funcionarios policiales o penitenciarios, como también a terceros, por omisión de los anteriores. En primer lugar, no podemos ignorar que en nuestra región se siguen registrando desapariciones forzadas, aunque no todas ellas son imputables a funcionarios estatales, sino a violencia en Estados deteriorados, que han perdido el relativo monopolio del poder punitivo. Esto no significa que no las haya imputables a funcionarios, como el triste caso de los estudiantes de Ayotzinapa. Fura de estos casos extremos, deben entrar en consideración –por su gravedad– las ejecuciones sin proceso, que son de antigua data y en ocasiones surgen como brotes y en otras son ya normalizadas. Se trata de la *pena de muerte real* en la región, donde el derecho la abolió formalmente, salvo algunos países del Caribe¹¹. (ZAFFARONI, 2020, p. 5)

do qual as ilegalidades são administradas. Ilegalismos que a lei permite ou inventa como privilégios de classe

¹⁰ Tradução livre: Hoje é impossível afirmar que na América Latina só se exerce o poder punitivo dentro dos limites assinalados pela lei. Quiçá, desde a criminologia mais ou menos radical possa sustentar que se trata de um fenômeno mundial, mas inclusive admitindo esta observação, é certo que na nossa região as manifestações ilícitas do poder punitivo são fartamente evidentes. Muitos desses ilícitos consistem em delitos cometidos por funcionários, a grande maioria impunes, ou seja, que na prática são tratados como condutas atípicas.

¹¹ Tradução livre: O poder punitivo exercido de forma ilícita – típica ou não – é um velho problema na região. Nos referimos às condutas ilícitas imputáveis aos funcionários policiais ou penitenciários, como também a terceiros por omissão dos anteriores. Em primeiro lugar, não podemos ignorar que em nossa região se seguem registrando desaparecimentos forçados, ainda que nem todas sejam imputáveis a funcionários estatais, sendo que a violência nos Estados pouco desenvolvidos é sinal que perderam relativo monopólio do poder punitivo. Isto não significa que não haja imputações aos funcionários, como no triste caso dos estudantes de Ayotzinapa. Fora destes casos extremos, devem ser levados em consideração – por sua gravidade – as execuções sem processo, que são de antiga

Descrevendo a violência policial à margem do lícito exercício do direito penal, Zaffaroni ressalta a impunidade dos agentes estatais. O autor dá a entender, que a violência policial é impunível, que está fora da autorização dada por lei e que é uma forma de violência penal informal. Apesar de não prevista em lei, estaria de certa forma institucionalizada nos países da América Latina, quiçá em todos os ordenamentos jurídicos.

Cuando estas lesiones configuran conductas típicas de los funcionarios, en gran medida resultan impunes, dada la dificultad para su investigación o la poca o nula atención que le dispensan los tribunales abarrotados de causas por hechos de menor gravedad, como también por la falta de denuncia, ante la amenaza de represalias por parte de los mismos funcionarios o de sus agencias¹². (ZAFFARONI, 2020, p. 6)

Exemplos de violência policial sob a justificativa de combate à criminalidade não são raros. No Brasil, é possível citar o caso de Paraisópolis¹³ ocorrido em 2019, o caso das crianças mortas por balas perdidas em ações policiais no Rio de Janeiro¹⁴, também em 2019, o caso de 2017, quando uma pessoa morreu ao ficar presa em uma cela ao céu aberto¹⁵, ou ainda o caso da punição coletiva acontecida em 2021 em Minas Gerais, quando os presos foram obrigados a ficar sentados, nus, sob o sol¹⁶. Todos estes casos ocorreram à margem da lei e não são situações isoladas. Há uma habitualidade no emprego da violência pelas agências policiais, o que seria descrito por Nietzsche (2007), como atos de indiferença convertidos em situação de poder.

Dallari salienta:

data e em ocasiões são normalizadas. Se trata da real pena de morte na região, sendo que esta foi abolida formalmente pelo direito, ressaltados alguns casos de países do Caribe.

¹² Tradução livre: Quando estas lesões configuram condutas típicas dos funcionários, em grande parte resultam impunes, dada a dificuldade para a sua investigação, ou pela pouca ou nula atenção que lhes dispensam os tribunais, abarrotados de causas por fatos de menor gravidade, como também pela falta de denúncia, ante a ameaça de represálias pelos próprios funcionários ou de suas agências.

¹³ <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/07/30/justica-aceita-denuncia-do-mp-e-torna-reus-12-policiais-militares-acusados-do-homicidio-de-9-jovens-em-paraisopolis.ghtml>

¹⁴ <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/09/23/familias-de-criancas-mortas-por-bala-perdida-no-rj-cobram-respostas-e-contestam-policia-virou-rotina.ghtml>

¹⁵ <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/comerciante-morre-apos-ficar-detido-em-cela-a-ceu-aberto-no-maranhao.ghtml>

¹⁶ <https://g1.globo.com/mg/centro-oeste/noticia/2021/11/11/fotos-de-presos-de-formiga-sentados-enfileirados-nus-e-alguns-almagados-em-penitenciaria-caem-nas-redes-sociais-e-diretor-geral-e-afastado.ghtml>

No século XX foi registrada a prática de torturas nos períodos de guerra e, fora deles, nos regimes de força, essencialmente antidemocráticos. Nos últimos anos houve comprovação de largo uso da tortura, com métodos bastante sofisticados, [...] foi tornada pública a habitualidade da prática de tortura contra os chamados “presos comuns” em grande parte do mundo, mas sobretudo nos países menos desenvolvidos. (DALLARI, 2000, p. XXI)

De toda forma, explica Zaffaroni que essa não seria a maior forma de aplicação de violência penal ilícita pelo Estado. Para ele, inegavelmente o que traz maior assombro seriam as penas ilícitas impostas pelo judiciário, inclusive em razão das péssimas condições dos estabelecimentos prisionais.

Un John Howard moderno verificaría que, si bien no todas las prisiones de nuestra región se encuentran en similares condiciones de deterioro, lo cierto es que arrecia el número de establecimientos en los que la superpoblación excede los márgenes tolerables conforme a los estándares internacionales, en especial los de las Naciones Unidas (que señala una densidad máxima admisible de 120%) y sus reglas mínimas para el tratamiento de las personas privadas de libertad (*reglas Mandela*). [...] Las prisiones, en estas condiciones, pasan a ser instituciones en que no sólo se violan reglas que hacen a la alimentación, cubaje de aire, atención de la salud, sino que degradan al máximo la autoestima de los presos, los somete a servidumbre, ponen en peligro su vida en razón de la violencia interna, siendo impotentes para pedir ayuda o protección al personal de seguridad que, cuando existe, lo es en número por completo insuficiente para cumplir esa función elemental¹⁷. (ZAFFARONI, 2020, p. 9/11)

Para Zaffaroni, não resta dúvida de que a prisão é imposta como forma tortura:

La privación de libertad bajo constante amenaza para la vida y la salud, la subalimentación, el riesgo de enfermedades infecciosas, el sometimiento a grupos violentos de presos –muchas veces humillante y servil–, en dormitorios con hasta tres niveles de camas, provistos de colchones no ignífugos de polietileno (cuya combustión produce asfixia letal por obstaculización de vías respiratorias), escaso o nulo personal de vigilancia, sin un mínimo de privacidad, maltrato a los visitantes, requisas violentas y vejatorias, insuficiente o inexistente personal médico y de enfermería, carencia de medicamentos, se ha considerado por los tribunales

¹⁷ Tradução livre: Um John Howard moderno verificaria que, embora nem todos os presídios de nossa região se encontrem em condições semelhantes de deterioração, a verdade é que aumenta o número de estabelecimentos em que a superlotação supera as margens toleráveis segundo os padrões internacionais, especialmente os das Nações Unidas. (o que indica uma densidade máxima admissível de 120%) e suas regras mínimas para o tratamento de pessoas privadas de liberdade (regras de Mandela). [...] As prisões, nessas condições, passam a ser instituições nas quais não só são violadas regras em relação à alimentação, a circulação de ar, à saúde, mas também degradam ao máximo a autoestima dos presos. Sujeitas à servidão, colocam em perigo suas vidas por causa da violência interna, sendo impotentes para pedir ajuda ou proteção ao pessoal de segurança que, quando existe, é completamente insuficiente em número para cumprir esta função elementar.

internacionales configurador de una forma o modalidad de tortura¹⁸. (ZAFFARONI, 2020, p. 13)

O Supremo Tribunal Federal reconheceu o caráter ilícito da pena aplicada na prática, ao julgar a ADPF 347, que ficou conhecida como o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro¹⁹.

Pela decisão da Suprema Corte brasileira, restou configurada a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura.

Segue a ementa da decisão:

MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE.(S) :PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL
ADV.(A/S) :DANIEL ANTONIO DE MORAES SARMENTO E OUTRO
CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.
SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.
FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (BRASIL, STF, 2015)

¹⁸ Tradução livre: A privação de liberdade sob constante ameaça à vida e à saúde, a desnutrição, o risco de doenças infecciosas, a submissão a grupos violentos de prisioneiros - muitas vezes humilhantes e servis -, em dormitórios com até três níveis de leitos, desprovidos de proteção anti-fogo colchões de polietileno retardante (cuja combustão produz asfixia letal devido à obstrução do trato respiratório), pouco ou nenhum pessoal de segurança, sem um mínimo de privacidade, maus-tratos aos visitantes, buscas violentas e humilhantes, pessoal médico e de enfermagem insuficiente ou inexistente, falta de medicamentos, foi considerada por tribunais internacionais como configurando uma forma ou modalidade de tortura.

¹⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 347. A origem do termo estado de coisas inconstitucional teria se dado na Colômbia em 1997, com a decisão que ficou conhecida como Sentencia de Unificación.

Pela decisão não há dúvidas de que há uma violência persistente aos direitos fundamentais dos presos que permite dizer que o sistema penitenciário nacional possa ser caracterizado como estado de coisas inconstitucional.

Constata-se a partir dos ensinamentos de Zaffaroni e da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que a violência da pena por imposição de sofrimento corpóreo ao condenado, muito embora não encontre respaldo legal, é uma ocorrência fática e habitual do sistema penal brasileiro e da América Latina como um todo.

Zaffaroni, em crítica ferrenha à atuação dos juízes, afirma que o magistrado, conhecendo a situação do sistema prisional, ao encaminhar um condenado para o cumprimento da pena, atua como verdadeiro violador de direitos e garantias fundamentais.

La más profunda y radical diferencia con lo que planteamos hace tres décadas y lo que nos ocupa como fenómeno que se fue generalizando en el tiempo transcurrido es que, en aquel momento nos referíamos a penas ilícitas impuestas y ejecutadas por agentes del Estado que, ordinariamente eran personal policial y penitenciario, pero ahora se trata nada menos que de penas ilícitas *ordenadas por los jueces*, pues cada vez que un juez envía a una persona a una prisión degradada está imponiendo una pena ilícita, conoce el estado de la prisión y, por ende, actuaría también con dolo²⁰. (ZAFFARONI, 2020, p. 17)

Quanto à responsabilidade dos juízes que enviam os condenados para o sistema prisional ao discurso de que apenas cumprem a lei, Zaffaroni afirma:

Ni siquiera se podría argumentar en favor de los jueces que no son culpables, debido a su formación *positivista jurídica*, como se pretendió con los jueces nazis. En este caso no puede tener eficacia ese argumento, porque los jueces nazis obedecían las leyes de su tiempo, donde no había normas constitucionales ni internacionales válidas. Pero los positivistas de hoy no pueden ignorar las normas de máxima jerarquía, perfectamente válidas y que prohíben esa clase de penas. A los jueces nazis se los pretendió exculpar por no tener una formación *jusnaturalista*, pero en el caso de las prisiones crueles de nuestra región, para nada juega cualquier consideración *supralegal*, pues para comprender que se trata de torturas o de tratos

²⁰ Tradução livre: A diferença mais profunda e radical com o que propusemos há três décadas e o que nos preocupa como um fenômeno que se generalizou no tempo decorrido é que, naquela época, estávamos nos referindo a penas ilícitas impostas e executadas por agentes do Estado que, normalmente eram policiais e agentes penitenciários, mas agora são nada menos do que penas ilegais ordenadas pelos juízes, porque toda vez que um juiz manda uma pessoa para uma prisão degradada, ele está impondo uma pena ilegal, ele conhece o estado da prisão e, portanto, também agiria com dolo.

cruéis, inhumanos o degradantes, basta con leer las constituciones, es decir, con ser un sano y correcto positivista jurídico.

El drama de nuestros jueces latinoamericanos frente a las penas ilícitas de prisión es mucho más grave, porque parece que se los coloca en una contradicción sin salida: parecen ser autores mediatos de torturas y hasta de homicidios, incluso valiéndose de autores directos amparados por eximentes; además, devendrían cómplices de ilícitos internacionales que hacen responsable al Estado y ni siquiera podrían ampararse con el argumento con que se pretendió beneficiar a los jueces nazis²¹. (ZAFFARONI, 2020, p. 18)

Como se vê, ainda que formalmente a Constituição, as normas internacionais e a legislação ordinária vedem o suplício físico no momento da intervenção penal, na prática, esse sofrimento se concretiza no dia a dia da execução da pena.

Já que essa violência desmedida não está normatizada no ordenamento jurídico, ela é caracterizada por Zaffaroni como pena ilícita. Cumpre esclarecer que ela não ocorre excepcionalmente no sistema penal brasileiro, mas ao contrário, ela apresenta-se habitualmente como regra. A superlotação nos presídios brasileiros é algo naturalizado, bem como a péssima qualidade da alimentação destinada aos condenados e as outras formas de violências ocorridas no dia a dia.

Não são raras as notícias de presos sendo violentados, maltratados, tendo que revezar a hora do descanso²² por conta da superlotação ou também as situações em que recebem comida estragada e de má qualidade²³.

Mesmo que formalmente não exista violência no sistema penal, materialmente ela é indiscutível. Sabem dela os juízes, promotores, legisladores, advogados e a sociedade de uma forma geral.

²¹ Tradução livre: Não se poderia sequer argumentar em favor dos juízes que eles não são culpados, devido à sua formação jurídica positivista, como foi alegado com os juízes nazistas. Nesse caso, esse argumento não pode ser eficaz, porque os juízes nazistas obedeciam às leis de sua época, onde não existiam normas constitucionais ou internacionais válidas. Mas os positivistas de hoje não podem ignorar as normas perfeitamente válidas e de primeira linha que proíbem essas penalidades. Aos juízes nazistas pretendeu-se justificar que não tinham uma formação jusnaturalista, mas no caso das prisões cruéis de nossa região, qualquer consideração supralegal não desempenha nenhum papel, porque para entender o que se trata de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, basta ler as constituições, ou seja, ser um positivista jurídico são e correto.

O drama de nossos juízes latino-americanos diante das penas ilegais de prisão é muito mais grave, porque parece que eles se colocam em uma contradição sem saída: parecem ser autores indiretos de torturas e até homicídios, valendo-se de autores diretos amparados por justificativas; além disso, seriam cúmplices de crimes internacionais que responsabilizam o Estado e nem mesmo poderiam ser protegidos pelo argumento com o qual se pretendia beneficiar os juízes nazistas.

²² <http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2015/09/com-superlotacao-presos-se-revezam-para-dormir-em-cela-de-delegacia.html>

²³ <https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2020/12/15/presos-denunciam-falta-de-agua-comida-estragada-e-pouca-ventilacao-em-ala-recem-inaugurada-de-penitenciaria-em-mt.ghtml>

Dito isso, atualmente as penas ilícitas seriam a única forma de violência penal?

A partir dos apontamentos acima, seria possível entender que a diferença da violência atual para a violência de outros momentos históricos, estaria na *legitimidade* jurídica. Enquanto atualmente a violência seria ilícita porquanto contraria a lei, em séculos passados ela seria legitimada, pois haveria a previsão da aplicação da tortura, martírio ou morte enquanto formas de aplicação do direito vigente. Pensar dessa forma seria mera ingenuidade, pois nos dias atuais não são somente as penas ilícitas que são formas de violência.

Ainda que se possa imaginar uma prática de intervenção penal que não seja cruel e ilegal, como no caso brasileiro, a violência penal apresentar-se-ia como algo incontestável. Isso porque, muitos dos institutos e fundamentos da aplicação da pena são em si, formas de violência.

Antes da demonstração do porque as finalidades da pena no direito brasileiro serem formas de violência é preciso compreender quais sejam estas finalidades.

Beccaria (2001) salientou que entre as finalidades da pena estariam a) a contenção do condenado para que ele não voltasse a delinquir e b) a dissuasão da sociedade pelo exemplo dado. Pelas lições de Beccaria é possível extrair o caráter preventivo da sanção penal. Já pelos ensinamentos de Cernelutti (2015), ao tratar a pena como um eco do crime, pode se extrair o fundamento retributivo da pena.

Pela ideia da pena enquanto eco ou pena enquanto retribuição, foram desenvolvidas as chamadas teorias absolutas, que de forma geral, descrevem a sanção penal como a realização da justiça ou expiação de um mal. Razões de finalidade de política criminal não perpassam por uma teoria absoluta da pena, pois ela é vista apenas como uma retribuição ao crime praticado.

Ferrajoli pondera:

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como "castigo", "reação", "reparação" ou, ainda, "retribuição" do crime, justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. (FERRAJOLI, 2010, p. 236)

Pela teoria absoluta, a pena é uma consequência natural ou jurídica do crime, pois como preleciona Carnelutti, seria a restauração da ordem quebrada.

Nas lições de Mangiameli:

A pena é o castigo previsto pelo ordenamento jurídico e infligido ao autor do fato ilícito. Trata-se, naturalmente, de um instrumento de aflição que deve ser proporcional à gravidade do crime e direcionado à compensação do mal provocado (*malum passionais propter malum actionis* [emoções são ruins por causa das atividades ruins]). (MANGIAMELI, 2015, p. 69)

Para Ferrajoli, a doutrina retributivista funda-se na percepção de que é justo "transformar mal em mal", que tem por base o intuicionismo primitivo da "vingança de sangue". Conforme explica Duarte (2009), seria a proposição própria da Lei de Talião.

Sobre a Lei de Talião, Alves explica:

O talião supõe a mais estreita correlação entre a pena e o crime. O mal da pena deve corresponder ao mal do crime. Pune-se *taliter*, de igual forma – *oculum pro oculo*.

Na sua primeira e mais óbvia forma, a pena de talião é o direito pelo qual alguém sofre o mesmo mal que fez. Corresponde à pena igual, idêntica ou semelhante ao crime cometido. À pena recíproca. (ALVES, 2019, p. 134).

Lado outro, a ideia da pena como forma de impedir que o criminoso continue a delinquir ou como forma de dissuasão da sociedade, é desenvolvida a partir da concepção das teorias relativas da pena, sendo elas as teorias de prevenção geral e prevenção especial.

Em oposição às absolutas, as teorias relativas, também conhecidas como prevencionistas, são marcadamente teorias finalistas, por verem a pena não como um fim em si mesmo, mas como um meio a serviço de um fim. São teorias utilitárias. Finalidade da pena, em suas várias versões, é a prevenção de novos delitos em caráter geral e/ou especial. (QUEIROZ, 2008, p. 34)

Pela ideia de prevenção geral negativa, como explica Queiroz (2008, p. 35) ao citar Feuerbach, a pena é utilizada "como coação psicológica exercida sobre toda a sociedade, de modo a atemorizar os destinatários das normas penais". Aqui, o condenado é utilizado como exemplo para toda a sociedade, como se o Estado dissesse: "é isso que acontecerá com você, se você delinquir". A pessoa do condenado, portanto, é instrumentalizada como um meio para se alcançar a inibição de outras pessoas.

Já a prevenção geral positiva não busca demover os potenciais delinquentes da prática criminosa sob a ameaça de uma pena, mas, antes disso, busca-se utilizar da pessoa do condenado para demonstrar a confiança que todos devem ter no ordenamento jurídico. O efeito almejado com a pena, pela prevenção geral positiva, seria de creditar no imaginário social a eficiência do sistema penal.

Para os autores da prevenção positiva ou integradora, a pena se presta não à prevenção negativa dos delitos, demovendo potenciais infratores, nem tampouco dissuadindo aqueles que já praticaram o delito; seu propósito vai além: infundir na consciência coletiva a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito, promovendo a integração social finalmente. (QUEIROZ, 2008, p. 38)

Além da prevenção geral, a dogmática apresenta também a prevenção especial, sendo ela, também, positiva ou negativa.

A prevenção especial negativa visa a intimidar o condenado para que ele não volte a delinquir. Sua finalidade seria evitar a delinquência, neutralizando o infrator com a segregação imposta pelo cárcere. Afastado da sociedade, o delinquente não mais ofenderia o sistema penal com a prática de crimes.

Na prevenção especial positiva, por sua vez, a preocupação seria com o retorno do condenado à sociedade, o que se daria pela sua ressocialização. Nesse sentido está o artigo 22 da Lei de Execuções Penais que prevê a preparação do preso para o retorno à sociedade.

A legislação penal brasileira prevê expressamente que a pena tenha um caráter retributivo e um caráter preventivo. Essa é a percepção extraída do art. 59 do Código Penal, que prevê que a pena será aplicada conforme seja necessário para a reprovação e a prevenção do crime. Como convencionou-se pela literatura jurídica brasileira, ante as duas finalidades da pena, o sistema adotado pelo Código Penal foi o da teoria unitária, mista ou eclética.

Considerando o que foi descrito acima, o que se defende neste trabalho é que as finalidades da pena, conforme apontadas e previstas na literatura e na legislação penal, *per si*, são formas de violência.

Quanto ao fundamento da pena enquanto retribuição é preciso entender que a sanção penal, por este único critério, seria um mero instrumento de vingança. Não a vingança privada como dita por Beccaria ao descrever a origem das penas, mas a vingança pública a partir da ideia de um pacto social, no qual os seres humanos,

para evitarem a guerra de todos contra todos, entregaram parte da sua liberdade ao Estado, para que este, inclusive, exerça o poder de punir.

Todavia, como adverte o próprio Beccaria (2001, p. 67), “nenhum homem entregou gratuitamente parte da própria liberdade visando ao bem comum; essa quimera só existe nos romances”.

A pena enquanto retribuição ao crime ou enquanto consequência deste é em si uma violência, porque a ideia de que o criminoso mereça um castigo porque podia e devia ter agido de outro modo, serve apenas para compensar a dor do crime com a dor que é imposta ao culpado.

Assim, ao contrário do ensinado por Carnelutti, defende-se aqui que a pena não é uma consequência natural do crime, pois nenhuma ordem será reestabelecida com a aplicação dela. A ideia do crime que gera um desequilíbrio que é restaurado pela aplicação da pena não passa de ficção²⁴.

O sofrimento imposto ao criminoso deve ser idêntico ao sofrimento da vítima? Isso não parece fazer sentido, pois é preciso entender que o crime que foi praticado não pode voltar ao status de não praticado. A pena não tem como eliminar o crime ocorrido. Aquilo que está feito não pode converter-se em desfeito.

É impossível restaurar a ordem quebrada pelo crime, porque para que isso fosse possível, a soma entre crime e pena deveria ser igual à zero. Isso nunca ocorrerá porque o direito penal não atua para evitar a prática de crimes, mas para penalizar os crimes já praticados. Por essa percepção justifica-se, inclusive, a ineficiência da pena de morte, pois se o Estado aplica a pena de morte ao homicida, não teremos a anulação da primeira morte (soma zero), mas ao contrário disso, teremos agora, duas mortes: uma praticada pelo criminoso e outra imposta pelo Estado.

Entendendo que a pena não cancela o delito, compreende-se que o caráter retributivo da pena como consequência natural, não passa da violência estatal imposta ao condenado. É uma violência porque o Estado impõe não apenas a segregação da liberdade, mas também uma série de outras violações que já foram descritas anteriormente.

²⁴ E quais são as características que evoluíram nos humanos? Vida, certamente. Mas liberdade? Isso não existe na biologia. Assim como a igualdade, direitos e empresas de responsabilidade limitada, a liberdade é um ideal político em vez de um fenômeno biológico. (HARARI, 2018, p. 153)

É preciso entender, como ensina Roig (2015), que a pena privativa de liberdade é monopólio estatal, sendo apresentada como reflexo da escolha política adotada pelo Estado.

A violência pelo critério da retribuição ficaria mais caracterizada ainda, em razão da seletividade penal, que pelas lições de Zaffaroni.

De cualquier modo, en todos nuestros países la población penal se compone en su casi totalidad por personas de los estratos más pobres de cada sociedad, es decir, seleccionada conforme a estereotipos clasistas, lo que en algunos se combinan con los elementos racistas señalados antes, o sea que se trata de hombres jóvenes, pobres y en algunos países preferentemente negros, mulatos e indios.

La composición de la población penal muestra que la selección criminalizante se lleva a cabo conforme a estereotipos configurados mediáticamente en el imaginario social con estas características, a las que suele agregarse la de morador de barrios precarios (los *slums* de nuestras ciudades: *villas miserias*, *favelas*, *pueblos jóvenes*)²⁵. (ZAFFARONI, 2020, p. 9)

Nas lições de Roig:

[...] a ideologia da proteção de bens jurídicos ocultaria a real tutela dos interesses das classes sociais hegemônicas, de um lado criminalizando comportamentos típicos das classes sociais subalternas e, de outro, assegurando a não intervenção penal sobre comportamentos socialmente danosos das classes hegemônicas. A pena criminal realiza a função fundamental de retribuição equivalente da sociedade burguesa, executada mediante a função de neutralização de condenados reais. [...] a pena como retribuição equivalente seria expressão de um Direito Penal discriminatório, promovendo a seletiva criminalização dos aliados sociais do mercado de trabalho e reforçando os instrumentos formais e ideológicos de controle social. (ROIG, 2015, p. 43/44)

É possível extrair das percepções de Zaffaroni e Roig, que a lei penal é essencialmente seletiva para criminalizar as pessoas das camadas menos favorecidas da sociedade e, portanto, a pena enquanto consequência natural seria apenas uma perpetuação da violência social e da desigualdade que é imposta a estas pessoas.

Pelas lições de Foucault:

²⁵ Tradução livre: Em todo caso, em todos os nossos países a população carcerária é quase inteiramente constituída por pessoas das camadas mais pobres de cada sociedade, ou seja, selecionadas segundo estereótipos de classe, que em alguns se combinam com os elementos racistas mencionados acima, são jovens, pobres e em alguns países, preferencialmente negros, mulatos e índios.

A composição da população carcerária mostra que a seleção criminalizadora é realizada segundo estereótipos configurados na mídia no imaginário social com essas características, aos quais costuma se somar o de morar em bairros precários (as favelas de nossas cidades).

[...] todas las leyes contra los mendigos, vagabundos, ociosos; todos los órganos de policía destinados a perseguirlos, les obligan a aceptar – y era éste su papel – en el acto las condiciones impuestas (...) este sistema penal se aplicaba, de modo privilegiado, sobre los elementos más móviles, más agitados de la plebe²⁶. (FOUCAULT, 2015, p. 62)

Se a clientela penal é composta majoritariamente por pessoas com características comuns, como cor da pele, classe social e etnia, a pena vista como resposta natural ao crime apenas fomenta a desigualdade social para extirpar da sociedade um determinado grupo de pessoas.

Portanto, o que se defende é que o fundamento da pena como retribuição natural não passa de violência institucional contra um grupo de pessoas em razão da sua condição social ou daquilo que representam.

No mesmo sentido, as teorias relativas também seriam uma forma de violência?

Não há dúvidas quanto a isso. A pena enquanto prevenção geral ou especial também não deixa de ser em si uma violência. Como dito, a prevenção geral negativa consiste em utilizar o condenado para intimidar o restante da sociedade, enquanto que a prevenção geral positiva visa utilizar do condenado para demonstrar à sociedade a credibilidade do sistema jurídico.

A prevenção geral positiva parece corresponder à advertência de Harari (2018), para quem o direito é uma ordem imaginada e como tal, não se sustentaria apenas pela violência. Segundo ele, é necessário que algumas pessoas realmente confiem na ordem imaginada.

O problema, entretanto, refere-se à forma de como isso é pretendido. A utilização da pessoa do condenado como instrumento de intimidação ou como demonstração de eficácia ou credibilidade da ordem jurídica vigente é em si um ato de violência, pois violaria a norma constitucional que prevê no art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa.

A ideia de dignidade da pessoa humana será tratada posteriormente neste trabalho, mas é importante esclarecer que o conceito entendido é que o ser humano, na sua plenitude, deve ser entendido como um fim em si e nunca simplesmente como um meio para outro fim qualquer.

²⁶ Tradução livre: (...) todas as leis contra os mendigos, vagabundos, ociosos; todos os órgãos de polícia destinados a persegui-los, lhes obrigam a aceitar – e era este o seu papel – o ato das condições impostas. (...) este sistema penal se aplica de modo privilegiado sobre os elementos mais instáveis, mais agitados do povo.

Nesse sentido:

[...] los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue como fines en sí mismos, o sea, como algo que no puede ser usado meramente como medio y por tanto, limita todo capricho en este sentido (y es, en definitiva, objeto de respeto)²⁷. (KANT, 2007, p. 42)

Dito de outra forma, um ser humano não pode ser instrumentalizado ou coisificado para o alcance de outro fim que não seja a sua própria dignidade.

A instrumentalização ou coisificação implicaria em violência a ser praticada contra a dignidade da pessoa. Por tal razão, a utilização da pessoa do condenado como instrumento de intimidação social ou como forma de gerar credibilidade ao sistema jurídico é, em si, um ato de violência.

A prevenção especial como fundamento da pena, por sua vez, também não deixa de ser uma violência institucional contra o condenado.

A prevenção especial negativa é um ato de violência porque ela visa segregar o condenado da sociedade para que ele não continue a delinquir. Aqui há um paradoxo, pois a pena não estaria sendo aplicada como reprovação ao crime praticado, mas como reprovação aos futuros crimes que não foram praticados. A pessoa seria restringida da sua liberdade não por causa do crime cometido, mas por causa dos potenciais crimes que pode (ou não) cometer. É o critério da periculosidade.

Esse é um assunto temeroso, pois a pessoa não sofre a intervenção penal pelo que ela fez, mas pelo que ela representa. Não estaríamos reprovando o fato praticado e sim a pessoa, mas não pelo que ela fez, mas pelo que ela é.

Pela prevenção especial negativa as pessoas com as características do grupo majoritário do sistema prisional sofrem uma propensão maior à intervenção penal. Essa criminalização da pessoa pelo que ela é ou representa é um ato de violência, pois não cabe ao Estado segregar a liberdade das pessoas pelo que elas são. Importa ressaltar que ainda que algumas pessoas possam ser classificadas como más, não cabe ao Estado criminalizar a maldade.

A maldade humana só deve interessar ao direito penal na medida em que viole bens jurídicos protegidos pela lei penal. Quanto ao tema, Welzel (1997, p. 221),

²⁷ Tradução livre: [...] os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida o arbítrio (e é um objeto de respeito).

ensinava que não se castiga a vontade má como tal, mas só a vontade má em realização.

Para Ferrajoli (2010, p. 440), o direito e a moral devem ser separados por uma necessidade axiológica, já que deve ser considerado que “os pensamentos e as intenções, da mesma forma que os *vícios* e a *maldade de ânimo*, não são prejudiciais a ninguém, e ninguém está interessado em sua punição”.

A proibição de atos internos e, em geral, a responsabilidade penal sem ação contradizem, sob esses dois aspectos, o princípio de utilidade. E, ademais, contrastam, desde a mesma perspectiva, com a função preventiva da pena e com o próprio princípio de legalidade, que pressupõe o requisito de materialidade, cuja base utilitarista compartilham, seja no sentido de que a tarefa do direito é a de prevenir e proibir ações danosas e não a de estigmatizar a maldade humana, nem de sacrificar bodes expiatórios por males que não realizaram, seja querendo significar que somente as ações externas, e não as internas, podem ser eficazmente proibidas e prevenidas pela lei. (FERRAJOLI, 2010, p. 441).

A maldade humana, como ficou claro, não deve ser estigmatizada pela utilização do direito penal. Da mesma forma, deve-se entender que nem todos os pecados podem ser proibidos pelo direito penal, já que não é uma tarefa jurídica regular ou estabelecer a moral.

Essa tese encontra, nos princípios de exteriorização dos atos suscetíveis de proibição penal e de reserva dos atos internos ao domínio específico e exclusivo da moral, seus dois corolários mais relevantes política e eticamente. De fato, se a valoração da interiorização da moral e da autonomia da consciência é o traço distintivo da ética laica moderna, a reivindicação da absoluta licitude jurídica dos atos internos e, mais ainda, de um direito natural à imoralidade é, talvez, o princípio mais autenticamente revolucionário do liberalismo moderno. (FERRAJOLI, 2010, p. 441).

As ofensas que são meramente ilícitos morais, por ausência da lesividade e da materialidade da ação, não devem ser objeto da intervenção penal.

Por tais razões, o entendimento é no sentido de que o fundamento da prevenção especial negativa é um ato de violência por criminalizar a pessoa pelo que ela é ou representa e não pelo que, de fato, ela fez.

A prevenção especial positiva, como consequência da prevenção especial negativa, deseja impor ao condenado uma forma correta de se viver. Parte-se da ideia de que o criminoso, para que possa viver em sociedade, precisa ser socializado pela pena.

Comentando a prevenção especial ou a emenda dos delinquentes, Alves explica que:

Na perspectiva do delinquente, a pena pode dirigir-se à emenda ou correção e até à sua reinserção. Esta finalidade não teve porém no século XVIII o peso que no passado lhe chegara a ser atribuído. Segundo Tiraquellus, o primeiro fim do castigo é a emenda e a correção do culpado. E leva às últimas consequências esta prioridade da finalidade corretiva. (ALVES, 2019, p. 105)

Como ensina Aleixo e Penido (2018, p. 25) “o discurso da ressocialização parece fazer parte de um mecanismo de violência institucionalizada, operacionalizada pelo poder punitivo a impor a reforma da personalidade”.

Há, pela prevenção especial positiva, uma violência ou mesmo tentativa de aniquilamento da individualidade do condenado, uma vez que a ideia seria matar o preso para que nele renasça outra pessoa.

Nesse sentido:

Parte-se de uma retórica, nunca cientificamente demonstrada, que cumpre centenariamente a função de apresentar-se no discurso jurídico como doutrina de justificação da reclusão punitiva. Não obstante essa pretensão, um grande catálogo de objeções sempre puseram de manifesto a falácia central sobre a que se assentou: ensinar a viver em liberdade privando da mesma [...]. (ALEIXO e PENIDO, 2018, p. 27)

Continuando:

Na concepção de Estado democrático de direito não é legítimo ao poder estatal determinar qual o comportamento que o preso deve ter ou demonstrar ter para ser considerado apto à retornar ao convívio social. O direito de cada um de desenvolver a sua personalidade de acordo com os valores que acredita e assimila do seu contexto social e cultural é característico desse paradigma. (ALEIXO e PENIDO, 2018, p. 31)

É preciso entender que a ideia da pena enquanto necessária para a ressocialização do condenado, com o objetivo de reeducá-lo, violaria a sua alteridade e a consciência que ele tem si. Por tal razão, seria uma violência contra a sua dignidade. Como dito por Aleixo e Penido (2018), tal proposta constitui uma sutil forma de desrespeito à integridade da pessoa presa, ao se tentar impor um modo hegemônico de vida.

No mesmo sentido, Harari esclarece:

Os debates acalorados sobre o “estilo de vida natural” do Homo sapiens perdem de vista a questão principal. Desde a Revolução Cognitiva, não

existe um único estilo de vida natural para os sapiens. Há apenas escolhas culturais, dentro de um conjunto assombroso de possibilidades. (HARARI, 2018, p. 71)

É por essa razão que a pena não pode ser uma forma de impor ao condenado um modo de viver.

Considerando que os critérios da retribuição natural e da prevenção como finalidades da pena estão previstos na legislação vigente, conforme preceitua o artigo 59 do Código Penal, tem-se, então, que o sistema penal em vigor é um sistema de violência contra o condenado.

Nesse ponto, chega-se à percepção descrita desde o início de que historicamente e contemporaneamente a pena, enquanto política de controle social, é um instrumento de violência utilizado pelo poder hegemônico do Estado.

Os institutos e fundamentos criados ao longo da história pela dogmática penal não foram capazes de evitar a violência, sendo que muitos não passaram de retórica para justificar o injustificável, ou seja, o controle das classes dominadas pelas classes dominantes.

Recordando as formas de violência definidas pela lei e trazidas no início deste capítulo, é inquestionável que apesar do desenvolvimento e evolução da dogmática penal, a sanção penal continua a ser utilizada como um instrumento violento que afeta a integridade física, psicológica e moral do apenado.

Ao que parece, a única forma de anular a violência praticada pelo Estado seria a desconstituição da própria ideia de sanção penal. Segundo Ferrajoli (2010) as teorias negativas da pena e do abolicionismo caminham nesse sentido.

Todavia, esta não é a proposta dessa pesquisa, pois como preleciona Mangiameli:

[...] a pena encontra o seu fundamento na justiça e somente se justa realiza as suas funções, sejam aquelas primárias, sejam aquelas acessórias. (...) A pena é necessária para conservar, em um sistema de leis que regulam as relações entre livres vontades, a simetria da justiça. (MANGIAMELI, 2019, p. 70/71)

No viés do garantismo, enquanto não for possível prescindir da pena, dever-se-á criar mecanismos que atuem como forma de redução de danos, ou seja, mecanismos voltados para a retenção da violência estatal.

Parte-se da compreensão de que as justificativas para a pena e os mecanismos criados para limitação penal são insuficientes para a limitação da violência, porque não levam em consideração o fator-ator mais importante da equação.

Tendo por base essa premissa, buscar-se-á desenvolver uma teoria na qual os institutos sejam elaborados e desenvolvidos a partir daquele que sofre a intervenção penal, ou seja, a partir da pessoa do condenado, pois é ela que no plano concreto sofre a violência estatal.

Como hipótese, ver-se-á adiante os pressupostos da teoria da justiça de John Rawls que pressupõe que numa sociedade democrática, o destinatário dos princípios de justiça devem ser, ao mesmo tempo, o ponto de partida para desenvolvimento destes princípios.

Nessa perspectiva, a ideia é que o destinatário da pena deve ser o ponto de partida para o desenvolvimento dos institutos e fundamentos que venham a limitar a intervenção penal.

A teoria de Rawls, chamada por ele mesmo de construtivista, será a base para o desenvolvimento de uma teoria de construtivismo penal, na qual os institutos e fundamentos serão desconstruídos e reconstruídos a partir da concepção da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, no próximo capítulo será demonstrado como funciona a teoria de Rawls, bem como a função dos seus elementos informadores. Ao final, alguns institutos de direito penal serão redefinidos a partir do construtivismo rawlsiano.

3 O CONSTRUTIVISMO DE JOHN RAWLS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO ELEMENTO CENTRAL

A Constituição brasileira traz em seu artigo 1º, inciso III, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O texto de 1988 está em consonância com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969 e de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que projetam quais seriam os direitos humanos básicos.

No capítulo antecedente foi descrito como a intervenção penal é um instrumento de poder político que implica em violência e segregação social. Historicamente, a pena foi utilizada como instrumento de violência e, por certo, como violadora da norma que prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento republicano.

Agora será demonstrado que o modelo teórico de John Rawls, denominado por ele como construtivista, pode ser uma alternativa para a intervenção penal. Isso porque, a ideia que norteia o construtivismo de Rawls parte da centralidade da concepção de pessoa vista na totalidade da sua dignidade.

Inicialmente será descrito como se dá o funcionamento do modelo rawlsiano, passando pela demonstração das justificativas para a sua utilização.

Ver-se-á a centralidade da concepção da dignidade da pessoa humana em Rawls e como os institutos são definidos a partir dessa concepção. Neste ponto, a dignidade humana será tratada a partir de um projeto de construtivismo na perspectiva utilizada por Rawls, tendo por base o texto da Fundamentação da metafísica dos costumes de Kant.

Após, será apontado como a metodologia de Rawls pode ser uma alternativa para o desenvolvimento do direito penal, sendo exemplificado como alguns institutos criados pela dogmática poderiam ser afetados por essa teoria.

3.1 Sobre o construtivismo de John Rawls

O que é uma teoria construtivista?

Construtivismo é um procedimento que descreve que durante um processo de conhecimento, o objeto em análise não seria um elemento dado *a priori* ou

apresentado como se fosse uma evidência inata. Antes de tudo, o objeto é pensado e a sua definição é construída a partir de um sistema teórico posto pela própria teoria.

O modelo rawlsiano de construtivismo, por sua vez, difere de outros modelos construtivistas em razão da sua fundamentação kantiana, colocando-se a concepção de pessoa (dotada de dignidade) como elemento central do seu desenvolvimento.

Nesse sentido:

[...] o que distingue a versão kantiana do construtivismo é, essencialmente, que ela propõe uma concepção particular da pessoa e que faz disso um elemento de um procedimento *Razoável* de construção cujo resultado determina o conteúdo dos princípios primeiros de justiça. (RAWLS, 2002, p. 47)

Para Ferreira:

O que distingue uma teoria construtivista de tipo kantiano de outras teorias morais construtivistas é, segundo Rawls, uma noção de pessoa moral livre e igual constituída de duas faculdades morais, a racionalidade e a razoabilidade. (FERREIRA, 2005, p. 11)

Em outras palavras, o construtivismo de Rawls é antes de tudo um construtivismo kantiano, no qual a concepção de pessoa é a chave da teoria. Esse modelo de construtivismo foi proposto por Rawls como sendo uma alternativa para outros modelos teóricos como o intuicionismo ou o utilitarismo.

Fellini explica que:

O objetivo de Rawls é propor uma teoria da justiça que seja uma alternativa ao paradigma utilitarista que tem dominado a tradição do pensamento político anglo-saxão. Sua primeira tarefa filosófica, portanto, é buscar um método que conduza àquele objetivo e, nesse contexto, a principal oposição passa a ser feita ao intuicionismo. Rawls rejeita todas as posições que procuram deduzir conclusões éticas de fatos ou verdades auto-evidentes, pois um raciocínio intuicionista pode demonstrar as relações dedutivas entre proposições, mas falha ao mostrar como e por que os agentes devem aceitar tanto as premissas como as conclusões. (FELLINI, 2009, p. 116)

Segundo Rawls, o modelo descrito pelo intuicionismo não é adequado porque ele pressupõe que as proposições ou princípios teóricos são imediatamente evidentes em relação às razões válidas que serão utilizadas. Dito de outra forma, as concepções que justificam uma teoria no intuicionismo seriam anteriores à própria teoria. Os conceitos não seriam desenvolvidos pelo teórico, mas penas intuídos. É o

que se pode dizer sobre o jusnaturalismo, pois nele há um *direito transcendente* e absoluto que fundamenta o direito criado pelo homem.

[o intuicionismo] está baseado no reconhecimento de verdades a respeito das razões válidas a serem utilizadas. Ademais, o conteúdo dessas razões é fixado por uma ordem moral que é anterior à nossa concepção da pessoa e do papel social da moralidade. (RAWLS, 2002, p. 117)

Por sua vez, o utilitarismo é rejeitado por Rawls porque ele baseia-se no princípio da utilidade e, nesta orientação, a ideia de bem-estar geral iria sobrepor-se às concepções de justiça. A teoria seria válida não porque ele é melhor ou mais adequada, mas em razão da utilidade dos seus conceitos.

Estes três princípios [equidade, prudência *Racional* e boa vontade que compõe o utilitarismo] se combinam com o princípio segundo o qual, enquanto seres razoáveis devemos buscar necessariamente aquilo que é bem em geral, e não em particular, e eles produzem assim, segundo Sidgwick, o princípio da utilidade, isto é, o princípio que recomenda maximizar o total líquido de felicidade. (RAWLS, 2002, p. 118)

O modelo proposto por Rawls é visto como um contraponto aos modelos do intuicionismo e do utilitarismo, uma vez que pela ideia de um construtivismo, os elementos teóricos não resultam de dados preexistentes ou de pontos analisados a partir da sua utilidade. Pelo contrário, a ideia de um construtivismo visa que uma teoria seja justificada por aquilo que ela própria representa.

A partir do entendimento do que venha a ser uma teoria construtivista e de que o construtivismo de Rawls é em verdade um construtivismo kantiano, passar-se-á a demonstração dos elementos informadores da teoria, para depois serem apresentadas as justificativas para a sua adoção.

3.1.1 Elementos informadores da teoria de John Rawls

No conjunto de textos que compõe o livro *Justiça e democracia*, Rawls trouxe uma novidade em relação ao texto *Uma teoria da justiça* (1981). A novidade está na descrição dos princípios informadores da sua teoria, que por ele foram chamados de concepções-modelo.

Na teoria da justiça, Rawls já havia abordado a ideia da concepção de pessoa como elemento de centralidade e de justificação para o seu construtivismo.

Segundo ele, os princípios da justiça que seriam desenvolvidos no que foi chamado de concepção-modelo da posição original, seriam válidos na concepção-modelo da sociedade bem ordenada, em razão do seu desenvolvimento a partir da ideia de dignidade humana. No texto original, esses princípios informadores ou concepções-modelo não estariam bem definidos e por tal razão, ele resolveu demonstrar a sua justificação posteriormente.

Como a ideia é demonstrar a aplicação do construtivismo de Rawls como hipótese de limitação da intervenção penal, inicialmente é preciso entender que a sua teoria é sustentada em três concepções-modelo (ou três princípios informadores). Há a) a concepção da posição original, b) a concepção da sociedade bem ordenada e c) a concepção de pessoa. A concepção de pessoa seria a mais importante, porque ela sustenta os princípios desenvolvidos na posição original e que são aplicáveis na sociedade bem ordenada.

As duas concepções-modelo básicas na teoria da justiça como equidade são as de uma sociedade bem ordenada e de uma pessoa moral. (...) A posição original é uma terceira concepção-modelo desse gênero que tem um papel mediador. Ela serve para vincular a concepção-modelo da pessoa moral aos princípios da justiça que caracterizam suas relações entre cidadãos na concepção-modelo da sociedade bem ordenada. (RAWLS, 2002, p. 53)

A seguir será demonstrado como funciona cada concepção-modelo.

3.1.1.1 *A concepção-modelo da pessoa*

O adjetivo kantiano atribuído à teoria de Rawls é devido à concepção específica de pessoa, que é posicionada como sendo um elemento de centralidade. É a partir da concepção específica de pessoa que serão definidos os princípios de justiça que terão aplicação no que ele chama de sociedade bem ordenada.

Rawls propõe uma concepção política de sociedade justa e a significação da pessoa como dotada de dignidade, na sua totalidade, ocupa o eixo gravitacional do construtivismo kantiano.

Como explica Fellini:

Uma teoria assim construída não se justifica pela referência a uma ordem anterior ou independente da concepção de pessoa. Ao contrário, ao estar de acordo com nossa compreensão mais profunda de nós mesmos, com

nossa história e tradição como base da vida pública, ela se justifica como a teoria que é mais razoável para nós e, desse modo, ela pode contar com objetividade, visto que reflete um ponto de vista corretamente construído e aceito por todos.

Colocando isso em termos mais específicos, temos uma concepção de pessoa livre e igual como razoável e racional que serve de base para a construção, isto é, ela mesma não é construída. (FELLINI, 2009, p. 118)

Como dito, na versão rawlsiana do construtivismo, a concepção de pessoa mostra-se como sendo o centro gravitacional da teoria. A partir dessa concepção, Rawls procura resolver o conflito contemporâneo das sociedades democráticas, que segundo ele estariam na dicotomia existente entre a liberdade e a igualdade. Há uma afirmação de que existe uma contraposição entre os princípios da liberdade e da igualdade e que essa dicotomia surgiu a partir das tradições teóricas sustentadas em Locke ou Rousseau.

Se para Rousseau haveria uma predominância do princípio da igualdade política sobrepondo-se à ideia de liberdade, para Locke as liberdades civis subordinariam a ideia de igualdade política. Mesmo essa definição carecendo de exatidão, a ideia do construtivismo estaria no equilíbrio do binômio liberdade-igualdade, essencial para a concepção da dignidade da pessoa humana.

De um modo ou de outro, devemos encontrar uma formulação pertinente da liberdade e da igualdade, bem como de sua prioridade relativa, que esteja enraizada nas noções mais fundamentais de nossa vida política e que esteja de acordo com a nossa concepção da pessoa. (RAWLS, 2002, p. 52)

Para equacionar o binômio liberdade-igualdade, o construtivismo sugere uma concepção de pessoa que seja satisfatória para a pessoa em si e que seja conveniente para a sua ligação com a sociedade. Por essa ligação, seria possível definir o conteúdo dos princípios de justiça aplicáveis.

Para Rawls, as características da concepção de pessoa diriam respeito à moralidade, liberdade e igualdade. Aqui é preciso fazer a ressalva de que a ideia de moralidade estaria ligada à ideia de autonomia no sentido dado por Kant.

Seu interesse está em destacar os aspectos essenciais da nossa concepção de nós mesmos como pessoas morais e da nossa relação com a sociedade enquanto cidadãos livres e iguais. Elas descrevem certos traços gerais que seriam característicos de uma sociedade bem ordenada se os seus membros considerassem publicamente a si próprios e a seus laços sociais de uma certa maneira. (RAWLS, 2002, p. 53)

Como dito, o termo moralidade seria melhor descrito como autonomia, pois as pessoas participariam do processo de construção dos princípios da justiça como entes racionalmente autônomos. A autonomia, ligada à característica da racionalidade, seria essencial para a definição da concepção de pessoa.

É preciso salientar que a autonomia é definida de duas formas diferentes a depender do momento da sua percepção. Segundo Rawls, durante a posição original falar-se-ia de autonomia racional; já na sociedade bem ordenada a concepção seria de autonomia completa.

No momento, porém, só considerarei os parceiros na posição original como os agentes *Racionalmente* autônomos de um processo de construção. Como tais, eles representam o aspecto da Racionalidade que faz parte da concepção da pessoa moral própria dos cidadãos de uma sociedade bem ordenada. A autonomia *Racional* dos parceiros na posição original difere da autonomia completa exercida pelos cidadãos na sociedade. A autonomia *Racional* é aquela dos parceiros na medida em que são agentes de um processo de construção. Essa é uma noção relativamente estreita que se precisa colocar em paralelo com a noção kantiana de um imperativo hipotético (ou a de Racionalidade que se encontra na economia neoclássica). (RAWLS, 2002, p. 54)

Na posição original a pessoa é descrita como racionalmente autônoma, porque ela integra um processo de construção. Na visão rawlsiana a autonomia racional seria assemelhada à percepção do imperativo hipotético de Kant.

Enquanto a autonomia racional seria aquela atribuída às pessoas durante a posição original, a autonomia completa seria aquela descrita para as pessoas que vivenciam a sociedade bem ordenada. Por serem completamente autônomos, defendem e aplicam os princípios de justiça aos quais se puseram de acordo, a partir da concepção de pessoa que possuem de si.

A autonomia completa (seus elementos serão demonstrados em seguida) é aquela dos cidadãos na vida cotidiana, que têm uma certa visão de si próprios, defendendo e aplicando os princípios primeiros de justiça a respeito dos quais se puseram de acordo. (RAWLS, 2002, p. 54)

A autonomia completa é aquela que é exercida pelas pessoas que integram uma sociedade bem ordenada. Por outro lado, os traços desta autonomia estão presentes durante o processo de construção dos princípios da justiça, ou seja, na posição original. Isso porque a autonomia completa é atingida quando as pessoas, envolvidas no processo de construção, agem para definir os princípios da justiça que terão validade. Essa ação dar-se-á no momento da posição original.

Ainda que ela (autonomia completa) só se efetive com os cidadãos de uma sociedade bem ordenada no curso da sua vida cotidiana, seus traços essenciais devem, não obstante, figurar de maneira apropriada na posição original. (RAWLS, 2002, p. 65)

Por outro lado, é preciso entender que os elementos da autonomia completa não estão presentes nas motivações das pessoas que participam do processo de definição dos princípios da justiça, mas somente os seus traços.

Isso se deve porque na posição original as pessoas devem ser submetidas a certos cerceamentos que as impedem de perceber eventuais vantagens que possam obter na definição dos princípios de justiça. A razão dessa perspectiva insere-se no fato de que a cooperação deve ser compartilhada por um critério adequado e de forma satisfatória, havendo uma situação de reciprocidade e mutualidade. Rawls define essa reciprocidade e mutualidade como o elemento *razoável*.

Além do razoável, no procedimento do construtivismo rawlsiano existira outro elemento denominado por ele como sendo o *racional*.

O racional corresponderia à motivação superior e à capacidade em efetivar e exercer as faculdades morais (autonomia), bem como em desenvolver a própria concepção do bem.

Todos os que cooperam devem ser beneficiários ou compartilhar dos encargos comuns de um modo relativamente satisfatório, avaliado por um critério adequado de comparação. Chamarei de "*Razoável*" esse elemento presente na cooperação social. O outro elemento corresponde ao "*Racional*". Ele exprime a concepção que cada participante tem de sua vantagem *Racional* e que ele tenta, enquanto indivíduo, concretizar. Como vimos, a interpretação do "*Racional*" na posição original corresponde ao desejo que têm as pessoas de efetivar e exercer as suas faculdades morais e garantir o avanço da sua concepção do bem. (RAWLS, 2002, p. 66)

O elemento racional estaria na medida em que os princípios de justiça guiariam as decisões das pessoas no processo de construção:

[...] a adoção de meios eficazes para atingir os fins; a escolha entre diferentes fins últimos em função da sua importância para o nosso projeto de vida em seu conjunto, da sua compatibilidade e da sua complementaridade relativas; finalmente, o fato de atribuir mais peso às consequências mais prováveis etc. (RAWLS, 2002, p. 67)

Importa explicar que o elemento razoável é expresso nas condições de cerceamentos que serão impostas às pessoas durante o processo de construção,

limitando as suas deliberações e definindo assim, a situação de um em face dos outros.

O “*Razoável*” fica incorporado às disposições da posição original que enquadram os debates dos parceiros e os situam de maneira simétrica. Mais precisamente, além das diversas e bem conhecidas condições formais que pesam sobre os princípios primeiros, tais como a generalidade e a universalidade, a relação de ordem e a irrevocabilidade, os parceiros têm a obrigação de adotar uma concepção pública da justiça e devem avaliar seus princípios primeiros tendo em mente essa condição. (RAWLS, 2002, p. 66)

O elemento razoável é importante para a teoria do construtivismo em Rawls, porque ele possibilita que as pessoas sejam colocadas numa situação de equidade ou simetria. Essa equidade seria necessária no momento de definição dos princípios de justiça, para que não existam relações de poder durante a posição original.

A relação de simetria ou equidade seria possível pelo que Rawls denominou por véu da ignorância, que se apresenta como um cerceamento necessário. É pelo véu que as pessoas serão representadas apenas como pessoas dignas, sendo descartadas quaisquer contingências naturais ou sociais, bem como, as vantagens que poderiam ser advindas pela cooperação. Isso seria o mesmo que afirmar que a única qualidade necessária para a cooperação social no procedimento do construtivismo é dignidade com a qual cada cidadão é “equipado”, ou seja, àquela inerente à personalidade de cada pessoa pertencente à sociedade. Essa é a condição que permitiria a situação de simetria ou equidade durante o procedimento de construção.

O véu da ignorância impõe às pessoas, durante a posição original, algumas limitações de informação. Essas limitações, segundo Rawls, possibilitam que o primeiro objeto da justiça a ser desenvolvido seja a estrutura básica de uma sociedade, fundada nos princípios de justiça que foram construídos.

O véu da ignorância implica que as pessoas sejam representadas unicamente como pessoas morais, e não como pessoas beneficiadas ou prejudicadas pelas contingências de sua posição social, pela distribuição das aptidões naturais ou pelo acaso e pelos acidentes da história durante o desenrolar de sua vida. Resulta daí que elas ficam situadas de maneira igual, sendo todas pessoas morais, e, portanto, de maneira equitativa. Refiro-me aqui à idéia segundo a qual a única característica pertinente para o estabelecimento dos termos básicos da cooperação é a posse de faculdades morais mínimas e apropriadas que constituem a personalidade moral (as faculdades com que somos equipados a fim de podermos ser normalmente membros cooperadores da sociedade durante toda a nossa vida). Essa hipótese, acrescentada ao preceito segundo o qual os seres

iguais sob todos os pontos de vista devem ser representados de maneira igual, assegura a equidade na posição original. (RAWLS, 2002, p. 67)

Na descrição do véu da ignorância, Ferreira explica:

Isto é feito através da utilização de um artifício de representação denominado “véu da ignorância denso”, que *exclui* todas as informações relativas a características psicológicas, físicas, habilidades de qualquer tipo, posição social e mesmo interesses e objetivos daqueles que realizarão a escolha. Rawls faz esta distinção entre o uso de um possível “véu da ignorância tênue” e um “véu da ignorância denso” de acordo com quais informações eles ocultariam dos personagens habitantes do procedimento. (FERREIRA, 2005, p. 15)

Para Fellini:

Para que as escolhas possam ser o máximo possível imparciais, as particularidades tais como as chances naturais e as contingências sociais serão restringidas pelo véu da ignorância. Ele é a garantia de que todos possam estar em relação simétrica uns com os outros e que os princípios não sejam escolhidos em função das circunstâncias ou preferências individuais. Esse artifício vem contribuir para que as escolhas sejam autônomas num sentido kantiano, segundo Rawls. (FELLINI, 2009, p. 117)

Em Rawls, as pessoas serão consideradas como dignas quando a estrutura de uma sociedade atende às exigências da justiça no contexto social, ou seja, quando os princípios definidos no procedimento de construção, avaliados no contexto da posição original, denominam ou fundamentam o que seja a justiça da conjuntura social. É por essa razão, que a justiça social está em conformidade com os princípios adotados pelas pessoas posicionadas numa situação de equidade ou simetria.

Ao estipular que o objeto primeiro da justiça é a estrutura básica da sociedade, isto é, o conjunto das suas principais instituições e a maneira pela qual elas se organizam para formar um sistema único, justifico o fato de situar os parceiros de maneira igual e de limitar sua informação pelo véu da ignorância. De fato, essa estipulação exige que os parceiros avaliem as concepções propostas à sua escolha considerando que elas devem fornecer princípios primeiros de justiça para o que vamos denominar de justiça do contexto social (*background justice*). Somente quando a estrutura básica satisfaz às exigências da justiça do contexto social é que uma sociedade trata os seus membros como pessoas morais iguais. (RAWLS, 2002, p. 68)

Pode ser extraído da afirmação acima, que o elemento racional é ao mesmo tempo condicionado e pressuposto pelo elemento razoável, ou seja, que a

motivação das pessoas pela sua concepção de dignidade seria pressuposta e condicionada pela possibilidade equitativa de mutualidade e reciprocidade.

Ele (*Razoável*) define os termos equitativos da cooperação que seriam aceitos por todos os membros de um grupo qualquer, constituído por pessoas identificáveis separadamente, cada um deles possuindo e exercendo as duas faculdades morais indicadas. Todos têm uma concepção do seu bem, que permite definir onde está a sua vantagem *Racional*, e cada um tem, de forma geral, um senso efetivo da justiça, isto é, a capacidade de respeitar os termos equitativos da cooperação. (RAWLS, 2002, p. 68)

Seriam essas as razões que mobilizariam as pessoas que dão sentido à cooperação social, sendo também, o fundamento das noções do justo e da justiça. É nesse sentido que o elemento razoável pressupõe o racional.

O “*Razoável*” pressupõe o “*Racional*” porque, sem as concepções do bem que mobilizam os membros do grupo, a cooperação social não teria sentido algum, como tampouco o teriam as noções do justo e da justiça, ainda que uma cooperação desse tipo concretize valores que vão muito além do que podem propor concepções do bem tomadas isoladamente. O “*Razoável*” condiciona o “*Racional*” porque os seus princípios limitam e até mesmo, tomado num sentido kantiano, limitam de modo absoluto os fins últimos que podem ser visados. (RAWLS, 2002, p. 69)

Da mesma forma, a limitação dos fins últimos visados é definida pelo elemento razoável, ou seja, é ele que condicionará o elemento racional, possibilitando o véu da ignorância e a situação de simetria das pessoas, uma em relação às outras. Ele também é o elemento que define que o primeiro objeto da justiça é a organização das instituições sociais num único sistema. Seria o mesmo que dizer que o conteúdo do elemento racional está nos princípios de justiça definidos no processo de construção, ou seja, na representação do razoável na posição original.

Dessa maneira, na posição original, consideramos que o “*Razoável*” é expresso pelo conjunto dos cerceamentos aos quais estão submetidas as deliberações dos parceiros (enquanto agentes racionais de um processo de construção). Os representantes desses cerceamentos são a condição de publicidade, o véu da ignorância e a simetria da situação dos parceiros uns em relação aos outros, bem como a estipulação de que a estrutura básica seja o objeto primeiro da justiça. (...) A maneira de representar o “*Razoável*” na posição original conduz aos dois princípios de justiça. Esses princípios são construídos, na teoria da justiça como equidade, como sendo o conteúdo que teria o “*Razoável*” para a estrutura básica de uma sociedade bem ordenada. (RAWLS, 2002, p. 69)

É importante destacar que no momento de deliberação, as pessoas são representadas pelo elemento da autonomia racional, que tornaria possível o processo de construção. A autonomia completa seria uma noção mais abrangente e compartilhada no que Rawls denominou por sociedade bem ordenada.

A autonomia *Racional* se expressa nas deliberações dos parceiros enquanto agentes artificiais de um processo de construção na posição original. A autonomia completa é a noção mais ampla que expressa um ideal da pessoa compartilhado pelos cidadãos de uma sociedade bem ordenada na sua vida social. (RAWLS, 2002, p. 79)

Destaca-se que no processo de construção, as pessoas são caracterizadas como livres e iguais, mas cumpre ressaltar que estas qualidades não estariam ainda completamente significadas na posição original.

A exploração desses diferentes temas (publicidade, liberdade e igualdade) ajudará a completar a descrição da posição original e a mostrar de que maneira a teoria da justiça como equidade é uma ilustração do construtivismo kantiano aplicado à teoria moral. (RAWLS, 2002, p. 79)

É a maneira pela qual são analisadas as concepções-modelos de sociedade bem ordenada, posição original e principalmente pessoa, que determina que o construtivismo de Rawls seja uma versão do construtivismo kantiano.

Isso porque, na sociedade bem ordenada os cidadãos seriam capazes de agir com base no senso comum de justiça e de compartilhar uma concepção comum de bem. O desenvolvimento e o exercício dessa personalidade, que Rawls chama de personalidade moral, portanto, constitui-se em interesses que guiam a ação dos cidadãos de uma sociedade bem ordenada, sendo que essa personalidade moral, na posição original, refere-se a elementos relacionados ao razoável e ao racional. Esses elementos são correlacionados por Rawls à autonomia racional e autonomia completa, ou seja, à personalidade das pessoas que participam do processo de construção.

Toda essa estrutura desenvolvida por Rawls, leva em conta a ideia de equilíbrio entre a liberdade e a igualdade.

A liberdade na sociedade bem ordenada, como preceitua Rawls (2002, p. 92), estaria na capacidade da pessoa em considerar-se apta a “intervir na elaboração das instituições sociais em nome dos seus interesses superiores e dos

seus fins últimos”, ou seja, a liberdade estaria no fato da pessoa ser a fonte autônoma das suas próprias reivindicações.

Essa autonomia estaria presente porque as reivindicações, em respeito ao procedimento proposto pelo construtivismo kantiano, não são derivadas de condições anteriores ou exteriores ao procedimento do construtivismo. As reivindicações são derivadas do próprio dever para consigo mesmo, que a pessoa tem, no momento da definição dos princípios mais razoáveis a serem aplicados na sociedade bem ordenada.

As pessoas são fontes autônomas de reivindicações no sentido de que estas têm um valor próprio, que não deriva de deveres ou de obrigações anteriores em relação à sociedade ou a outras pessoas, nem é determinado por seu papel social específico. (RAWLS, 2002, p. 93)

Para Rawls, outro aspecto da liberdade está no mútuo reconhecimento pelas pessoas de uma concepção do bem. Significa que as pessoas não estão presas ou condicionadas à concepção compartilhada do bem. Isso se dá, segundo Rawls (2002, p. 94) porque “uma concepção do bem não é apenas um conjunto de fins últimos mas também uma visão das nossas relações, uns com os outros e com o mundo, que dá sentido a esses fins”.

A liberdade existiria porque a pessoa é considerada como fonte autônoma de reivindicações razoáveis/rationais e porque ela se considera como independente e distinta de uma concepção compartilhada de bem.

Na concepção-modelo da sociedade bem ordenada, essa representação da liberdade demonstraria que a concepção de pessoa estaria ligada à concepção pública de justiça.

A responsabilidade para com os fins compartilhados constitui uma terceira representação da liberdade, ou seja, os objetivos e ambições de cada cidadão devem estar ajustados e coerentes com os princípios da justiça. Assim, todos os cidadãos são membros de uma sociedade com a qual cooperam ao longo da vida.

Um terceiro aspecto da liberdade, que acrescento de passagem, é constituído pela responsabilidade para com os nossos fins. Isso significa que, se existem instituições justas no contexto social e todas dispõem de um índice equitativo de bens primários (como exigem os princípios de justiça), os cidadãos são capazes de ajustar seus objetivos e suas ambições em função daquilo que podem razoavelmente esperar e podem limitar suas reivindicações concernentes à justiça a certos tipos de bens. (RAWLS, 2002, p. 95)

Obedecendo a perspectiva kantiana, essa seria a demonstração da liberdade.

Quanto à igualdade, cada pessoa seria igualmente capaz de aplicar a concepção pública de justiça. As pessoas seriam partícipes conscientes da vida social da comunidade.

Por conseguinte, todos são capazes de respeitar os princípios de justiça e de ser membros integrais da cooperação social ao longo de sua vida. Com base nisso e no fato de que cada indivíduo é uma fonte autônoma de reivindicações legítimas, todos se consideram como igualmente dignos de ser representados em qualquer procedimento destinado a determinar os princípios de justiça que devem reger as instituições básicas de sua sociedade. (RAWLS, 2002, p. 97)

Essa consciência de cooperação social se daria em face da capacidade igual e da igual dignidade inerentes a todas as pessoas.

[...] a igualdade significa, não obstante, que o senso de justiça que cada um possui é suficiente para o que dele se peça, dados o lugar que as pessoas efetivamente ocupam nas instituições justas e o status de cidadãos iguais que todos eles têm. (RAWLS, 2002, p. 97)

Para a definição de pessoa como digna, não só a liberdade, mas a igualdade também é uma condição para o procedimento do construtivismo do qual serão definidos os princípios de justiça.

Sendo representadas adequadamente, a liberdade e a igualdade seriam compartilhadas e exercidas na sociedade bem ordenada e as condutas das pessoas seriam plenamente justificáveis em virtude do senso de justiça igualmente efetivo.

Para terminar, os cidadãos de uma sociedade bem ordenada estão (em maior ou menor grau) acima de qualquer reprovação em sua conduta. Quaisquer que sejam as suas ações, todos eles obedecem à maioria das exigências conhecidas da justiça. Isso decorre da hipótese segundo a qual cada um possui um senso da justiça igualmente efetivo. (RAWLS, 2002, p. 97)

Segundo Rawls, mesmo que na sociedade bem ordenada surjam eventuais desigualdades sociais ou econômicas, elas seriam controladas pelo senso de justiça, não correspondendo, portanto, a graus de obediência aos princípios adotados.

Sem dúvida, existem desigualdades sociais e econômicas [mesmo numa sociedade bem ordenada], porém, quaisquer que sejam as razões, elas não correspondem às diferenças de grau na obediência às medidas justas. Dado que a justiça controla essas desigualdades, a concepção pública, seja ela qual for, não pode querer dizer: a cada um segundo o seu valor moral. É o que decorre de uma descrição geral da sociedade bem ordenada. (RAWLS, 2002, p. 98)

Assim, de forma objetiva, foi demonstrado como Rawls define e desenvolve a concepção-modelo de pessoa.

Passar-se-á agora, a concepção-modelo da posição original.

3.1.1.2 A concepção-modelo da posição original

Rawls define como concepção-modelo da posição original o momento no qual as pessoas definem o conteúdo dos princípios de justiça que servirão de fundamento público e efetivo para uma sociedade bem ordenada.

No momento da posição original, Rawls propõe que as pessoas sejam condicionadas a certos cerceamentos, para que não possam ser influenciadas por contingências externas, tais como os dons naturais ou os fatores econômicos.

Galvão explica:

Na posição original todas as pessoas gozam de igual liberdade e escolhem as regras para a solução das reivindicações concorrentes de maneira imparcial, sem considerar sua própria posição social ou sua sorte na distribuição de habilidades naturais, como a inteligência ou a força física. (GALVÃO, 2011, p. 27)

Para Rawls, o procedimento do construtivismo permitiria afirmar que a concepção mais razoável sobre a justiça seria aquela na qual os membros de uma sociedade adotam os princípios de justiça aplicáveis, quando foram colocados numa situação de equidade em relação uns aos outros.

Essa concepção é própria da posição original, que pressupõe a situação de equidade no momento de cooperação e de definição dos princípios de justiça. Para Rawls, essa equidade existente na posição original, seria procedimentalmente transposta para a sociedade bem ordenada.

Como já disse, a teoria da justiça como equidade começa com a ideia de que a concepção da justiça mais apropriada para a estrutura básica de uma sociedade democrática é aquela que seus cidadãos adotariam numa situação equitativa em relação a si mesmos e na qual eles seriam representados unicamente enquanto pessoas morais, livres e iguais. (...)

Nós pressupomos que a equidade das circunstâncias nas quais o acordo é atingido se transfere para os princípios de justiça escolhidos. (RAWLS, 2002, p. 56)

Como afirmado, para que as pessoas sejam colocadas numa situação de equidade ou simetria, elas precisam ser expostas a certos cerceamentos.

Dentre os cerceamentos, elementos indispensáveis para a consideração das pessoas em situação de equidade, aponta-se o que Rawls chamou de véu da ignorância.

[...] devemos exigir que, no momento de adotar os princípios para a estrutura básica, os parceiros fiquem privados de certas informações. Eles são colocados por trás do que eu denominei um véu da ignorância. Por exemplo, eles não conhecem o seu lugar na sociedade nem o seu *status* social, não conhecem tampouco o seu quinhão na distribuição de talentos naturais. (RAWLS, 2002, p. 56)

O véu da ignorância é um cerceamento necessário porque por ele as pessoas não teriam acesso a informações como a sua posição social, as eventuais vantagens de uma cooperação ou outros fatores de natureza heterogênea, que poderiam desequilibrar a equidade necessária para o processo de construção. Sem ele, as pessoas seriam afetadas pelas contingências sociais ou naturais, o que inviabilizaria a possibilidade de equidade.

De outro modo, os parceiros disporiam de trunfos disparatados nas negociações, os quais afetariam o acordo concluído. A posição original representaria os parceiros não unicamente como pessoas morais, livres e iguais, mas como afetadas pelo acaso social e pelas contingências naturais. (RAWLS, 2002, p. 57)

Assim, as limitações sobre as contingências naturais ou sociais são um fator indispensável para o procedimento do construtivismo de Rawls. Em outras palavras, sem a limitação das informações imposta pelo véu da ignorância, não seria possível uma relação de equidade e o poder ou estratégia de uma pessoa ou grupo poderia se sobrepor aos demais, sem, contudo, ser a forma mais razoável de justiça.

Na posição original as pessoas são colocadas em situação de equidade e por tal situação, segundo Rawls, os princípios de justiça adotados serão razoavelmente justos no mais amplo sentido de justiça processualística pura.

Vê-se então que a posição original, tal como a descrevi, comporta um grau muito elevado de justiça processualística pura. Isso quer dizer que,

quaisquer que sejam os princípios selecionados pelos parceiros da lista das escolhas possíveis, eles serão justos. Em outras palavras, o resultado da posição original define o que se poderia chamar de os “bons” princípios de justiça. (...) A característica essencial da justiça processualística pura, distinta da justiça processualística perfeita, é a ausência de um critério independente de justiça. O que é justo se define apenas pelo resultado do próprio procedimento. (RAWLS, 2002, p. 58)

As pessoas, na posição original são descritas como racionalmente autônomas. A autonomia estaria na hipótese das pessoas concordarem com a concepção de justiça que seja mais razoável para elas, respeitando apenas, o que ordenam os princípios da racionalidade.

[...] defini a autonomia dos parceiros pelo fato de serem livres para dar sua concordância a qualquer concepção da justiça que lhes seja proposta como base na sua avaliação *Racional* das probabilidades que ela terá de favorecer seus interesses. (RAWLS, 2002, p. 60)

É importante destacar que o conteúdo dos princípios de justiça é definido pelo procedimento de construção, no qual as pessoas são representadas pela autonomia racional, sendo esse o fator que possibilita a cooperação.

Uma das razões para descrever a posição original como caracterizada por essa justiça processualística pura é a de nos permitir explicar em que sentido os parceiros, enquanto agentes racionais do processo de construção são igualmente autônomos (enquanto agentes). O recurso à justiça processualística pura implica, de fato, que os próprios princípios de justiça são construídos por um processo de deliberação, processo que se pode tornar visível graças à deliberação dos parceiros na posição original. (RAWLS, 2002, p. 58)

Ressalta-se que na sociedade bem ordenada as pessoas possuem motivos suficientes para acreditar que as suas instituições sociais são razoavelmente justificadas. Essa justificação de uma sociedade bem ordenada, ou ainda, esse sistema de fins últimos plenamente ordenados, é o que se pode chamar de uma concepção comum de bem que as pessoas possuem.

Todavia, é importante esclarecer que essa concepção de bem representa o que Rawls denomina por interesses superiores das pessoas durante o momento da posição original. Os interesses superiores demonstram que as pessoas possuem a capacidade de compreender e aplicar os princípios de justiça, para agir segundo o fundamento deles, e não apenas de acordo com eles. Os interesses superiores permitem, também, que as pessoas de uma sociedade bem ordenada tenham a

capacidade de revisar e defender a própria concepção que possuem de bem comum.

Consideramos portanto que as pessoas morais se caracterizam por duas faculdades morais e por dois interesses superiores que consistem na realização e no exercício dessas faculdades. A primeira permite dar mostras de um verdadeiro senso de justiça, isto é, de uma capacidade para compreender e aplicar os princípios de justiça, para agir segundo eles e não apenas de acordo com eles. A segunda consiste em formar, revisar e defender de modo *Racional* uma concepção do bem. (RAWLS, 2002, p. 60)

Conforme descrito acima, Rawls deixa transparecer que as faculdades morais consistem no senso de justiça e na concepção comum de bem. Da mesma forma, os interesses superiores referem-se ao desenvolvimento das faculdades morais e ao exercício delas.

A descrição dos interesses superiores pressupõe que eles não sejam de ordem apenas subjetiva, mas que também sejam aplicáveis à vida no seu grau mais elevado, causando impacto direto na definição dos princípios de justiça. Para Rawls, é essa possibilidade de ser movida por interesses superiores, que permite à pessoa ser vista como capaz de garantir, desenvolver e exercitar as suas faculdades morais.

As pessoas durante processo de construção são descritas como moralmente desenvolvidas, isto é, como pessoas que possuem uma concepção própria e particular do bem comum. A motivação pelos interesses superiores implica no interesse em proteger e efetivar essa concepção comum do bem. Segundo Rawls, apesar de ser elevada, essa motivação é subordinada ao senso de justiça.

Essa concepção (motivação pelos interesses superiores) produz igualmente uma terceira motivação, isto é, um interesse mais elevado que busca proteger e efetivar a sua concepção do bem da melhor forma que possam, seja ela qual for. A razão pela qual se trata apenas de um interesse mais elevado, e não superior, está em que, como vamos ver mais adiante, ele está subordinado, em certos aspectos essenciais, aos interesses superiores. (RAWLS, 2002, p. 61)

Assim, o véu da ignorância surge como a condição de possibilidade para que as pessoas, na posição original, sejam motivadas apenas pelos interesses superiores.

Segundo Rawls, isso seria possível em razão da preferência das pessoas pelos bens primários. Nesse sentido, enquanto agente de um processo de

construção, a pessoa seria dotada de desejos específicos para que na deliberação com os demais, seja possível um resultado preciso.

É nesse momento que se introduz a análise dos bens primários. Ao estipularmos que é com relação a suas preferências por esses bens primários que os parceiros avaliam as concepções da justiça, nós os dotamos, na medida em que eles são agentes racionais de um processo de construção, de desejos suficientemente específicos para que suas deliberações tenham um resultado preciso. (RAWLS, 2002, p. 61)

A preferência pelos bens primários é assim explicada por Rawls:

(I) As liberdades básicas (liberdade de pensamento e liberdade de consciência etc.) são as instituições do contexto social necessárias para o desenvolvimento e o exercício da capacidade de escolher, de revisar e de efetivar *Racionalmente* uma certa concepção do bem. Do mesmo modo, essas liberdades permitem o desenvolvimento e o exercício do senso da justiça em condições sociais caracterizadas pela liberdade.

(II) A liberdade de movimento e a livre escolha de sua ocupação, num contexto de oportunidades diversas, são necessárias para a consecução de fins últimos e para a eficácia da nossa decisão de revisá-la e modificá-las se o desejarmos.

(III) Os poderes e as prerrogativas das funções e dos postos de responsabilidade são necessários para desenvolver as diversas capacidades autônomas e sociais do eu (self).

(IV) A renda e a riqueza, consideradas no sentido amplo, são meios polivalentes (providos de um valor de troca) que permitem concretizar, direta ou indiretamente, quase todos os nossos fins, sejam eles quais forem.

(V) As bases sociais do respeito por si mesmo são constituídas pelos aspectos das instituições básicas que são, em geral, essenciais para os indivíduos a fim de que eles adquiram uma noção verdadeira de seu próprio valor enquanto pessoas morais e para que sejam capazes de concretizar os seus interesses de ordem mais elevada e de fazer progredirem os seus próprios fins com entusiasmo e autoconfiança. (RAWLS, 2002, p. 62)

A principal ideia em relação aos bens primários estaria na definição das condições sociais e nos meios que permitiriam à pessoa desenvolver e exercer as suas faculdades morais. Para Rawls, a concepção dos bens primários é a necessária para a construção de uma concepção mais razoável do que venha a ser justiça.

[...] os bens primários são definidos quando se indaga qual o gênero de condições sociais e de meios polivalentes que permitiriam aos seres humanos concretizar e exercer suas faculdades morais, bem como buscar seus fins últimos (que se supõe não excederem certos limites). (...) Ora, importa observar que a concepção que define as pessoas morais como tendo certos interesses superiores bem precisos condiciona a definição dos bens primários no quadro das concepções-modelos. (RAWLS, 2002, p. 63)

O que se deve enfatizar, pela perspectiva de Rawls, é que a chamada autonomia racional seria a condição que possibilita a cooperação das pessoas em face dos interesses superiores. Para Rawls, caso as pessoas não fossem mobilizadas pelos seus interesses superiores, elas não agiriam por autonomia, mas por heteronomia. Com isso, é possível afirmar que o interesse de ordem superior e o desejo pelos bens primários é a condição para definir a concepção do bem, o que garante o exercício das faculdades pessoais.

Observamos que essa autonomia depende certamente, em parte, dos interesses que mobilizam os parceiros e não apenas pelo fato de eles estarem ligados por algum princípio de justiça autônomo e anterior. Se os parceiros fossem movidos somente por impulsos de ordem inferior, como, por exemplo, a alimentação e a bebida, ou por certas vinculações a esse ou aquele grupo de pessoas, associação ou comunidade, nós os consideraríamos como heterônomos, e não como autônomos. (RAWLS, 2002, p. 64)

O desinteresse pelos bens de ordem inferior não corresponderia a uma concepção egoísta ou heterônoma, mas por outro lado, garantiria a efetivação da personalidade moral de cada pessoa.

Contudo, na base do desejo pelos bens primários encontram-se interesses superiores da personalidade moral e a necessidade de garantir nossa própria concepção do bem (seja ela qual for). Desse modo os parceiros não fazem mais do que assegurar e efetivar as condições necessárias para o exercício das faculdades que os caracterizam enquanto pessoas morais. É certo que uma motivação assim não é nem heterônoma nem egocêntrica. (RAWLS, 2002, p. 64)

É preciso dizer que a autonomia das pessoas durante o processo de construção está na percepção de que elas não são condicionadas a princípios de justiça pré-determinados como no caso do intuicionismo ou externos ao processo de construção como no utilitarismo. Deve-se ressaltar que as pessoas estão mobilizadas em prol dos seus interesses de ordem superior e, dessa forma, a autonomia das pessoas é garantida pela presença do véu da ignorância.

Em conclusão, por conseguinte, os parceiros, enquanto agentes racionais de um processo de construção, são descritos na posição original como seres autônomos sob dois pontos de vista. Em primeiro lugar, nas suas deliberações eles não precisam aplicar nem seguir princípios de justiça que seriam prévios e anteriores. É o que se expressa pelo uso da justiça processualística pura. Em segundo lugar, eles são descritos como não sendo mobilizados por seus interesses superiores, aqueles que têm por objeto suas faculdades morais, e por sua preocupação em efetivar seus fins

últimos, determinados, ainda que desconhecidos. A análise dos bens primários e sua definição exprimem esse aspecto da autonomia. Dada a existência do véu da ignorância, os parceiros só podem ser movidos por esses interesses superiores, que, por sua vez, eles devem concretizar por meio de sua preferência pelos bens primários. (RAWLS, 2002, p. 65)

Rawls ressalta que na posição original tanto a liberdade quanto à igualdade são demonstradas na perspectiva puramente formal.

Resta-nos examinar a representação da liberdade e da igualdade na posição original. No entanto assinalarei, para começar, que as duas faculdades das pessoas morais estão aí representadas de maneira puramente formal. (RAWLS, 2002, p. 98)

Destaca-se que na perspectiva do construtivismo rawlsiano, o senso de justiça das pessoas pressupõe que elas sejam capazes de compreender e aplicar os princípios de justiça que foram adotados. Esse senso de justiça pressupõe ainda, que as pessoas possuam um interesse em agir em conformidade com estes princípios. Pode-se afirmar que no construtivismo de Rawls, a concepção de justiça das pessoas é aquela que se apresenta como sendo a mais razoável.

É por isso que, como se supõe que haja com os parceiros, enquanto agentes de um processo de construção, um senso efetivo da justiça, isso significa que eles têm uma capacidade de compreender e de aplicar os diferentes princípios de justiça discutidos, bem como um desejo suficientemente forte de agir em função de princípios que serão adotados, sejam eles quais forem. Mas, como ainda não houve um acordo, o senso de justiça dos parceiros carece de conteúdo. Bem ponderadas as coisas, seu senso formal da justiça garante apenas que, enquanto membros da sociedade, eles possam seguir a concepção da justiça mais *Razoável*. Essa condição é preenchida pelo acordo original como um acordo *bona face*. (RAWLS, 2002, p. 98)

É preciso destacar que na sociedade bem ordenada, por outro lado, o senso de justiça que na posição original é meramente formal, se apresentará de forma indubitavelmente concreta.

Essa perspectiva existe porque deve ser considerada a harmonia entre a motivação das pessoas na posição original e as convicções compartilhadas por elas na sociedade bem ordenada.

A fim de evitar mal-entendidos, repito o que já disse mais acima. A motivação dos parceiros está em harmonia com a representação dos cidadãos como pessoas morais. A partir do momento em que eles são descritos como tendo faculdades morais, é normal que busquem concretizar

e exercer essas faculdades e que elas sejam dirigidas por aquilo que chamei de interesses superiores. (RAWLS, 2002, p. 99)

Pela teoria, os interesses superiores das pessoas durante o processo de construção, representam as faculdades consistentes no desenvolvimento e exercício da personalidade moral, ou seja, as pessoas são mutuamente desinteressadas das questões contingentes. Isso conduz à situação de simetria, que permite que a cooperação social seja buscada de forma objetiva e equitativa.

A autonomia das pessoas na posição original, por ser meramente formal, induziria à percepção de que as pessoas buscariam proteger as suas metas particulares para atingirem os seus fins subjetivos. Entretanto, em face dos cerceamentos impostos, os fins particulares são limitados por condições objetivas.

Isso nos leva a dizer que os parceiros são mutuamente desinteressados, isto é, que eles buscam proteger os interesses de sua personalidade moral. Para isso, tentam assegurar as condições sociais objetivas que lhes permitem avaliar *Racionalmente* seus fins últimos e desempenhar o seu papel cooperando com os demais num contexto social equitativo. Desse modo eles podem produzir os meios polivalentes de que têm necessidade para atingir tais fins. Dado que os parceiros são pessoas determinadas, eles tentam igualmente proteger sua própria capacidade de atingir suas metas particulares e proteger os objetos de seu afeto, sejam eles quais forem. (RAWLS, 2002, p. 99)

É preciso salientar que durante todo o procedimento do construtivismo, a autonomia de reivindicações aparece como uma forma de liberdade. Essa liberdade está na capacidade das pessoas agirem segundo os cerceamentos impostos pela concepção da posição original.

Um dos pontos centrais acerca dos cerceamentos está na questão de que as pessoas definem os princípios de justiça sem sofrer nenhum tipo de influência ou condicionamento exterior ou anterior ao procedimento do construtivismo. Para Rawls, isso demonstra a necessidade de se optar por uma concepção construtivista como alternativa para as concepções do intuicionismo ou do utilitarismo.

Ora, a liberdade das pessoas, vistas como fontes autônomas de reivindicações, é representada pelo fato de não se pedir aos parceiros que justifiquem as reivindicações que desejam fazer. Quer sejam cidadãos agindo como deputados de si mesmos ou os representantes dos interesses de algum outro, eles são livres para agir no quadro dos cerceamentos razoáveis implicados pela posição original. Cabe à autonomia *Racional* dos parceiros não fazer intervir os princípios dados anteriormente e exteriores a seu ponto de vista, aos quais teriam que se submeter. (RAWLS, 2002, p. 99)

É a autonomia em face desses fatores anteriores ou externos que define a liberdade das pessoas no momento da posição original.

Para Rawls, ainda que os fins últimos não sejam conhecidos (em vista dos cerceamentos impostos), a liberdade estará presente na posição original. Isso porque, as pessoas teriam certa vontade de desenvolver e exercer amplamente os seus interesses superiores.

No construtivismo kantiano, uma característica das pessoas (para as necessidades de uma concepção da justiça social) é que elas são capazes de dominar os seus próprios fins últimos e examiná-los com uma visão crítica no que concerne a uma noção do “*Razoável*” e do “*Racional*”. (RAWLS, 2002, p. 101)

Nessa perspectiva, durante o processo de construção, as pessoas não são movidas por interesses particulares nem por concepções subjetivas de bem, mas sim, por interesses superiores de ordem objetiva.

Segundo Rawls, como o véu da ignorância limitaria o conhecimento sobre os fins últimos, os princípios da justiça adotados seriam os necessários para a efetivação e aplicação dos interesses de ordem superior.

Para Rawls, o véu da ignorância é uma condição do construtivismo kantiano, uma vez que as pessoas não escolheriam seus argumentos com base nas vantagens particulares que poderiam alcançar e isso possibilitaria certa imparcialidade no acordo.

A argumentação kantiana procede de maneira inversa. Começa por negar qualquer informação aos parceiros e a seguir acrescenta apenas que é necessário para que eles possam chegar a um acordo *Racional*. Os princípios primeiros de justiça são aqueles que os agentes *Racionalmente* autônomos escolheriam visando assegurar as condições necessárias para o desenvolvimento e o exercício das suas faculdades morais e dos seus fins últimos determinados (ainda que desconhecidos). (RAWLS, 2002, p. 102)

Entretanto é preciso trazer a ressalva de que a simples imparcialidade não é suficiente. É preciso demonstrar que as pessoas não sofram nenhum tipo de influência ou contingência externa ao que possuem de si.

Não basta que eles sejam imparciais no sentido de que são incapazes de tirar vantagem de sua posição superior (se a têm). Eles devem, além disso, não ser influenciados por nenhuma informação particular que não faça parte de sua representação de si mesmos como pessoas morais, livres e iguais,

dotadas de uma visão determinada (ainda que desconhecida) do bem, a menos que essa informação seja necessária para se chegar a um acordo *Racional*. (RAWLS, 2002, p. 102)

É nessa perspectiva que se apresenta a igualdade, consistente em demonstrar todas as pessoas da mesma maneira e situá-las de forma igual.

Essa simetria aponta para que cada pessoa tenha os mesmos direitos e poderes durante o procedimento que define os princípios de justiça. Segundo Rawls, a simetria da posição original permite a situação de equidade entre as pessoas e essa equidade seria transferida para os princípios de justiça que foram adotados.

A representação da igualdade é uma questão muito fácil. Descrevemos simplesmente todos os parceiros da mesma maneira e os situamos de modo igual, isto é, numa posição simétrica uns em relação aos outros. Cada qual tem os mesmos direitos e os mesmos poderes no procedimento que permite concluir um acordo. Ora, para a teoria da justiça como equidade é essencial que a posição original seja equitativa em relação a pessoas iguais, de modo que essa equidade possa ser transferida para os princípios que serão adotados. (RAWLS, 2002, p. 103)

É preciso fazer a ressalva de que no procedimento do construtivismo a autonomia, consistente na liberdade e na igualdade demonstradas, é a propriedade necessária para se determinar os princípios de justiça que serão válidos para a estrutura básica de uma sociedade bem ordenada. Como as pessoas são iguais, elas devem ser representadas de maneira igual. Com isso, na posição original tem-se a equidade como sendo a maneira correta de representar igualmente as pessoas, porque é assim que cada uma se considerará na sociedade bem ordenada e como cada uma tratará as demais.

Para começar, importa especificar que é a estrutura básica da sociedade que é o objeto primeiro da justiça. Em seguida, quando se trata de determinar os princípios primeiros que se aplicarão a esse objeto, a única propriedade dos seres humanos que é preciso levar em conta é a posse das qualidades mínimas necessárias à personalidade moral (definidas por suas faculdades morais). (...) Para terminar, sustentamos que as pessoas iguais em todos os aspectos devem ser representadas de maneira igual. Essas hipóteses garantem que a posição original considere equitativamente pessoas morais iguais e, portanto, expresse corretamente o modo pelo qual os membros de uma sociedade bem ordenada se tratam uns aos outros. (RAWLS, 2002, p. 103)

Rawls destaca que a distribuição de dons ou habilidades naturais não podem fazer parte da concepção de justiça. Para ele não é possível falar em justo ou injusto no que se refere a essas habilidades, sendo que elas são apenas um fato

natural. Por outro lado, a questão da justiça social, segundo Rawls (2002, p. 105), estaria no “modo pelo qual as instituições sociais utilizam as diferenças naturais, permitindo que intervenham as contingências e o acaso”.

Seria pela razão acima descrita que os cerceamentos impostos às pessoas durante o procedimento de construção devem limitar as informações para que seja possível a definição de princípios de justiça que sejam os mais imparciais e razoáveis possíveis.

O véu da ignorância reflete essa ideia ao excluir qualquer informação sobre tais questões na posição original. Nem o mais favorecido nem o mais desfavorecido tem, enquanto tais, o direito de ser particularmente beneficiado. (RAWLS, 2002, p. 105)

As concepções anteriores ou exteriores ao procedimento do construtivismo devem ser excluídas da teoria da justiça como equidade. Somente assim, segundo Rawls, os princípios de justiça não seriam condicionados ou previamente concebidos. De outra forma as pessoas não teriam autonomia e não estariam na situação de igualdade necessárias para a definição dos princípios de justiça.

Nesse sentido:

Desse modo, os cidadãos vêm a merecer essa ou aquela situação particular em razão de suas próprias decisões e de seus esforços no âmbito de um sistema de cooperação efetivo no seio do contexto social, cujas regras são anunciadas publicamente e justificam as expectativas legítimas e os direitos adquiridos. (RAWLS, 2002, p. 106)

Conforme descrito acima, é possível entender que os elementos do razoável e do racional seriam propriedades que limitariam as pessoas durante o processo de construção. Assim, seria possível refletir nas pessoas o conteúdo da liberdade e da igualdade, próprios do procedimento do construtivismo.

A posição original é apresentada como o momento em que as pessoas, agindo autonomamente, pelos critérios descritos acima, definem os princípios da justiça que constituirão a estrutura básica da sociedade, sendo esta, o objetivo primeiro da teoria da justiça de Rawls.

[...] os parceiros na posição original só deveriam ser limitados ou influenciados na adoção dos princípios de justiça pelas propriedades que remetem ao “Razoável” e ao “Racional” e que refletem a liberdade e a igualdade das pessoas morais. A posição original serve portanto para vincular, da maneira mais explícita possível, a visão que os membros de

uma sociedade bem ordenada têm de si mesmos como cidadãos e o conteúdo de sua concepção pública da justiça. (RAWLS, 2002, p. 106)

Como dito anteriormente, o construtivismo de Rawls é na verdade um construtivismo kantiano. Todavia, nesse momento é preciso trazer a ressalva de que há uma diferença da versão rawlsiana do construtivismo kantiano, de uma teoria kantiana pura. A teoria de Rawls é uma teoria da justiça como equidade e pressupõe uma cooperação social por pessoas situadas numa relação de simetria; uma teoria puramente kantiana, pela análise do imperativo categórico, segundo Rawls (2002, p. 107) “se aplica às máximas pessoais de indivíduos sinceros e conscienciosos em sua vida cotidiana”, ou seja, cada um, individualmente, pela sua razão, julgaria a máxima da ação.

O modelo rawlsiano do construtivismo, por outro lado, pressupõe um acordo de cooperação social, sendo que as concepções individuais e particulares devem contextualizar com essa concepção coletiva.

Assim, o objeto primeiro da justiça é a estrutura básica da sociedade; os cidadãos devem chegar a um acordo público sobre uma concepção da justiça cujo primeiro objeto é essa estrutura social. Esse acordo é interpretado por meio do acordo unânime na posição original. (RAWLS, 2002, p. 107)

Segundo Rawls, os princípios de justiça são alicerçados nas instituições sociais e políticas da sociedade bem ordenada, consistindo no próprio fundamento destas instituições. Cumpre ressaltar que é a concepção da pessoa a condição da qual derivam as oportunidades e liberdades dos membros da sociedade bem ordenada.

Essa é uma percepção plena da autonomia que no construtivismo da teoria da justiça como equidade, se difere um pouco da noção puramente kantiana.

Na versão do construtivismo apresentada por Rawls, as condições sociais são necessárias para a concretização da cooperação entre as pessoas.

A teoria da justiça como equidade se afasta de Kant, portanto, ao mesmo tempo em razão da primazia que atribui ao social e da dimensão nova que a condição de plena publicidade dá a essa primazia (esta primazia pelo social demonstra o caráter político da teoria). (RAWLS, 2002, p. 109)

A concepção-modelo da posição original propõe o procedimento adequado no qual as pessoas integrantes a uma sociedade bem ordenada, definiriam o conteúdo dos princípios de justiça razoavelmente aplicáveis.

Todavia, vale a ressalva de Ferreira:

[...] ao afirmar que a descrição da posição original está em equilíbrio com “nossas” convicções refletidas não se refere à todo ser humano independentemente de seu contexto histórico e cultural; antes, diz respeito apenas àqueles que compartilham de certos ideais políticos característicos de regimes democráticos. (FERREIRA, 2005, p. 59)

Para Galvão:

Na hipótese da posição original não sabemos quem realmente somos na vida associativa, que posição social ocupamos, que profissão exercemos, se somos ricos ou pobres etc. Pode-se considerar apenas os aspectos gerais de forma de associação humana, inclusive para assuntos políticos e econômicos. (GALVÃO, 2001, p. 27)

Na posição original a liberdade e a igualdade são representadas por cerceamentos impostos às pessoas, consistindo os mesmos, em condição de possibilidade para a cooperação. Por esse procedimento próprio da versão rawlsiana do construtivismo, se tornaria possível, de forma objetiva, estabelecer a relação entre uma concepção própria da pessoa e os princípios da justiça.

3.1.1.3 A concepção-modelo da sociedade bem ordenada

Uma sociedade bem ordenada, para Rawls, se apresenta a partir de uma concepção pública da justiça, ou seja, com princípios da justiça que são compartilhados por cada pessoa da sociedade. A estrutura básica dessa sociedade é sustentada pelo respeito aos princípios de justiça que foram definidos no procedimento de construção. Isso significa que para que os princípios de justiça sejam reconhecidos como válidos, o procedimento pelo qual foram definidos, também deve ser reconhecido como válido.

Em primeiro lugar, uma sociedade desse tipo é de fato regida por uma concepção pública da justiça, ou seja, é uma sociedade na qual cada um aceita, e sabe que os demais também aceitam, os mesmos princípios de justiça. Além disso, a estrutura básica da sociedade – a organização de suas principais instituições num único sistema social – respeita de fato

esses princípios, e a opinião pública tem boas razões para acreditar que assim é. (RAWLS, 2002, p. 54)

Assim, as pessoas de uma sociedade bem ordenada são livres e iguais e reconhecem que as demais também o sejam nas suas relações e nas relações que possuem com as suas instituições políticas e sociais.

Em segundo lugar, os membros de uma sociedade bem ordenada são pessoas morais, livres e iguais, e eles se consideram a si mesmos e aos outros como tais em suas relações políticas e sociais (na medida em que elas dizem respeito a questões de justiça). (RAWLS, 2002, p. 55)

As pessoas consideram a si, bem como aos demais, como possuidoras de um direito igual de determinar como os princípios de justiça sustentam a sociedade bem ordenada. Elas possuem a liberdade para intervir nas instituições, nos objetivos fundamentais e de proteger os seus interesses. A liberdade está na capacidade de cada uma avaliar os interesses à base de argumentos racionais e razoáveis.

Os membros de uma sociedade bem ordenada são pessoas morais no sentido de que, a partir do momento em que atingem a idade da razão, todos possuem e reconhecem nos demais um senso de justiça, bem como uma compreensão do que é uma concepção do seu bem. Os cidadãos são iguais na medida em que se consideram uns aos outros como detentores de um direito igual de determinar e de avaliar de maneira ponderada os princípios primeiros de justiça que devem reger a estrutura básica da sua sociedade. Eles são livres na medida em que pensam ter o direito de intervir na elaboração de suas instituições comuns em nome de seus próprios objetivos fundamentais e de seus interesses superiores. (RAWLS, 2002, p. 55)

A estabilidade do senso de justiça no contexto político pode ser citada como característica da sociedade bem ordenada. Mesmo que a concepção-modelo da sociedade bem ordenada seja apenas uma descrição formal, já que ela não determina apenas por si os princípios de justiça, ela, pelo menos, possibilita as condições para a definição da posição original.

O essencial é que, quando formulamos a concepção-modelo da posição original, consideramos os parceiros como escolhendo princípios que devem servir de princípios efetivos e públicos de justiça para uma sociedade bem ordenada e, por conseguinte, para a cooperação social entre pessoas que se consideram a si próprias como livres e iguais. Se bem que essa descrição de uma sociedade bem ordenada seja formal, já que seus elementos, tomados por si mesmos, não implicam um conteúdo específico para os princípios da justiça, ela impõe diversas condições ao estabelecimento dessa posição original. Em especial, a concepção das pessoas morais como livres e iguais e a distinção entre autonomia *Racional*

e autônoma completa devem aparecer de maneira apropriada nessa descrição. (RAWLS, 2002, p. 55)

A posição original foi apresentada como o elo entre o conteúdo dos princípios de justiça e a concepção-modelo de pessoa. Isso só foi possível, segundo Rawls, em razão da consciência da concepção de sociedade bem ordenada e da definição do que seja a autonomia completa e a autonomia racional. É pela concepção-modelo da sociedade bem ordenada que se define o papel da posição original no procedimento do construtivismo e pelo qual se permite a definição dos princípios de justiça.

A sociedade bem ordenada, por essa perspectiva de Rawls, deve ser compreendida como aquela que se perpetua.

[...] uma sociedade bem ordenada é uma sociedade que se perpetua, uma associação autossuficiente de seres humanos que, como um Estado-nação, controla um território determinado. Seus membros veem a sua comunidade se expandir no tempo, ao longo de gerações sucessivas, e procuram reproduzir a si mesmos, bem como sua vida social e cultural, de maneira perpétua. (...) Enfim, uma sociedade bem ordenada é um sistema fechado, não há relações importantes com outras sociedades, ninguém entra nela vindo do exterior, pois todos nascem nela e nela passam toda a sua vida. (RAWLS, 2002, p. 80)

A perpetuação da sociedade bem ordenada partiria da ideia de que ela está de acordo com um contexto de justiça, do qual o ganho de uns jamais poderá representar a perda de outros.

Dado o contexto da justiça, os membros de uma sociedade bem ordenada não ficam indiferentes à maneira pela qual os frutos da sua cooperação social serão partilhados, e, para que a sua sociedade permaneça estável, a distribuição presente e a que se espera no futuro devem ser percebidas como sendo (suficientemente) justas. (RAWLS, 2002, p. 81)

As pessoas de uma sociedade bem ordenada concordam que as suas instituições sociais e políticas estão de acordo com a concepção pública de justiça. A estabilidade dessa sociedade é defendida pelos seus integrantes. Isso significa que as pessoas compreendem que essa sociedade está publicamente justificada.

[...] os cidadãos as defendem (instituições políticas e sociais de uma sociedade bem ordenada) porque têm boas razões para pensar que as suas instituições atuais estão em conformidade com a sua concepção pública efetiva de justiça. (RAWLS, 2002, p. 82)

A publicidade, no seu primeiro nível, implica no reconhecimento de que os princípios de justiça são publicamente justificados, pois segundo Rawls (2002, p. 82) “cada qual aceita e sabe que os demais igualmente aceitam os mesmos princípios e esse conhecimento, por sua vez, é reconhecido publicamente”.

Nesse primeiro nível da publicidade, portanto, as instituições sociais e políticas satisfazem o conteúdo dos princípios de justiça reconhecidos, compartilhados e defendidos como sendo os mais razoáveis.

[...] as instituições que compõem a estrutura básica da sociedade satisfazem de modo efetivo esses princípios de justiça e cada qual o reconhece, com toda razão, com base em convicções comuns compartilhadas que confirmam os métodos de pesquisa e as modalidades de argumentação que foram aceitos como apropriados para as questões de justiça social. (RAWLS, 2002, p. 82)

No seu segundo nível, a publicidade é representada pelas crenças publicamente compartilhadas que podem ser comprovadas a partir dos argumentos publicamente aceitos. Essas crenças permitem às pessoas, durante o procedimento do construtivismo, apontar quais seriam os princípios de justiça passíveis de serem escolhidos.

O segundo nível se refere às crenças gerais à luz das quais os próprios princípios de justiça podem ser aceitos, isto é, a teoria da natureza humana e das instituições sociais de maneira geral. Os cidadãos de uma sociedade bem ordenada estão, no seu conjunto, de acordo com essas crenças, porque elas podem ser provadas (como no primeiro nível) por métodos de pesquisa compartilhados publicamente e por meio de modalidades de argumentação reconhecidos como apropriados para esse caso. (RAWLS, 2002, p. 82)

O terceiro nível da publicidade é apontado por Rawls, como sendo a justificação do seu conteúdo, que define o fundamento dessa publicidade.

Ela (justificação) está refletida no direito e nas instituições políticas, nas tradições históricas e filosóficas de sua interpretação. Mais exatamente, a justificação completa implica um vínculo entre as concepções-modelos da doutrina moral e a concepção da pessoa, bem como da cooperação social que é peculiar à sociedade. (RAWLS, 2002, p. 83)

A partir do momento do qual as pessoas compreendem que a sociedade está alicerçada em bases democráticas, ter-se-á uma concepção completa da publicidade. Isso ocorre quando os três níveis de publicidade são satisfeitos na sociedade bem ordenada.

Uma sociedade bem ordenada satisfaz àquilo que eu chamaria de a condição completa de publicidade quando os três níveis se concretizam (reservo o adjetivo completo para os elementos que entram na formulação completa e integral da concepção de uma sociedade bem ordenada). (RAWLS, 2002, p. 83)

A sociedade bem ordenada é um ideal da cooperação social, ou seja, para Rawls (2002, p. 84) ela “implica também uma noção de cooperação em termos de equidade e de vantagem mútua”.

Segundo Rawls, a concepção-modelo de sociedade bem ordenada, descrita pelo procedimento do construtivismo, é a proposta mais ajustada para solucionar as divergências entre as múltiplas concepções de liberdade e igualdade.

Gostaria de explicar aqui que, numa sociedade bem ordenada, as sanções coercitivas raramente são aplicadas, se é que alguma vez o são (já que se supõe que nela os delitos são muito raros), e que não é necessário autorizar legalmente sanções severas. A estabilidade significa que, de modo geral, as regras institucionais são respeitadas e que o papel da máquina penal é manter a expectativa que os cidadãos tem, uns em relação aos outros, de que cada um respeitará sua firme intenção de obedecer às normas. (RAWLS, 2002, p. 84)

É importante destacar que a publicidade completa submete ao seu procedimento, a cooperação social entre as pessoas.

Quando os princípios políticos satisfazem à condição de publicidade completa, e as disposições sociais e as ações individuais são igualmente justificáveis os cidadãos podem justificar plenamente suas crenças e sua conduta para com outros membros da sociedade com a certeza de que o próprio reconhecimento público reforçará, em vez de enfraquecer, o entendimento público. (RAWLS, 2002, p. 85)

Conforme exposto acima, a ordem social na sociedade bem ordenada é estabelecida pelo entendimento público e não por crenças que possam ter sido historicamente concebidas. Dito de outra forma: seria a publicidade que garantiria que as pessoas dessa sociedade tenham a convicção que as suas concepções estejam satisfatoriamente fundamentadas. A publicidade completa, assim, seria uma demonstração da liberdade, pois nada haveria de ser ocultado.

A manutenção da ordem social não depende de ilusões historicamente contingentes ou institucionalizadas, nem de crenças errôneas quanto ao funcionamento das instituições. A publicidade garante que, na medida em que a forma realizável das instituições o permita, as pessoas livres e iguais estão em condições de conhecer e aceitar as influências do contexto social

que modelam a concepção que elas têm de si mesmas como pessoas, bem como o seu caráter e sua concepção do bem. Encontrar-se numa situação assim é uma condição prévia da liberdade, o que significa que nada é ocultado nem tem a necessidade de sê-lo. (RAWLS, 2002, p. 85)

A publicidade completa estaria no contexto da justiça como equidade enquanto justiça política. Nesse sentido:

Contudo, dado o contexto da justiça social (*the circumstances of justice*), a condição de publicidade completa se aplica somente aos princípios da justiça política, e não a todas as noções morais. (...) No caso de numerosas noções morais e filosóficas, não se pode chegar a um acordo público. O consenso ao qual se aplica a condição de publicidade fica portanto limitado, em sua amplitude, pela constituição moral pública e pelos termos fundamentais da cooperação social. (RAWLS, 2002, p. 85)

A cooperação social somente é possível pelo que se extrai da afirmação acima, ou seja, pelo reconhecimento público sobre as questões de justiça política. Isso que dizer que a particularidade ou pluralidade de concepções não impossibilitam a cooperação social e nem a definição da estrutura básica de uma sociedade.

Para concluir, direi que a concepção de uma sociedade bem ordenada inclui e generaliza a idéia de liberdade religiosa. Ela dá a concepção que as pessoas têm do bem um status público análogo ao da religião. Ainda que uma sociedade bem ordenada seja dividida e pluralista, seus cidadãos chegaram, não obstante, a um acordo sobre os princípios que devem reger as suas instituições básicas. (RAWLS, 2002, p. 86)

É importante dizer que na posição original a publicidade pressupõe que as pessoas, durante o processo de construção, escolham uma concepção de justiça sob a condição de que os primeiros princípios sirvam para uma concepção pública posterior.

Na realidade, a representação da publicidade (em todos os níveis) é muito simples. Requer-se apenas que os parceiros, enquanto agentes de um processo de construção, avaliem as concepções de justiça respeitando a condição seguinte, a saber, que os princípios que irão adotar sirvam de concepção pública da justiça. (RAWLS, 2002, p. 87)

Assim, será pelas regras adotadas pelas pessoas durante a posição original que se constatará o primeiro passo para que a condição de publicidade esteja presente. A avaliação de quais sejam as razões de justiça mais adequadas serão aquelas autorizadas pelas pessoas durante o procedimento construtivista. Nesse

sentido, Rawls (2002, p. 88) afirma que “as exigências da justiça têm a prioridade e são reconhecidas como determinantes quando se trata de encarar a estrutura básica da sociedade”.

A posição original, pelo o que foi exposto acima, pressupõe um momento no qual sejam definidos os princípios da justiça e outro que se refere à discussão que avalia a aplicabilidade dos princípios escolhidos.

Os parceiros reconhecem então que o acordo na posição original comporta duas vertentes: em primeiro lugar, um acordo sobre princípios de justiça e, em segundo lugar, um acordo relativo às modalidades de argumentação e às regras que permitem avaliar as provas que regem a aplicação desses dois princípios. (RAWLS, 2002, p. 88)

Para Rawls, essas percepções estão condicionadas à ideia do que ele chamou de véu da ignorância.

Essas observações estão ligadas às restrições contidas no véu da ignorância da maneira seguinte. O segundo nível de publicidade significa que as crenças gerais da teoria social e da psicologia moral de que se servem os parceiros para hierarquizar as concepções da justiça devem também ser conhecidas publicamente. Os cidadãos de uma sociedade bem ordenada sabem quais são as crenças que alicerçam os princípios de justiça adotados e que, por conseguinte, fazem parte da sua justificação pública completa. Isso pressupõe que, quando a posição original é constituída, nós estipulemos que os parceiros devem argumentar unicamente a partir de convicções gerais e comuns. (RAWLS, 2002, p. 89)

A concepção válida de justiça é alicerçada no reconhecimento público das condições da sociedade bem ordenada. Mesmo existindo divergências e visões distintas, estas, quando irreconciliáveis, não serão excluídas do procedimento do construtivismo.

A pluralidade de concepções diferentes é reconhecida pelo critério da publicidade como pertencente ao construtivismo. Isso permite uma definição comum de como os princípios de justiça serão avaliados. Ou seja, os princípios de justiça obedecem ao procedimento do construtivismo e são justificáveis para as pessoas que possuem crenças divergentes e diferentes concepções do bem.

A diversidade nasce naturalmente das nossas capacidades ilimitadas e das nossas perspectivas distintas. É pouco provável que todas as nossas diferenças sejam apenas produto da ignorância e do espírito de contradição ou das rivalidades que resultem da escassez de recursos. Na teoria da justiça como equidade, a existência de divergências de opinião profundas e irreconciliáveis, e que dizem respeito a questões capitais para o ser humano, é considerada como um dado permanente da condição humana e

deve ser tomada em consideração quando se constrói uma concepção da justiça. (RAWLS, 2002, p. 88)

Dessa forma, no construtivismo de Rawls o véu da ignorância limitará as pessoas de certas informações, mas não excluirá do procedimento as crenças opostas ou divergentes que cada uma possa ter. Os cerceamentos propostos pela definição do véu da ignorância e da condição de publicidade, não têm por finalidade reconhecer as pessoas como plenamente iguais, mas, por outro lado, possibilita colocá-las numa situação de equidade e simetria, para que os princípios de justiça sejam equitativamente válidos.

3.1.2 *Os princípios da justiça de John Rawls*

Segundo Rawls, nas democracias modernas existe um conflito sobre quais seriam os modelos mais adequados para as concepções de igualdade e liberdade. O seu procedimento, denominado como construtivista, segundo ele, seria o mais adequado para resolver esse conflito. O construtivismo de Rawls, assim, seria o procedimento pelo qual seja possível aplicar os princípios da igualdade e da liberdade sem que eles estejam em conflito ou que um seja sobreposto ao outro.

Rawls definiu assim os dois princípios de justiça:

O primeiro dos dois princípios poderia ser formulado como segue: primeiro – cada pessoa deve ter a mais ampla liberdade, sendo que esta última deve ser igual à dos outros e a mais extensa possível, na medida em que seja compatível com uma liberdade similar de outros indivíduos. Segundo – as desigualdades econômicas e sociais devem ser combinadas de forma a que ambas (a) correspondam à expectativa de que trarão vantagens para todos, e (b) que sejam ligadas a posições e a órgãos abertos a todos. (RAWLS, 1981, p. 67)

Pela teoria da justiça de Rawls, os dois princípios da justiça que integram a estrutura básica da sociedade são definidos como a “liberdade Igual” e a “diminuição das desigualdades sociais”. Esses princípios, pelo procedimento proposto, seriam os mais razoáveis a serem selecionados pelas pessoas durante o processo de construção.

Os princípios que seriam definidos na posição original teriam plena aplicação e validade na estrutura básica de uma sociedade bem ordenada, devendo, segundo

Rawls (1981, p.68), “governar a atribuição de direitos e deveres, assim como regular a distribuição dos benefícios socioeconômicos”.

Enquanto o princípio da liberdade igual é aplicável à atribuição de direitos e deveres, o princípio da igualdade regularia a distribuição dos benefícios sociais.

Esses dois princípios constituem os direitos e as liberdades definidos pelas regras públicas da estrutura básica de uma sociedade bem ordenada.

É importante dizer que a liberdade igual é alcançada quando são garantidas as liberdades básicas:

[...] a liberdade política (o direito de voto e a elegibilidade para cargos públicos) associada à liberdade de expressão e de reunião; a liberdade de consciência e de pensar; a liberdade pessoal associada ao direito à propriedade; a liberdade de não ser preso arbitrariamente e de não ser retido fora das situações definidas pela lei. (RAWLS, 1981, p. 68)

Esse primeiro princípio não prevalece sobre, mas possui uma prioridade em relação ao segundo, já que seria a liberdade igualitária a capacidade de justificação da diminuição das desigualdades sociais.

A liberdade igualitária afirma que os valores de uma sociedade bem ordenada sejam igualmente distribuídos entre as pessoas.

Todos os valores sociais – liberdade, oportunidade, renda, bens e as bases do respeito próprio – deveriam ser distribuídos igualmente, a menos que uma distribuição desigual de um destes valores, ou de todos, viesse a trazer vantagens para alguns. (RAWLS, 1981, p. 68)

Para Rawls, a prioridade do primeiro princípio em face do segundo atende à necessidade da liberdade igual como garantia de eficiência da diminuição das desigualdades sociais.

Esse primeiro princípio estabelece que:

[...] simplesmente que certos tipos de regras, aquelas que definem as liberdades básicas, apliquem-se a todos igualmente e que se autorize a mais extensa liberdade possível compatível com uma liberdade igualitária para todos. (RAWLS, 1981, p. 68)

Para Rawls as liberdades básicas constituem o primeiro princípio da justiça, pois possuem prioridade. A limitação da liberdade só seria justificável para garantir direitos igualitários, ou seja, para garantir outras liberdades iguais.

A prioridade da liberdade implica, na prática, que uma liberdade básica só pode ser limitada ou negada a fim de salvaguardar uma ou várias das outras liberdades básicas, e jamais, como disse acima, em nome do bem público ou de valores perfeccionistas. (RAWLS, 2002, p. 150)

Com relação ao segundo princípio, ele é referente, segundo Rawls (1981, p. 68) “aos propósitos de organizações que se utilizam de diferenças na autoridade e na responsabilidade ou na corrente de comando”.

A distribuição de renda e oportunidades deve ser não apenas igualitária, mas deve também possibilitar a maior vantagem possível para todos.

Quanto à distribuição de bens e rendas, ela não deve ser necessariamente igualitária, deverá sempre ser de forma a dar a maior vantagem possível para todos, sendo que, ao mesmo tempo, as posições das autoridades e dos órgãos de comando devem ser acessíveis a todos. (RAWLS, 1981, p. 68)

Isso significa que eventuais desigualdades não seriam injustas, pois pertenceriam ao próprio processo de construção.

A concepção geral de justiça não impõe restrições permitindo qualquer tipo de desigualdade; a concepção geral de justiça requer apenas que a posição de todos seja melhorada [leva-se em consideração para tanto os princípios da justiça válidos para esta sociedade]. (RAWLS, 1981, p. 69)

As liberdades de cidadania igual e a igualdade de oportunidades seriam, assim, os objetivos de uma sociedade bem ordenada.

O segundo princípio insiste no fato de que cada pessoa deve beneficiar-se das desigualdades autorizadas pela estrutura básica, isto é, deve ser *Razoável* que cada homem representativo, definido através desta estrutura, considere tal escolha como um assunto importante, preferindo projetos como desigualdades a projetos igualitários. (RAWLS, 1981, p. 70)

Para Rawls, a configuração dos dois princípios da justiça como elementos da estrutura básica de uma democracia, resolveria o conflito existente entre as concepções de liberdade e de igualdade. A definição desses dois princípios, durante o procedimento, pressupõe que eles sejam os escolhidos pelas pessoas que estariam numa situação de equidade e simetria.

A equidade e simetria nas quais as pessoas foram colocadas no momento da posição original seriam transladadas para os princípios de justiça e, por consequência, prevaleceriam na sociedade bem ordenada.

As pessoas dessa sociedade, por estarem em simetria e equidade, defenderiam a validade e a aplicação dos princípios de justiça que foram anteriormente escolhidos.

Significa dizer que os princípios de justiça que foram escolhidos para as pessoas que estavam numa situação de equidade na posição original, seriam equitativamente válidos para essas pessoas no momento da sociedade bem ordenada. Em outras palavras, haveria justiça porque as pessoas deveriam obediência somente aos princípios que se puseram de acordo quando estavam numa situação de igualdade. A pessoa só deveria obediência à lei que ela mesma criou numa situação de igualdade e liberdade em relação às demais pessoas.

3.2 A justificativa para a utilização do construtivismo de John Rawls

O construtivismo de Rawls, pela própria definição do adjetivo kantiano, é sustentado pela concepção de pessoa enquanto dotada de dignidade. A concepção-modelo de pessoa é apresentada no procedimento como sendo o centro gravitacional do qual resultariam o conteúdo dos princípios da justiça que seriam aplicáveis numa sociedade bem ordenada.

É certo pela versão rawlsiana do construtivismo, que as pessoas integrantes do processo de construção definem o conteúdo dos princípios de justiça.

O que distingue a versão kantiana do construtivismo é, essencialmente, que ela propõe uma concepção particular da pessoa e que faz disso um elemento de um procedimento *Razoável* de construção cujo resultado determina o conteúdo dos princípios primeiros de justiça. Em outras palavras, ela estabelece um certo procedimento de construção que satisfaz a certo número de exigências razoáveis, e no âmbito desse procedimento as pessoas caracterizadas como agentes racionais desse processo de construção definem, por sua concordância, os princípios primeiros de justiça. (RAWLS, 2002, p. 47)

Assim, o construtivismo de Rawls pressupõe um procedimento no qual existe um elo entre a concepção de pessoa no sentido kantiano do termo e os princípios da justiça que sejam válidos numa sociedade.

A ideia diretora consiste em estabelecer uma relação satisfatória entre uma concepção particular da pessoa e os princípios primeiros de justiça por meio de um procedimento de construção. Numa ótica kantiana, a concepção da pessoa, o procedimento e os princípios primeiros devem estar ligados de uma certa maneira que, é claro, permite variações. (RAWLS, 2002, p. 47)

Com relação ao adjetivo kantiano para o construtivismo de Rawls, vale a ressalva de que ele não é uma teoria kantiana propriamente dita. O adjetivo kantiano se dá mais em face da proximidade do que por uma questão de identidade com uma teoria propriamente kantiana.

Isso porque, o construtivismo de Rawls é demonstrado sob condições que justificam uma concepção válida de justiça para uma filosofia política.

A teoria da justiça como equidade, evidentemente, não é uma teoria kantiana no sentido estrito. Ela se afasta do texto de Kant em inúmeros pontos. O adjetivo kantiano exprime apenas uma analogia, não uma identidade; ele indica que minha doutrina se parece, em boa parte, com a de Kant, e isso se dá a respeito de muitos pontos fundamentais, pelo que ela está bem mais próxima dela do que das outras doutrinas morais tradicionais que nos servem como termos de comparação.

Na doutrina kantiana que vou apresentar, as condições que permitem justificar uma concepção da justiça só são válidas se, no contexto da cultura política, for estabelecida uma base que permita a argumentação e o entendimento políticos. (RAWLS, 2002, p. 47)

Na teoria proposta por Rawls, a intenção seria justificar o porquê de uma instituição política de uma sociedade ser aceitável pelas pessoas que dela compartilham. Isso se mostra possível quando se recorre a fundamentos válidos e compartilhados publicamente.

É importante destacar que essas concepções somente serão aceitáveis, na perspectiva da justiça como equidade, se as pessoas se considerarem como capazes de defini-las independentemente da posição social ou dos seus objetivos particulares.

O construtivismo rawlsiano tem a finalidade de justificar a possibilidade das pessoas concordarem sobre a concepção de justiça que seja a mais razoável para uma sociedade, pois segundo Rawls:

Justificar uma concepção kantiana no quadro de uma sociedade democrática não quer dizer simplesmente argumentar de maneira correta a partir de certas premissas ou a partir de premissas publicamente compartilhadas e mutuamente aceitas. A verdadeira tarefa consiste em descobrir e em formular as bases mais profundas desse acordo que se pode esperar estejam enraizadas no bom senso. (RAWLS, 2002, p. 50)

É destacado que fora da teoria não existiria uma pacificação acerca da maneira de organização política que equilibrasse as concepções de liberdade e

igualdade. Isso ocorreria porque as concepções de igualdade e liberdade não seriam apresentadas de forma a satisfazer uma concepção contemporânea de democracia.

Por sua vez, o construtivismo de Rawls apresenta as concepções de liberdade e igualdade de forma conciliada, satisfazendo as possibilidades de cooperação social para a escolha dos princípios da justiça.

Nestes últimos dois séculos, aproximadamente, o desenvolvimento do pensamento democrático mostrou que, na verdade, não existe concordância sobre o modo de organizar as instituições sociais básicas de maneira que elas respeitem a liberdade e a igualdade dos cidadãos, considerados como pessoas morais. Não existe, expresso de maneira que reúna a aprovação geral, um acordo satisfatório a respeito das idéias de liberdade e de igualdade implícitas na cultura pública das democracias. O mesmo acontece quando se trata de encontrar uma conciliação entre essas duas aspirações. Ora, uma concepção kantiana da justiça busca dissipar o conflito entre diferentes interpretações da liberdade e da igualdade. (RAWLS, 2002, p. 49)

Isso é possível porque na definição dos princípios da liberdade e igualdade, as pessoas serão reconhecidas de forma equitativa. Por tal razão, elas conseguiram se por de acordo sobre os princípios da justiça. Essa situação de equidade entre as pessoas no momento da posição original, quando seriam escolhidos os princípios de justiça, permanecerá como vigente na sociedade bem ordenada.

Isso, segundo Rawls, é necessário para que se resolva o conflito contemporâneo entre liberdade e igualdade, que deve ser superado nas atuais democracias. Para Rawls, essa visão tem não apenas uma necessidade teórica, mas principalmente uma possibilidade prática de eficácia.

A eficácia da fundamentação de Rawls se dá na ligação entre a concepção de pessoa e o fundamento dos princípios da justiça. É por essa razão que as pessoas seriam capazes de agir racionalmente e razoavelmente, possibilitando o acordo.

Ora, como disse mais acima, o que é específico de uma doutrina kantiana é a relação entre o conteúdo da justiça e uma certa concepção da pessoa como livre e igual, como capaz de agir ao mesmo tempo de modo *Racional* e *Razoável* e, por conseguinte, como capaz de participar da cooperação social entre pessoas assim concebidas. (RAWLS, 2002, p. 50)

O construtivismo de Rawls supõe uma concepção de pessoa que seja não apenas satisfatória, mas a mais satisfatória e razoável para uma sociedade.

O construtivismo kantiano pretende recorrer a uma concepção da pessoa que seja aquela que a cultura adota implicitamente ou, pelo menos, que se revela aceitável pelos cidadãos; uma que lhes tenha sido apresentada e explicada corretamente. (RAWLS, 2002, p. 51)

Pela proposta teórica, todos os institutos devem ser justificados a partir da concepção que é dada à pessoa que será destinatária dos princípios da justiça e pela própria concepção que a pessoa tem de si. A justiça, nesse sentido, deve ser aquela aceitável para todas as pessoas que compreendam a sua relação consigo mesmas e com a sociedade.

Devo agora ressaltar que o que denomino “tarefa verdadeira” não é, em primeiro lugar, um problema epistemológico. A procura de argumentos razoáveis que permitiriam chegar a um acordo e que estejam enraizados na nossa concepção de nós mesmos, bem como na nossa relação com a sociedade, substitui a procura de uma verdade moral fixada por uma ordem de objetos e de relações independentes e anterior, seja ela divina ou natural, uma ordem distinta e separada da nossa concepção de nós mesmos. A tarefa consiste em elaborar uma concepção pública da justiça que seja aceitável para todos os que consideram sua pessoa e sua relação com a sociedade de uma determinada maneira. (RAWLS, 2002, p. 51)

Dito de outra forma, a justiça deve ter em si a percepção das pessoas que se reconheçam como tais.

O que justifica uma concepção da justiça não é, portanto, que ela seja verdadeira em relação a uma determinada ordem anterior a nós, mas que esteja de acordo com a nossa compreensão em profundidade de nós mesmos e o fato de que reconheçamos que, dadas a nossa história e as tradições que estão na base da nossa vida pública, ela é a concepção mais *Razoável* para nós. (RAWLS, 2002, p. 51)

Conforme a descrição acima, é importante destacar que o construtivismo de Rawls sugere uma objetividade, por ser compreensível como sendo um ponto de vista socialmente aceitável por todas as pessoas que participam do processo de construção.

O construtivismo kantiano sustenta que a objetividade moral deve ser compreendida como um ponto de vista social corretamente construído e aceitável para todos. Fora do procedimento pelo qual se constroem os princípios de justiça, não existem fatos morais. Só se pode saber se certos fatos devem ou não ser reconhecidos como razões em matéria de justo e de justiça, ou qual o peso a lhes ser atribuído no âmbito do procedimento da própria construção e, por conseguinte, do ponto de vista das ações de agentes racionais de um processo de construção, com a condição de que sejam corretamente representados como pessoas livres e iguais. (RAWLS, 2002, p. 51)

A descrição das pessoas como livres e iguais é apresentada como uma condição para os princípios de justiça. É a representação das pessoas como livres e iguais que permitiria demonstrar e justificar as suas ações durante o processo de construção.

Por tal razão, é preciso compreender que uma teoria construtivista se alicerça nas justificativas dos princípios que não são postos heteronomamente, mas que se justificam pelo próprio procedimento de construção.

Na proposição do adjetivo kantiano feito ao seu construtivismo, Rawls entende que os fundamentos da teoria estariam na possibilidade dos princípios de justiça não sofrerem nenhum tipo de influência das contingências e das inclinações possíveis ao ser humano.

Nesse sentido, seria na autonomia kantiana que Rawls pressupõe a possibilidade da pessoa compreender-se como um fim em si e como um fim restritivo para todos os fins possíveis.

No reconhecimento da pessoa como um fim em si estaria o reconhecimento dela como dotada de dignidade e, nessa perspectiva, ela não poderia ser vista simplesmente como meio para este ou aquele querer.

A pessoa, enquanto fim em si, não poderia ser vista como um meio qualquer de alguma vontade. Por tal razão, ela não seria um valor relativo ou condicionado. Nessa projeção, a pessoa deve ser compreendida como um valor supremo, incondicionado e absoluto.

Essa compreensão da pessoa como fim absoluto se dá pela sua autonomia, ou seja, pela sua compreensão que é independente dos fatores heterogêneos. A vontade da pessoa dada pela sua autonomia preconiza que ela seja determinada apenas pela lei que deu a si mesma e não pelas imposições externas (heteronomia).

Por isso a compreensão de que na autonomia está a condição para que a pessoa seja dotada de dignidade, sendo esta, o reconhecimento do ser humano como um fim em si.

Ao contrário de outras teorias como as intuicionistas ou utilitaristas, ou mesmo outros tipos de construtivismos, na teoria de Rawls há uma condição que fundamenta todas as outras condições. Essa condição é a concepção de pessoa.

Em Kant, segundo a teoria de Rawls, estaria clara a colocação da concepção de pessoa como fundamento das demais concepções:

Assim, respeitar as pessoas é reconhecer que elas possuem uma inviolabilidade fundada na justiça, que não pode ser sobrepujada nem mesmo pelo bem-estar da sociedade como um todo. [...] As prioridades lexicais da justiça representam o valor das pessoas que, segundo Kant, estão acima de qualquer preço. (RAWLS, 1981, p. 653)

Nessa concepção, a pessoa ocupa um lugar essencial para o desenvolvimento do construtivismo de Rawls.

Para reforçar a proposição de Rawls, há a afirmação de que em Kant as pessoas são necessariamente uma limitação para toda a sorte de fins possíveis.

É preciso compreender que no construtivismo de Rawls, a concepção de pessoa condiciona o conteúdo dos princípios de justiça que serão válidos para uma sociedade bem ordenada.

[...] a ideia principal do construtivismo kantiano [que o diferencia de outros tipos de construtivismo], que consiste em estabelecer uma relação entre os princípios primeiros de justiça e uma concepção da pessoa moral que a considera como livre e igual. (RAWLS, 2002, p. 111)

Para Rawls, os princípios da justiça consistem na apresentação adequada de uma democracia moderna que equilibra as noções de liberdade e da igualdade. Por tal razão, no construtivismo os princípios da liberdade e igualdade serão definidos por pessoas que terão em si, o próprio fundamento para eles.

Cumpramos ressaltar que a objetividade do construtivismo de Rawls está na ideia de cooperação social e concepção pública de justiça que se impõe a concepções subjetivistas. A objetividade está na concepção de que os princípios da justiça são os mais razoáveis para uma democracia moderna.

Essa análise da objetividade traz a implicação de que é preferível apresentar os princípios de justiça não como verdadeiros, mas sim como os mais razoáveis para nós, dada a nossa concepção de pessoa [considerada como moral, livre e igual]. (RAWLS, 2002, p. 111)

Um ponto para a adoção da teoria de Rawls como válida está no fato de que o conteúdo dos princípios não são imediatamente evidentes, como no intuicionismo, mas estão na sua correlação com a concepção da pessoa que os fundamenta. É a constituição da concepção de pessoa que determina o conteúdo dos princípios da justiça.

No mesmo sentido, o utilitarismo não seria adequado, uma vez que ele sustenta os seus princípios na utilidade que possuem, mesmo que isso venha a superar a concepção de pessoa como fim em si. O utilitarismo não seria um critério justificável para a definição dos princípios da justiça, porque eles seriam definidos por um jogo de tentativa-erro.

A ideia essencial é que tais procedimentos devem estar fundados de maneira satisfatória na razão prática, ou seja, em noções que caracterizam as pessoas enquanto razoáveis e racionais e que são incorporadas no modo pelo qual concebem a si mesmas, enquanto tais, como a sua personalidade moral livre e igual. (RAWLS, 2002, p. 120)

Como foi dito, no construtivismo proposto por Rawls é da correta concepção da pessoa que derivam os princípios de justiça.

Em outras palavras, os princípios primeiros de justiça devem decorrer de uma concepção da pessoa graças a uma representação satisfatória dessa concepção, como ilustra o procedimento de construção na teoria da justiça como equidade. (RAWLS, 2002, p. 120)

Nesse sentido, a concepção de pessoa é o elemento central da teoria de Rawls, justamente pela capacidade de determinar o conteúdo dos princípios de justiça que terão validade numa sociedade bem ordenada.

É importante recordar que na teoria de Rawls, chamada de teoria da justiça como equidade, os princípios são vistos sob o parâmetro de um acordo público aplicável às questões de justiça social.

Na teoria da justiça como equidade, isso quer dizer que os princípios adotados pelos parceiros na posição original são concebidos por eles em vista de um acordo público e aplicável às questões de justiça social, bastando para estabelecer uma cooperação social efetiva e equitativa. (RAWLS, 2002, p. 121)

Compreendendo a justificativa que a teoria de Rawls tem para si mesma, qual seria a justificativa para a sua doação para uma teoria de direito penal?

É preciso compreender que as estruturas e institutos desenvolvidos para o direito penal, historicamente, não tiveram como ponto de partida a concepção de pessoa reconhecida como um fim em si. É inquestionável que o desenvolvimento do direito penal nos últimos séculos, tenha se dado no intuito de limitar o poder de punir

do Estado e de humanizar as sanções impostas às pessoas que praticam fatos definidos como crimes.

Todavia, esse desenvolvimento teórico do direito penal, mesmo implicando em importantes avanços para a limitação da sua violência, é sustentado em concepções de natureza intuicionista ou utilitarista.

Quando são lançadas perguntas sobre os fundamentos da pena ou sobre a natureza da sanção penal, quando são criados institutos que tratam da prevenção geral/especial ou de simples reprovação para o crime, em verdade, as penas são justificadas enquanto úteis ou em critérios intuídos (retribuição natural).

Os princípios de justiça descritos por Rawls correspondem aos princípios da liberdade e da igualdade. Por concepções intuicionistas ou utilitaristas, esses princípios foram desenvolvidos a partir da ideia de Estado, soberania e sociedade. Rawls, por sua vez, lançou a pergunta sobre quem exerce esses princípios ou quem têm direitos a eles. Reconhecendo que são as pessoas as destinatárias dos princípios da justiça, ele entendeu que o desenvolvimento desses princípios deveria partir da concepção de pessoa e não, por exemplo, da concepção de Estado ou sociedade.

Pela mesma lógica, lança-se a pergunta: quem é o destinatário da pena ou da intervenção penal?

Se o infrator (pessoa) é o destinatário da intervenção penal, não seria razoável o desenvolvimento de uma teoria que partisse dele?

Para Rawls, os seres humanos são dignos porque eles são submetidos a princípios de justiça que foram construídos e definidos a partir da concepção deles enquanto pessoa, ou seja, a partir da concepção da pessoa enquanto dotada de dignidade. Dito de outra forma, no construtivismo de Rawls os princípios de justiça são definidos a partir da concepção de dignidade da pessoa humana.

Para uma teoria penal, justificar a intervenção ou a aplicação de uma pena a partir da pessoa à quem ela é direcionada, corresponderia ao construtivismo de Rawls. As penas seriam justificadas não em razão da sua utilidade ou por critérios intuicionistas, mas em face dos seus destinatários, tendo como fundamento a dignidade humana.

Portanto, a justificativa para a adoção do construtivismo de Rawls está na hipótese do desenvolvimento de uma teoria de intervenção penal que tenha como eixo gravitacional o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.3 Afinal, o que é dignidade humana?

O princípio da dignidade da pessoa humana está normatizado na Constituição Federal no art. 1º, inciso III, como fundamento da República Federativa do Brasil. A Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu preâmbulo, prevê o reconhecimento da dignidade como inerente aos membros da família humana, sendo o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos reconhece no seu art. 11.1, que toda pessoa tem o direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

Reconhecendo a sua normatividade em textos de proteção a garantias fundamentais, é preciso definir o que vem a ser a dignidade humana. Essa definição, pelo seu contexto antropológico, prescinde da concepção e pessoa.

Vaz (2014), em resposta à indagação sobre o que venha a ser o ser humano, afirma que a análise pode ser a) por um contexto histórico, partindo da concepção clássica, passando pela medieval e moderna até a concepção contemporânea ou b) por um contexto sistemático, que partindo de uma antropologia filosófica, analisa as estruturas fundamentais do ser humano.

Para Alexy (2015), a definição pode se dar a) por elementos descritivos e normativos, b) pelo conceito duplo-triádico de pessoa ou c) pelo conceito ponte.

3.3.1 A concepção histórica de pessoa na antropologia filosófica de Vaz

Na sua Antropologia filosófica, Vaz faz uma definição histórica das concepções ocidentais de pessoa, iniciando pela concepção clássica, passando pela concepção cristã-medieval, depois pela concepção moderna e por fim, pelas concepções da filosofia contemporânea.

3.3.1.1 A concepção clássica de pessoa

Vaz busca a definição clássica da pessoa, do ponto de vista histórico, na cultura grega arcaica que teria florescido nos séculos VIII e VII a.C.. Ele demonstra concepções diferentes como as definições da cultura grega arcaica, da filosofia pré-

socrática, transição socrática, antropologia platônica, antropologia aristotélica, idade helenística e antropologia neoplatônica.

Para definir a concepção da cultura grega arcaica, Vaz aduz que ela pode ser descritas a partir de três linhas dominantes, sendo a) a teológica ou religiosa, b) a cosmológica e c) a antropológica. Com relação à interseção dessas linhas, ele salienta:

O pessimismo, que domina a época arcaica, acentua a inexorabilidade do destino e, diante dele, o desamparo do homem e o vão inútil assomo do hybris. O moralismo que, já presente no epos homérico (Odisseia, A, 32-43), acabará prevalecendo na idade clássica, funda-se sobre a descoberta da responsabilidade pessoal, tentando circunscrever a esfera da realidade sobre a qual o homem pode estender seu poder de escolha. (VAZ, 2014, p. 33)

No período grego arcaico haveria inicialmente uma concepção pela qual existiria uma linha divisória entre a concepção do mundo divino e a do mundo humano, passando por uma contemplação e admiração da ordem do mundo compartilhada pelas várias culturas gregas, tendo por um lado uma visão pessimista da figura do ser humano e por outro uma visão moralista.

Pela visão da filosofia pré-socrática, é reconhecida a relação de “superioridade” da pessoa sobre outros seres vivos, em razão da sua “aptidão” manifestada pela prerrogativa da linguagem e pensamento. Nesse sentido:

O pensamento de Diógenes estabelece uma linha de transição com a primeira filosofia pré-socrática do século VI a.C., denominada pelo problema da physis e da busca pelo princípio (arché) explicativo do seu movimento e do seu vir-a-ser. A individualidade do homem aparece abrigada na majestade da physis e na ordem do mundo. (VAZ, 2014, p. 35)

Na concepção da filosofia pré-socrática, como ensina Vaz, havia uma tendência de pensar a pessoa segundo a ordem da natureza, numa correspondência homem-cosmo. Haveria ali, uma feição entre a concepção cosmológica e antropológica da pessoa.

Por sua vez, Sócrates representaria para a filosofia ocidental uma inflexão decisiva que orienta o pensamento antropológico.

Sócrates nada escreveu, como é sabido. Mas o tema constante de sua meditação que as fontes contemporâneas nos transmitem gira em torno do que é propriamente “humano” ou das “coisas humanas”. Na visão socrática,

o “humano” só tem sentido e explicação se referido a um princípio interior ou a uma dimensão de interioridade presente em cada homem e que ele designou justamente com o antigo tempo de “alma” (*psyché*), mas dando-lhe uma significação essencialmente nova e propriamente socrática. (VAZ, 2014, p. 39)

Vale ressaltar que a definição mais próxima do conceito da “alma” socrática, seria a ideia de excelência ou virtude, pois como adverte Vaz (2014, p. 39) “alma, segundo Sócrates, é a sede de uma *areté* que permite medir o homem segundo a dimensão interior na qual reside a verdadeira grandeza do homem”.

Na concepção de pessoa da antropologia platônica, entende-se o humano como sendo uma síntese da tradição pré-socrática, da tradição sofística da pessoa como ser de cultura e da tradição socrática da “alma”.

Na verdade, a antropologia platônica apresenta uma unidade que resulta da síntese dinâmica de temas, cuja oposição se concilia do ponto de vista de uma realidade transcendente à qual o homem se ordena pelo movimento profundo e essencial de todo o seu ser: a realidade das ideias. É essa ordenação transcendente que explica, no homem, a polaridade constitutiva da vida da “alma” (*psyché*) em sua condição terrena. (VAZ, 2014, p. 41)

Essa concepção parece conciliar as visões anteriores e talvez por essa razão, Vaz entende que a influência do platonismo seja uma das mais importantes sobre a concepção clássica de pessoa.

Com relação à concepção aristotélica, é importante destacar que o termo antropologia não foi criado por Aristóteles, mas para Vaz, ele seria um dos fundadores da forma antropológica de se pensar, pois a sua filosofia seria propriamente uma “filosofia das coisas humanas”.

O centro da concepção aristotélica do homem é, assim, a *physis*, mas animada pelo dinamismo teleológico da forma (*entelécheia*) que lhe é imanente e, como forma ou *eidos*, é o seu núcleo inteligível. Aristóteles transpõe assim para o horizonte da *physis* o *telos* ou o fim do ser e do agir do homem, que Platão situara no horizonte do mundo ideal. (VAZ, 2014, p. 45)

Nesse contexto, a antropologia aristotélica integra uma estrutura biopsíquica, lançando as bases para uma ideia de autonomia ao descrever o ser humano como àquele que move a si mesmo e uma estrutura que compreende a pessoa como distinta de todos os outros seres da natureza em razão da sua racionalidade. Mas,

como sugere Malta (2016, p. 96), o “homem” aristotélico se realiza nas suas relações entre homens.

Apesar das variações sobre a concepção humana, um ponto central da percepção grega clássica está no fato de que os indivíduos se realizavam enquanto pessoas, apenas enquanto membros de uma determinada comunidade social. Como explica Herrero:

Os indivíduos, os gregos, só se sentiam realizados na sua humanidade e na sua liberdade enquanto membros dessa determinada comunidade social que era a polis grega. Por isso, para eles, só os cidadãos eram livres, isto é, só alguns e não o homem enquanto tal. Nessa forma de vida os gregos não tinham alcançado ainda o grau mais avançado de reflexão sobre uma liberdade baseada na subjetividade do indivíduo enquanto tal, independentemente de todo condicionamento natural de nascimento, raça, religião e educação. (HERRERO, 2006 p. 24)

Verifica-se que a concepção de pessoa só faria sentido para pessoa enquanto pertencente à comunidade e não da pessoa enquanto tal.

Por outro lado, nas concepções helenísticas sobre o ser humano, a pessoa seria definida a partir da sua individualidade, mas que não se confunde com o individualismo moderno, sendo, portanto, uma definição clássica.

A época helenística (séculos III-I. a.C.) caracteriza-se, do ponto de vista da concepção do homem, pelo advento do indivíduo ao centro da reflexão filosófica, consequência do declínio e fim da polis grega como comunidade soberana na qual o indivíduo se sentia plenamente integrado. Mas o individualismo helenístico tem características próprias que o tornam um capítulo da concepção do homem clássico, e seria um erro tentar compreendê-lo à luz do individualismo moderno. (VAZ, 2014, p. 51)

É importante compreender que no período helenístico, a concepção de pessoa caracterizada pelo individualismo estaria no sentido de que ela havia se desgarrado do espaço natural da polis que antes era o que lhe dava sentido enquanto comunidade nativa.

Já no neoplatonismo, teria florescido um clima cultural bem diferente daquele presenciado nas grandes escolas filosóficas antecedentes.

Nesse sentido:

A concepção neoplatônica do homem constitui o estágio final da concepção clássica e, embora recolha os elementos principais da tradição antiga, alguns de seus aspectos anunciam já um novo ideal de humanidade, que encontrará no Cristianismo sua plena expressão. (VAZ, 2014, p. 56)

É preciso compreender que o neoplatonismo estava intimamente ligado à filosofia da religião e por isso, são acentuados os seus traços espirituais. Nesse contexto, a) há a ideia inteligível do ser humano que compreende a presença da faculdade sensível, b) há a ideia da estrutura superior da pessoa que é um reflexo da estrutura triádica da realidade superior na qual ela estaria inserida e c) há a ideia da descida da alma ao corpo que, enquanto evento natural implicaria na relação da *psyché* individual com o seu corpo.

3.3.1.2 A concepção cristã-medieval da pessoa

Inicialmente é preciso destacar, conforme aduz Brandão (2019, p. 219) que o “povo grego não atribuiu o caráter de Homem a todo o ser com o patrimônio genético semelhante ao do que hoje se chama *ser humano*”.

Brandão salienta ainda:

A origem da ideia atual de pessoa deita suas raízes na Idade Média. E é a filosofia cristã que dará o norte desse pensamento: não se reconhecerá o ser humano por ele integrar a atividade política do Estado, mas por ele ser uma criatura feita à imagem e semelhança de Deus e ser o objeto do amor divino. (BRANDÃO, 2019, p. 220)

No período cristã-medieval, seriam três as concepções de pessoa, sendo a) a concepção bíblica, b) a concepção da antropologia patrística e c) a concepção medieval.

Apesar da prevalência ter sido do século VI ao XV, essa concepção cristã-medieval possui forte influência para as concepções moderna e contemporânea de pessoa. Cumpre dizer que mesmo sendo uma concepção teológica, as suas definições provêm em grande parte da filosofia grega. Segundo Vaz, por constituir uma instância última de referência, a concepção bíblica do ser humano teria uma primazia em termos de normatividade.

Sobre a concepção bíblica:

No entanto, a concepção bíblica é formulada na linguagem religiosa da revelação. Há nela, pois, um discurso sobre o homem que se supõe ter origem numa fonte transcendente. Esse discurso contém uma teologia implícita, ou seja, uma referência à sua origem como fundamento de sua verdade, referência que se tornará teologia explícita quando transposta em

conceitos e métodos próprios do pensamento filosófico. É nesse sentido que se pode falar de uma teologia bíblica do homem, e é nela que se delineiam os traços fundamentais da antropologia bíblica que serão retomados pela antropologia cristã. (VAZ, 2014, p. 62)

Esses traços, no entendimento de Vaz, seriam a) a unidade radical do ser do homem, definida pela relação constitutiva que o ordena à audição da palavra divina, e b) a manifestação progressiva do ser e do destino do homem por meio do desenvolvimento da história da salvação.

Já na concepção da antropologia patrística:

A antropologia cristã na tradição patrística sofre mais profundamente a influência da filosofia grega. Ela acentua, assim, o caráter ontológico da concepção do homem, o que não deixa de gerar tensões e dificuldades com o caráter histórico da visão bíblica. (VAZ, 2014, p. 66)

Ao falar dessa antropologia a partir das meditações de Agostinho, Vaz aponta como tópicos fundamentais a) o homem como ser uno, assegurada pela referência ao horizonte teológico, b) o homem como ser itinerante, consistindo na concepção do tempo como caminho para a eternidade e c) o homem como ser-para-Deus, que daria sentido definitivo à unidade e itinerância do ser humano.

Com relação à concepção medieval do ser humano, ela é dada, segundo Vaz, por Tomás de Aquino:

O lugar do homem na hierarquia dos seres aparece a Sto. Tomás essencialmente determinado por sua natureza racional. É em função desse problema que a definição do homem como *animal rationale*, além de seu interesse teórico, adquire igualmente um significado prático fundamental. Com efeito, é a partir da racionalidade como diferença específica do homem, encontrando o seu lugar na natureza, pode empreender a busca do seu fim. (VAZ, 2014. P. 75)

Na concepção medieval da pessoa há, portanto, um equilíbrio trazido por Tomás de Aquino à tensão que segundo Vaz, existia entre a concepção aristotélica e a concepção agostiniana.

Um traço importante da concepção cristã-medieval é a reflexão da pessoa enquanto tal e não apenas como importante para a comunidade. Segundo Herrero (2006, p. 24), isso teria surgido com o cristianismo e se tornado realidade a partir da idade moderna, notadamente, segundo ele, a partir das revoluções industriais e políticas ocorridas na Europa.

3.3.1.3 A concepção moderna de pessoa

No período moderno a ideia de pessoa pode ser dividida em: a) concepção do ser humano no humanismo, b) concepção racionalista, c) concepção da idade cartesiana, d) concepção na época da ilustração e e) concepção em Kant.

Antes de se passar às definições, destaca-se que a concepção moderna do ser humano emerge quase completamente no século XV, tendo seus traços completados e integrados até o século XVIII.

No humanismo, a concepção moderna é assim destacada:

Na ordem das ideias, a civilização da Renascença veio a ser conhecida como idade do humanismo. Esse termo tem aqui uma conotação peculiar: indica ao mesmo tempo uma nova sensibilidade em face do homem e a redescoberta e exaltação da literatura clássica, sobretudo latina, considerada a mais alta expressão dos valores preconizados pelo humanismo e o mais apto instrumento para elevar o homem à altura de sua verdadeira humanidade: *homo humanus*. (VAZ, 2014, p. 80)

É importante dizer que o tema dignidade humana apareceu na Renascença, sendo assim descrito por Vaz:

A exaltação de *dignitate et praestantia hominis* não é, porém, apenas um motivo literário, mas responde, de fato, à exigências profundas da nova sensibilidade em face do homem e de suas obras, que seria o traço característico o humanismo. (VAZ, 2014, p. 83)

Continuando, o autor aduz:

É então que aparece, com efeito, uma consciência da humanidade ou das características essenciais do homem (*homo humanus*) em sua universalidade abstrata e não mais limitado pelas particularidades segundo as quais o homem antigo ou medieval se considerava (*civis, servus, christianus, paganus* etc.). Pode-se dizer que essa consciência da humanidade é, provavelmente, o ponto de vista que reúne todos os aspectos da antropologia renascentista.

Percebe-se pela ideia do humanismo, a recolocação do ser humano como imagem do *homo universalis*, havendo uma ruptura com a definição cristã-medieval.

Já pela concepção racionalista, Vaz explica:

É com R. Descartes (1596-1650) que a antropologia racionalista encontrará sua expressão paradigmática, de modo a se poder falar do homem racionalista como do homem cartesiano. A originalidade do projeto cartesiano de filosofia aparece já na inversão por ele levada a cabo na ordem tradicional do saber filosófico, que progredia da Física à Metafísica, sendo que na Física o homem encontrava seu lugar como “ser da natureza” (essa a acepção antiga do conceito de *natura humana*, *hé anthrópinê physis*), ao mesmo tempo em que, pelo *noús* ou *intellectus*, passava além das fronteiras da Física e penetrava no terreno da Metafísica, constituindo-se em *horizon et confinium* entre o corporal e o espiritual ou entre o físico e o metafísico. (VAZ, 2014, p. 86)

Também, na concepção cartesiana:

O homem da idade cartesiana será assinalado por dois traços peculiares: o moralismo, na tradição de Montaigne continuada pelos grandes moralistas do século XVII como La Bryère e La Rochefoucauld; e o chamado humanismo devoto (expressão de Enri Bremond) que refletirá uma nova sensibilidade religiosa em face da razão cartesiana e da divisão religiosa da Europa. (VAZ, 2014, p. 90).

Vaz termina as definições de pessoa na concepção moderna descrevendo a época da ilustração e a concepção de Kant. Com relação à época da ilustração, ele ensina que:

Humanidade, Civilização, Tolerância, Revolução, entre outras, são essas as ideias diretrizes que, elaboradas segundo critérios fundamentais das luzes e do progresso, estruturam o espaço a ocupar o centro do qual irradiam as linhas de inteligibilidade. Assim, o século da Ilustração assiste ao nascimento da Antropologia propriamente dita, como ciência do homem que engloba os vastos campos de investigações e sistematização que se desenvolvem no século XVII. (VAZ, 2014, p. 105)

Com relação à concepção kantiana, ela será trazida posteriormente às demais definições de Vaz e Alexy, uma vez que ela é essencialmente determinante para o construtivismo de Rawls. Mas de um ponto de vista central, na concepção moderna, como explica Herrero (2006, p. 25) “o homem moderno sabe que todos os homens são livres”.

3.3.1.4 A concepção contemporânea de pessoa

Na filosofia contemporânea, as concepções de pessoa, segundo Vaz, são: a) a concepção do idealismo alemão, b) a concepção hegeliana, c) a concepção pós-hegeliana e d) a pluriversalidade da filosofia atual.

Na concepção do idealismo alemão, haveria uma resistência à época da ilustração e uma primazia do sentimento sobre a razão, com o *eu sensível* sobre o *cogito racional*.

[...] o homem romântico aspira ao universal, vem a ser, a integrar-se numa totalidade orgânica, integração que se cumpre sobretudo pela arte. O individualismo romântico é, assim, profundamente diferente do individualismo racionalista: neste o indivíduo se define pelo seu *Cogito* que o une à razão universal; naquele o indivíduo se define pelo seu sentimento do *Eu* que o leva a comungar com o *Todo* orgânico ou com o *Uno* que é. (VAZ, 2014, p. 116)

Pela concepção hegeliana, a concepção de pessoa estaria nos níveis a) da relação com o mundo natural, que define a posição dialética entre o homem e o mundo da natureza em Espírito, b) da relação com a cultura, que integra a complexidade da realidade humana, c) da relação com a história, que reconhece a inflexão historicocêntrica que deu um novo estatuto ontológico da liberdade, considerando o ser humano como um ser histórico e d) da relação com o absoluto, sendo que as instâncias do Espírito Absoluto seriam a arte, a religião e a filosofia.

Como, no sistema hegeliano, tout tient à tout, em sua concepção do homem estarão dialeticamente articulados os momentos da natureza, do espírito individual ou espírito subjetivo, do espírito na história ou espírito objetivo e, finalmente, do Absoluto. Nessa articulação dialética, entrelaçam-se as influências do racionalismo e do romantismo de um lado, da herança clássica e da herança cristã de outro. (VAZ, 2014, p. 121)

Nas definições do próprio Hegel:

A personalidade só começa quando o sujeito tem consciência de si, não como de um eu simplesmente concreto e de que qualquer maneira determinado, mas sim de um eu puramente abstrato e no qual toda limitação e valor concretos são negados e invalidados. (HEGEL, 2003, p. 40)

Já no pós-hegelianismo, conhecido como hegelianismo de esquerda, buscou-se fazer uma crítica social e política a partir dos métodos de Hegel. Os principais representantes, segundo Vaz, seriam Feuerbach e Karl Marx.

Para Vaz, Feuerbach:

Propõe, assim, uma concepção rigorosamente materialista do homem, definido como “ser sensível”. Ele se afasta, portanto, decididamente, da tradição clássica do “animal racional” ou do kantiano *Vernunftwesen*, e

rejeita igualmente o conceito hegeliano de Espírito (*Geist*). Mas a ideia feuerbachiana do homem apresenta peculiaridades que explicam sua profunda influência, primeiramente no pensamento do jovem Marx ou no chamado “humanismo marxista” e, mais recentemente, na “reviravolta antropocêntrica” que teve lugar na teologia cristã”. (VAZ, 2014, p. 134),

Houve em Feuerbach, segundo Vaz, uma desmitologização da teologia ou um antropoteísmo, sendo que o homem seria o único deus para o homem e a religião seria a consciência da própria essência do homem.

Já na visão marxiana, segundo Vaz:

[...] o homem se apresenta como instância normativa à luz da qual é possível julgar as teorias e práticas sociais da época e, mais ambiciosamente, desvendar a própria significação da história humana. [...] Para Marx, a especificidade do homem se destaca sobre o fundo das características que ele tem em comum com os animais. Seja o homem, seja o animal se definem pelo tipo de relação que os une à natureza, isto é, pela forma como vivem a sua vida. (VAZ, 2014, p. 136)

Por fim, quando trata da pluriversalidade da filosofia atual, Vaz preconiza que:

As antropologias filosóficas contemporâneas preferem reconhecer a pluridimensionalidade dos sentidos que a experiência de seu próprio ser revela ao homem e procuram situar-se numa perspectiva que lhes pareça privilegiada para, a partir dela, construir um discurso englobante e coerente sobre a totalidade da experiência humana. Nesse caso não é a centralidade de um lugar único gerador de sentido (como o *lógikon* clássico ou o *Cogito* cartesiano), mas a pluralidade de lugares de sentido que permite igualmente a pluralidade dos discursos antropológicos. (VAZ, 2014, p. 154)

Continuando:

A filosofia contemporânea inclina-se, assim, a conceber o homem como ser *pluriversal*, no sentido de que, na representação de sua situação em face da realidade, opera-se uma inversão na direção dos vetores que circunscrevem o lugar ontológico do sujeito: para o homem universal esses vetores convergem, segundo a metáfora da reflexão sujeito-realidade; do homem *pluriversal* esse vetores irradiam, segundo a modalidade da abertura do sujeito às várias regiões do ser que se oferecem ao seu conhecimento e à sua ação. (VAZ, 2014, p. 155)

Foram vistas até o momento, as concepções de pessoa trazida por Vaz num contexto histórico, partindo da concepção clássica, passando pela medieval e moderna até a concepção contemporânea. Além do contexto histórico, Vaz elaborou

um contexto sistemático, que a partir de uma antropologia filosófica, analisa as estruturas fundamentais do ser humano.

Esse contexto sistemático será demonstrado agora e posteriormente serão demonstradas as concepções trazidas por Alexy.

3.3.2 *A concepção sistemática de pessoa na antropologia filosófica de Vaz*

Na sua Antropologia filosófica, Vaz elaborou um contexto sistemático para a definição de pessoa, que parte das estruturas fundamentais do ser humano, sendo essas estruturas a) a categoria do corpo próprio, b) a categoria do psiquismo, e c) a categoria do espírito.

Ao tratar da categoria do corpo próprio como estrutura fundamental do ser humano, Vaz não se refere à entidade físico-biológica, mas ao corpo enquanto dimensão constitutiva e expressiva do ser da pessoa. Essa dimensão constitutiva e expressiva do ser da pessoa passaria por três estágios, sendo a) a pré-compreensão do corpo próprio, b) a compreensão explicativa da corporalidade e c) a compreensão filosófica ou transcendental do corpo.

Na pré-compreensão do corpo, Vaz explica que:

Pelo corpo o homem está presente no mundo. Mas, segundo se entenda o corpo como totalidade físico-orgânica e o corpo como totalidade intencional, é oportuno distinguir uma presença natural (presença impropriamente dita ou simples estar-aí) e uma presença intencional (presença no sentido próprio ou ser-aí). Pela primeira, o homem está no mundo ou na natureza em situação fundamentalmente passiva. Pela segunda, o homem está no mundo em situação fundamentalmente ativa, ou é ser-no-mundo. (VAZ, 2014, p. 179)

No estágio de compreensão explicativa da corporalidade:

No caso da compreensão explicativa do corpo, sabemos que a mediação entre o que é dado ou a Natureza (N) e a Forma (F) é exercida pelo Sujeito (S) abstrato, ou seja, enquanto obedece às regras metodológicas e à formalização do conhecimento científico. Essa mediação estabelece, pois, uma distância intencional entre o homem e o seu corpo. O homem adquire um conhecimento científico do corpo objetivizado segundo conceitos e leis de um saber empírico-formal. (VAZ, 2014, p. 182)

Já na compreensão filosófica ou transcendental, o corpo surge como primeiro enigma para o ser humano que se volta para a compreensão de si mesmo.

Nesse sentido:

Podemos dizer, por conseguinte, que a autocompreensão filosófica do homem enuncia, em seu ponto de partida, duas proposições fundamentais.

- 1) o corpo é o próprio sujeito (Eu), estruturando-se em formas expressivas que traduzem os diversos aspectos de sua presença exteriorizada (ou espaço-temporal) no mundo;
- 2) o corpo é o sujeito dado a essas formas expressivas da natureza do sinal na relação intersubjetiva com o Outro, e a natureza de suporte das significações na relação objetiva com o mundo. (VAZ, 2014, p. 185)

Assim como na categoria corporal, na compreensão do ser humano pela categoria do psiquismo, há a divisão nos estágios da pré-compreensão, compreensão explicativa e compreensão filosófica ou transcendental.

Na pré-compreensão do psiquismo, o ser humano tenta compreender a si mesmo como ser psíquico partindo da situação fundamental que é a situação de estar no mundo. Na compreensão explicativa, por meio da ciência do psiquismo (Psicologia), o ser humano parte para a compreensão da sua estrutura constitutiva, na medida em que pode ser investigado experimentalmente.

Na compreensão filosófica do psiquismo:

Podemos, assim, enfeixar nas seguintes proposições o momento categorial do psíquico na construção do discurso filosófico sobre o homem:

- 1) o homem é o (seu) psiquismo. Ou seja, o psiquismo é um momento categorial (princípio da limitação eidética) da afirmação transcendental de seu próprio ser pelo homem;
- 2) o homem não é o (seu) psiquismo. Ou seja, a limitação tética da autoafirmação do sujeito em sua amplitude transcendental ultrapassa os limites do eidos do psíquico, definido em sua oposição ao somático. Segue-se daqui a impossibilidade de se esgotar no psíquico o movimento dialético da autoafirmação do sujeito. (VAZ, 2014, p. 199)

A categoria do espírito para explicação da concepção de pessoa, também foi elaborada a partir dos estágios da pré-compreensão, compreensão explicativa e compreensão filosófica ou transcendental.

Inicialmente é preciso compreender a definição vaziana de espírito, que é concebido como:

[...] como espírito ele é, pois, o lugar de acolhimento e manifestação do Ser e do consentimento ao Ser: *capax entis*. O espírito não pode, por conseguinte, ser considerado, em sua amplitude transcendental, uma estrutura ontológica do homem irrevocavelmente ligada à sua contingência e finitude, como o são o somático e o psíquico. O espírito é, segundo a terminologia clássica, um *perfectio simplex*: em si mesmo, atualidade infinita

do ser. Por isso mesmo, é pelo espírito que o homem participa do Infinito. (VAZ, 2014, p. 205)

Nesse sentido, segundo Vaz, na concepção de pessoa pela pré-compreensão do espírito, o ser humano permanece na situação de simples estar no mundo. Na compreensão explicativa do espírito, Vaz (2014, p. 213) salienta que a ele não podem ser aplicados os procedimentos metodológicos da ciência, mas aduz que só pelo espírito a pessoa opera humanamente e produz obras propriamente humanas.

Na compreensão filosófica:

Como foi anteriormente observado, a noção de espírito transcende os limites da conceptualidade antropológica. Sendo correlativa à noção de ser, é uma noção analógica que conota, primeiramente, uma perfeição simples, em si mesma absoluta e infinita. É, pois, uma noção transcendental no sentido clássico do termo. A categoria do espírito no homem ou a estrutura noético-pneumática de seu ser é atravessada pela tensão entre o categorial e o transcendental, entre o nível conceitual da afirmação do homem como espírito e o nível conceitual da afirmação da transcendência do espírito sobre o homem. (VAZ, 2014, p. 214)

Foram trazidas até o momento, as concepções históricas e sistemáticas de pessoa a partir da Antropologia filosófica de Lima Vaz. Essas concepções são importantes porque a definição de dignidade do ser humano se dá a partir da ideia de pessoa que é trabalhada.

As concepções trazidas por Lima Vaz são importantes, para que se tenha uma ideia da evolução e/ou modificação do conceito de pessoa ao longo da história e pelo desenvolvimento da filosofia, seja a partir de uma filosofia ética, seja a partir da filosofia do direito.

Agora serão demonstradas as concepções de pessoa trazidas por Robert Alexy.

3.3.3 A concepção de Robert Alexy

A definição de dignidade da pessoa, segundo Alexy, se dará a) pelos elementos descritivos e normativos, b) pelo conceito duplo-triádico e c) pelo conceito ponte.

Nos elementos descritivos e normativos, Alexy explica:

Se a garantia da dignidade humana pode e deve ter a estrutura de um princípio, então a concepção relativa está correta. Os princípios são mandamentos de otimização. A resposta à questão se a garantia da dignidade humana pode ter a estrutura de um princípio, portanto, resume-se em saber se a dignidade humana é “algo” que pode “ser realizado na maior extensão possível, segundo as possibilidades jurídicas e fáticas consideradas”. Isso, uma vez mais, depende do que a dignidade humana é, vale dizer, depende do conceito de dignidade humana. O conceito de dignidade humana é um conceito altamente complexo que conjuga aspectos descritivos ou empíricos com elementos normativos ou avaliativos.

[...] Do ponto de vista da teoria jurídica, no entanto, uma base empírica mais ampla parece ser preferível, pois a proteção jurídica da dignidade humana não se limita à proteção da autonomia, no sentido de autolegislação moral. Isso inclui, por exemplo, também o direito de existir e o direito de tomar decisões de qualquer tipo. (ALEXY, 2015, p. 23)

Na base trazida para estabelecer o conceito duplo-triádico, é defendido que para considerar algo ou alguém como pessoa, é preciso atender às condições da inteligência, do sentimento e da consciência.

A minha principal tese sobre o conceito de pessoa é que este conceito tem uma estrutura duplo-triádica. Para ser considerada pessoa, deve-se atender a três condições, por dois turnos seguidos. A tríade tem por condições: a um, a inteligência; a dois, o sentimento; e, a três, a consciência. Ressalve-se que possuir inteligência, tão somente, não garante a condição de pessoa; basta registrar que também os computadores a têm, *mutatis mutandi*, e não são pessoas, até o ponto atual de seu desenvolvimento. A vinculação estabelecida entre a inteligência e o sentimento, de igual forma, é incompleta para caracterizar a condição de pessoa, tanto que os animais podem ser, ao menos até determinado grau, inteligentes e sensíveis, e nem por isso são considerados pessoas. (ALEXY, 2015, p. 24)

O conceito ponte, pelas explicações de Alexy, se daria pela conexão entre o conceito de dignidade e o conceito de pessoa.

O aspecto normativo é representado pela conexão entre o conceito de pessoa e do conceito de dignidade humana. Essa conexão pode ser expressa da seguinte forma: toda pessoa possui dignidade humana. Essa afirmação é verdadeira, mas não torna explícita a dimensão normativa da dignidade humana. Isso pode ser feito por meio da ligação do conceito de dignidade humana com o conceito de valor, como Ronald Dworkin faz com o seu “princípio do valor intrínseco”, ou relacionando o conceito de dignidade humana com os conceitos de deveres e direitos.

No direito, a última parece ser a alternativa preferível. (ALEXY, 2015, p. 26)

Essa percepção de Alexy pode ser descrita nas ideias de que a) todos os seres humanos devem ser levados a sério como pessoas e de que b) a dignidade humana dá a todos os seres humanos o direito de serem levados a sério como pessoas.

3.3.4 A concepção de dignidade humana em Kant

Dentre opções que possam existir, por coerência com a proposição desse trabalho e em obediência ao modelo construtivista de Rawls, a definição do conceito para a dignidade da pessoa humana será a trazida por Kant, na sua Fundamentação da metafísica dos costumes, ou seja, a definição da pessoa como um fim em si.

El hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre al mismo tiempo como fin²⁸. (KANT, 2007, p. 41)

Para Alexy:

O elemento descritivo mais frequentemente mencionado é a autonomia, e a formulação mais proeminente é a de Kant: A autonomia é, portanto, a base da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional. Do ponto de vista da teoria moral, Kant está certo. (ALEXY, 2015, p. 24)

Para Kant, a pessoa deve ser sempre e simultaneamente considerada como fim em si, seja qual for a sua ação, seja qual for o direcionamento desta ação. Ele explica que enquanto objetos e seres irracionais possuem um valor relativo, os seres humanos, como um fim em si, possuem um valor absoluto. Os seres relativos não são chamados de pessoas, mas sim, de coisas.

[...] los seres racionales llámense *personas* porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto, limita en ese sentido todo capricho (y es un objeto del respeto)²⁹. (KANT, 2007, p. 42)

Sobre Kant, Herrero explica:

Ele teve o grande mérito de ter proclamado irrevogavelmente essa subjetividade do indivíduo enquanto tal, sua autonomia moral interna como

²⁸ Tradução livre: O homem, e em geral todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não apenas como um meio para qualquer uso desta ou daquela vontade; ele deve em todas as suas ações, não apenas aquelas dirigidas a si mesmo, mas aquelas dirigidas a outros seres racionais, sempre ser considerado ao mesmo tempo como um fim.

²⁹ Tradução livre: Os seres racionais se autodenominam pessoas porque sua natureza já os distingue como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser usado apenas como meio e, portanto, limita nesse sentido todos os caprichos (e é um objeto de respeito).

fundamento último da liberdade. [...] o homem só é verdadeiramente livre quando pode querer “que ele mesmo esteja em tudo o que faz”. [...] Com o ponto de vista kantiano da moralidade chegou-se a proclamar como princípio universal que a liberdade do indivíduo enquanto tal é a alavanca básica sobre a qual o homem se move. (HERRERO, 2006, p. 24)

No mesmo contexto, aduz Ferrajoli:

Aquilo que tem um preço, escreve Kant, pode ser substituído com qualquer coisa de outro, a título equivalente; ao contrário, aquilo que é superior àquele preço e que não admite equivalente é aquilo que tem uma dignidade... Aquilo que permite que qualquer coisa seja fim em si mesmo (Zweck na sic selbst) não tem somente valor relativo, e, isto é, um preço, mas tem um valor intrínseco, e, isto é, uma dignidade. E isto que possui uma dignidade (um valor interior absoluto), acrescenta Kant, não é outro que o homem considerado como pessoa. (FERRAJOLI, 2011, p. 104)

Ao reconhecer que a pessoa é um fim em si, reconhece-se também que ela é um fim objetivo, ou seja, ela não pode ser condicionada, substituída ou relativizada por outro fim, qualquer que seja o seu valor.

Éstos no son, pues, meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor *para nosotros*, sino que son *fines objetivos*, esto es, cosas cuya existencia es en sí misma un fin, y un fin tal, que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir de medios, porque sin esto no hubiera posibilidad de hallar en parte alguna nada *con valor absoluto*; mas si todo valor fuere condicionado y, por tanto, contingente, no podría encontrarse para la razón ningún principio práctico supremo³⁰. (KANT, 2007, p. 42)

Kant salienta que essa representação da pessoa como um fim em si possui uma necessidade universal.

Si, pues, ha de haber un principio práctico supremo y un imperativo categórico con respecto a la voluntad humana, habrá de ser tal, que por la representación de lo que es fin para todos necesariamente, porque es *fin en sí mismo*, constituya un principio *objetivo* de la voluntad y, por tanto, pueda servir de ley práctica universal. El fundamento de este principio es: *la naturaleza racional existe como fin en sí mismo*. Así se representa necesariamente el hombre su propia existencia, y en ese respecto es ella un principio *subjetivo* de las acciones humanas³¹. (KANT, 2007, p. 42)

³⁰ Tradução livre. Estes não são, então, meros fins subjetivos, cuja existência, como efeito de nossa ação, tem um valor para nós, mas são fins objetivos, isto é, coisas cuja existência é em si mesma um fim, e tal fim, que em seu lugar, nenhum outro fim pode ser colocado para o qual devam servir de meio, porque sem isso não haveria possibilidade de encontrar em lugar nenhum algo com valor absoluto; mas se todo valor fosse condicionado e, portanto, contingente, nenhum princípio prático supremo poderia ser encontrado para a razão.

³¹ Tradução livre: Se, pois, deve haver um princípio prático supremo e um imperativo categórico no que respeita à vontade humana, então tem de ser tal que, da representação daquilo que é necessariamente um fim para toda a gente, porque é fim em si mesmo, faça um princípio objetivo da

O reconhecimento da pessoa como fim em si seria um princípio objetivo porque deriva de princípios práticos objetivamente necessários. Seria também um princípio subjetivo, pois a natureza humana é em si mesma um fim, conforme a seguinte fórmula de Kant (2007, p. 42): “obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como um médio”³².

É importante destacar que nesse reconhecimento da pessoa como um fim em si, há a afirmação de que ela possui um valor absoluto que não pode ser relativizado. Isso significa, segundo Kant, que a condição de pessoa limita os demais fins que possam existir.

Este principio de la humanidad y de toda naturaleza racional em general *como fin en sí mismo*, principio que es la condición suprema limitativa de la libertad de las acciones de todo hombre, no se deriva de la experiencia: primero, por su universalidad, puesto que se extiende a todos los seres racionales y no hay experiencia que alcance a determinar tanto; segundo, porque en él la humanidad es representada, no como fin del hombre - subjetivo-, esto es, como objeto que nos propongamos em realidad por fin espontáneamente, sino como fin objetivo, que, sean cualesquiera los fines que tengamos, constituye como ley la condición suprema limitativa de todos los fines subjetivos y, por tanto, debe originarse de la razón pura³³. (KANT, 2007, p. 44)

Para Kant, a vontade da pessoa como fim em si é uma vontade legisladora universal. Por tal razão, a pessoa está submetida somente à lei universal que ao mesmo tempo é produto da sua vontade.

[...] el sujeto de todos los fines es todo ser racional, como fin en sí mismo, según el segundo principio; de donde sigue el tercer principio práctico de la voluntad, como condición suprema de la concordancia de la misma com la razón práctica universal, la idea de *la voluntad de todo ser racional como una voluntad universalmente legisladora*.

vontade que possa por conseguinte servir de lei prática universal. O fundamento deste princípio é: a natureza *Racional* existe como fim em si. É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e neste sentido, este princípio é um princípio subjetivo das ações humanas

³² Tradução livre: 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.

³³ Tradução livre: Este princípio da humanidade e de toda a natureza *Racional* em geral como fim em si mesma (que é a condição suprema que limita a liberdade das ações de cada homem) não é extraído da experiência – primeiro, por causa da sua universalidade, pois que se aplica a todos os seres racionais em geral, sobre o que nenhuma experiência chega para determinar seja o que for; segundo, porque nele a humanidade se representa não como fim dos homens (subjetivo), isto é, como objeto de que fazemos por nós mesmos efetivamente um fim, mas como fim objetivo, o qual, sejam quais forem os fins que tenhamos em vista, deve construir como lei a condição suprema que limita todos os fins subjetivos, e que por isso só pode derivar da razão pura.

Según este principio, son rechazadas todas las máximas que no puedan compadecerse con la propia legislación universal de la voluntad³⁴. (KANT, 2007, p. 44)

Em outras palavras, a pessoa não seria determinada por nenhum interesse contingente.

Así, pues, el *principio* de toda voluntad humana como *una voluntad legisladora por medio de todas sus máximas universalmente*, si, em efecto, es exacto, sería muy *apto* para imperativo categórico, porque, em atención a la idea de una legislación universal, *no se funda en interés alguno* y es, de todos los imperativos posibles, el único que puede ser *incondicionado*, o aún mejor, invirtiendo la oración: si hay un imperativo categórico (esto es, una ley para toda voluntad de un ser racional), sólo podrá mandar que se haga todo por la máxima de una voluntad tal que pueda tenerse a sí misma al mismo tiempo como universalmente legisladora respecto del objeto³⁵. (KANT, 2007, p. 45)

Pela perspectiva kantiana é preciso compreender que o princípio da dignidade da pessoa humana é válido subjetivamente para cada pessoa e objetivamente para todas as pessoas em geral. Esse princípio é a condição para se afirmar que a pessoa não existe enquanto meio para um fim qualquer, mas existe como um fim em si, ou seja, como limitadora para todos os outros meios.

A pessoa reconhecida como um fim em si é a condição de limitação dos demais fins subjetivos e isso conduz a percepção de que a definição da dignidade da pessoa humana reside na regra que a torna capaz. Nisso é possível compreender a regra que a pessoa é submetida objetivamente à legislação universal, pois ela é, ao mesmo tempo, a legisladora universal.

No mesmo contexto:

De acordo com o conceito absoluto, a garantia da dignidade humana é considerada como uma norma que tem precedência sobre todas as outras

³⁴ Tradução livre: (...) o sujeito de todos os fins é (conforme o segundo princípio) todo ser *Racional* como fim em si mesmo: daqui resulta o terceiro princípio prático da vontade como condição suprema da concordância desta vontade com a razão prática universal, quer dizer, a ideia da vontade de todo o ser *Racional* concebida como vontade legisladora universal.

Segundo este princípio são rejeitadas todas as máximas que não possam subsistir juntamente com a própria legislação universal da vontade.

³⁵ Tradução livre: Assim o princípio, segundo o qual toda a vontade humana seria uma vontade legisladora universal por meio de todas as suas máximas, se fosse seguramente estabelecido, conviria perfeitamente ao imperativo categórico no sentido de que, exatamente por causa da ideia da legislação universal, ele não se funda em nenhum interesse e, portanto, dentre todos os imperativos possíveis, é o único que pode ser incondicional; ou, melhor ainda, invertendo a proposição: se há um imperativo categórico (i.e., uma lei para a vontade de todo o ser *Racional*), ele só pode ordenar que tudo se faça em obediência à máxima de uma vontade que simultaneamente se possa ter a si mesma por objeto como legisladora universal

normas, em todos os casos. Se a dignidade tem precedência sobre todas as outras normas, em todos os casos, isso implica a impossibilidade, por preclusão, de realizar balanceamento. (ALEXY, 2015, p. 13)

Esse reconhecimento da pessoa como um fim em si, e como limitadora dos demais fins, é adotado por Rawls e perfeitamente adequado para a sua teoria que propõe a concepção de pessoa como eixo gravitacional das demais concepções.

Como bem salienta Alexy (2015, p. 23) “resume-se em saber se a dignidade humana é “algo” que pode ser realizado na maior extensão possível, segundo as possibilidades jurídicas e fáticas consideradas”.

Conforme descrito acima, a dignidade humana consiste em reconhecer a pessoa sempre e simultaneamente como um fim em si. Esse reconhecimento não é somente um fim limitador de todos os outros fins, mas também o reconhecimento que a pessoa deve ser considerada na sua máxima extensão possível.

Sobre o tema, Herrero explica:

Nela (dignidade humana) se tornou realidade, pela primeira vez, o direito a uma liberdade política que compete a todo homem pelo puro fato de sê-lo. “O homem vale porque é homem”, não porque seja judeu, católico, protestante, alemão, italiano, etc. essa liberdade política universal passa a ser reconhecida como princípio e finalidade da sociedade e do Estado. (HERRERO, 2006, p. 26)

É nessa descrição trazida, que está o conceito de dignidade da pessoa humana adequado para um modelo de construtivismo tal qual foi proposto por Rawls.

Importa salientar que as Constituições democráticas contemporâneas trazem a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana tal qual a proposta pelo modelo construtivista de Rawls. No construtivismo, a condição de pessoa e, portanto, a condição do princípio da dignidade é o que fundamenta os princípios de justiça; nas Constituições, como no exemplo da Constituição brasileira, o princípio da dignidade da pessoa é descrito como o fundamento da República Federativa.

O conceito trazido e positivado para a dignidade da pessoa humana estaria de acordo com o ensinado por Hegel (2003, p. 40), para quem pessoa é um imperativo para o direito e pode ser descrito pela fórmula “sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas”.

4 UMA TEORIA DE INTERVENÇÃO PENAL A PARTIR DO CONSTRUTIVISMO DE JOHN RAWLS – ANTROPOCENTRISMO PENAL

No capítulo anterior foi demonstrado como funciona a teoria do construtivismo de John Rawls, que parte das concepções-modelo de pessoa, posição original e sociedade bem ordenada, para definir os princípios de justiça.

Como foi possível perceber, existem dois momentos: a) o momento da posição original, quando serão definidos os princípios de justiça e b) o momento da sociedade bem ordenada, quando os princípios de justiça terão validade prática e serão aplicados de forma equitativa para todas as pessoas.

A concepção de pessoa funciona como concepção-modelo principal do construtivismo. Em razão dos elementos propostos na posição original, os princípios de justiça são definidos a partir de uma concepção específica de pessoa. Será essa concepção específica de pessoa que definirá o conteúdo dos princípios de justiça que terão validade numa sociedade bem ordenada.

É correto falar, portanto, que no construtivismo de John Rawls os princípios de justiça que valem numa sociedade bem ordenada (sociedade democrática) são os princípios definidos na posição original que possuem como fundamento uma concepção especial de pessoa, concepção essa que é definida pelo conceito de dignidade humana.

Dentre as concepções possíveis, a escolhida por Rawls foi a definida por Kant na Fundamentação da metafísica dos costumes. Por sua vez, ao dar a definição, Kant descreve que a pessoa deve sempre e simultaneamente ser considerada como um fim em si e nunca como um meio para outro fim qualquer.

Ao definir a pessoa como um fim em si, Kant salienta que é essa a condição que distingue as pessoas das coisas. Enquanto as pessoas possuem um valor absoluto ou incondicional, as coisas possuem um valor relativo. Em outras palavras, a concepção de pessoa trazida por Kant impede a sua objetificação ou coisificação, já que ela não pode ser utilizada como meio ou instrumento para qualquer que seja a finalidade.

O valor absoluto ou incondicional é chamado por Kant de dignidade e o valor relativo simplesmente de valor. Enquanto as coisas possuem valor, as pessoas possuem dignidade.

Nessa perspectiva, é importante ressaltar que a concepção-modelo de pessoa não é tratada por Rawls como um meio ou instrumento para a definição dos princípios de justiça ou para se chegar à sociedade bem ordenada. Ao contrário, a concepção de pessoa do construtivismo rawlsiano é a condição de possibilidade para a definição de princípios de justiça que serão válidos nessa sociedade bem ordenada. Só é possível definir os princípios de justiça se eles são fundamentados na concepção de pessoa, ou seja, a partir da ideia de dignidade da pessoa humana.

É possível a aplicação do construtivismo de Rawls no âmbito da intervenção penal?

A hipótese é que sim. Todavia, é de extrema relevância salientar que não basta simplesmente transladar os institutos da teoria de Rawls para uma teoria de direito penal. O que se deve fazer é utilizar as bases de fundamentação do construtivismo rawlsiano para a proposição de um “construtivismo” penal.

Nesse sentido, a concepção-modelo de posição original pode ser entendida como o momento de criação da legislação penal e a concepção-modelo de sociedade bem ordenada daria lugar ao momento de aplicação da pena. Já os princípios de justiça seriam substituídos pela lei penal.

É importante deixar claro que o processo de criação da lei penal não se configura propriamente como um modelo de posição original; no mesmo sentido, o momento de aplicação da pena não corresponde à sociedade bem ordenada. Não há identidade entre a posição original e o processo legislativo penal, bem como não há identidade entre a execução penal e a sociedade bem ordenada. O que existe é apenas uma coincidência em relação ao momento procedimental do construtivismo de Rawls e o momento procedimental do “construtivismo” penal.

Em outras palavras: não se defende nesse trabalho que o processo legislativo para criação da lei penal obedeça aos critérios de cerceamentos da posição original. Há aqui, apenas uma definição de momento em razão da coincidência de tempo procedimental. Na posição original, se define os princípios de justiça; no processo legislativo, se define a lei penal.

Da mesma forma, a sociedade bem ordenada jamais poderá ser equivalente em conteúdo, ao momento da aplicação da pena. Apenas com relação ao momento procedimental é que uma se equivaleria à outra. É na sociedade bem ordenada que os princípios de justiça são aplicados e será na execução da pena que a lei penal será aplicada.

Repete-se: a posição original e a sociedade bem ordenada não possuem identidade com o processo legislativo de criação da lei penal e com o momento de execução da pena. Há apenas uma definição de lugar procedimental que se dá por coincidência e não por identificação.

No mesmo sentido, os princípios de justiça não possuem identidade com a lei penal, mas somente ocupam o mesmo espaço no procedimento do construtivismo.

É possível dizer, assim, que o construtivismo penal na forma que está sendo proposto, não é uma teoria propriamente rawlsiana, mas fundamenta-se nos preceitos e pressupostos trazidos por Rawls na sua teoria da justiça como equidade.

Qual a razão para se aplicar o construtivismo de Rawls ao direito penal?

O que não varia do construtivismo rawlsiano para um construtivismo aplicado ao direito penal é a concepção de pessoa. Se no procedimento de Rawls é a concepção de pessoa que fundamenta e dá validade a todo o processo, no construtivismo aplicado ao direito penal será a condição de pessoa que fundamentará e dará validade à intervenção penal.

Dito de outra forma: a concepção-modelo de pessoa, compreendida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, será a condição de possibilidade para a definição da lei penal durante o processo legislativo e para a aplicação dessa lei no momento de imposição da pena.

Rawls buscou em Kant a definição de pessoa como um fim em si, ou seja, buscou a compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio será o fundamento para a criação dos princípios de justiça que terão validade numa sociedade bem ordenada. As pessoas só devem respeito aos princípios de justiça porque eles foram definidos e criados a partir da própria concepção de pessoa. Os princípios para serem postos às pessoas devem ser definidos a partir dessas pessoas e não a partir de outro fundamento qualquer, por mais útil que ele possa parecer.

Mas os princípios de justiça não são definidos a partir de qualquer pessoa, mas a partir da pessoa a quem eles serão direcionados. Ou seja, aquele que sofrerá a intervenção do princípio de justiça deve, ao mesmo tempo, ser o fundamento desse princípio.

Com isso, no construtivismo rawlsiano aplicado ao direito penal, a lei penal deve ser fundamentada e construída a partir da condição da pessoa que sofrerá a

intervenção penal. Assim, a intervenção penal, seja no momento de criação da lei, seja no momento da sua aplicação, deve ter por fundamento, sempre e simultaneamente, a concepção de pessoa, ou seja, deve ter como base o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, não é a lei penal (prisão, por exemplo) que deve limitar a condição humana. Ao contrário: é a condição do ser humano que deve limitar a lei penal.

Por tal razão, o que será mostrado é que o modelo de construtivismo de Rawls aplicado ao direito penal se apresenta como uma teoria de antropocentrismo penal ou de garantismo antropocêntrico, implicando numa necessidade da definição de mais um axioma para a teoria garantista.

4.1 A dignidade humana como novo axioma para o garantismo

Política é um exercício de poder e como ensina Foucault, o poder do Estado se expressa pela lei:

[...] (el poder del Estado se expresa por medio de la ley). Debe ponderarse em juego outra comprensión de la ley: entender la ley no como lo que demarca limpiamente dos dominios – legalidad-ilegalidad –, sino como um procedimiento por medio del cual se gestionan ilegalismos³⁶. (FOUCAULT, 2015, p. 15)

No contexto histórico, como ensina Brandão (2019, p. 25), muitas vezes “os detentores do poder não se preocuparam com o direito que iria ser aplicado, mas sim com o que era indispensável para a manutenção de seu poder”.

No texto *Em busca de las penas perdidas*, salienta Zaffaroni:

El sistema penal es una compleja manifestación del poder social. Por legitimidade del mismo entendemos la característica que le otorgaría su racionalidade. El poder social no es algo estático, que se tiene, sino algo que se ejerce – un ejercicio – y el sistema penal quiere mostrarse como um ejercicio de poder planificado racionalmente³⁷. (ZAFFARONI, 1998, p. 20)

³⁶ Tradução livre: [...] (o poder do Estado se expressa por meio da lei). Deve-se por em jogo outra compreensão da lei: entender a lei não como o que marca dois domínios – legal-ilegal – mas como um procedimento por meio do qual se gerencia ilegalismos.

³⁷ Tradução livre: O sistema penal é uma complexa manifestação do poder social. Pela sua legitimidade entendemos sua característica que lhe outorga a sua racionalidade. O poder social não é algo estático, que se tem, mas sim algo que se exerce – é um exercício – e o sistema penal quer mostrar-se como um exercício de poder planificado racionalmente.

Referente ao cenário brasileiro, Aleixo e Penido (2020, 25) salientam que o modelo de direito penal é uma questão de escolha política e dizem ainda:

Apesar de haver distinção entre o direito penal, o processo penal e a execução penal destaca-se que constituem fases de um mesmo fenômeno, que é o exercício do poder punitivo estatal, explicitando uma forma especial de violência: a pena. (ALEIXO e PENIDO, 2020, p. 30)

Brandão (2019, p. 29) afirma que “todo o direito supõe uma estrutura de poder” e como dito no primeiro capítulo e descrito pela citação acima, o exercício do poder de punir pelo Estado é um exercício de violência política.

Oliveira explica:

Se nós observarmos, de um ponto de vista histórico, esse ente que nós chamamos de Estado e o aparato de poder que esse ente possui, que é administrado por seus funcionários, percebemos facilmente que este ente foi responsável por grandes tragédias na história da humanidade. O Estado, através de seus governantes e de seus funcionários, gestores deste aparato organizado de poder e força, ao longo da história, foi responsável por uma infinidade de perseguições religiosas, políticas, extermínios, massacres e guerras. De maneira que o Estado é necessariamente um mal. Não posso dizer pelos senhores, mas eu temo o Estado. (OLIVEIRA, 2019, p. 11)

O Estado é descrito como um mal necessário por Oliveira, o que corresponde à descrição do Leviatã de Hobbes.

Por outro lado, foi demonstrado que a dogmática e a ciência do direito penal, de uma forma geral, evoluíram e foram desenvolvidas no intuito de contenção do uso arbitrário da violência pelo Estado. Nesse contexto, Ferrajoli lança as bases para o garantismo penal, que pela descrição de Bobbio:

A aposta é alta: a elaboração de um sistema geral do garantismo ou, se se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso no direito penal. (BOBBIO, 2010, p. 7)

Bobbio (2010, p. 7) destaca ainda que na elaboração do garantismo, Ferrajoli desenvolve “os pressupostos metodológicos e teóricos, pelo proceder por meio de conceitos bem definidos e de suas relativas sínteses, pela concatenação das diversas partes e pela progressão racional de uma a outra”.

O mérito do garantismo penal de Ferrajoli não estaria apenas no conteúdo da sua teoria, mas também na metodologia utilizada pelo autor na construção dos axiomas, apresentados como vetores para a aplicação do direito penal.

Nesse sentido:

O garantismo penal seria uma forma adequada de manutenção ou evolução dos critérios de política criminal como indicador ou instrumento de políticas públicas.

Nesse contexto, o garantismo representará a base para fins de busca da análise crítica da efetividade prática do texto constitucional, quando da efetivação de alguma política pública, dentre elas, a prevenção do cometimento do delito, prisão e suas garantias, o encarceramento de massas bem como à efetividade constitucional da proteção jurídica coletiva dos direitos e garantias dos investigados/réus como forma de influenciar na política criminal. (PIGNATA e KANZLER, 2019, p. 149)

Para Bobbio:

O garantismo é um modelo ideal, do qual nos podemos mais ou menos aproximar. Como modelo, representa uma meta que permanece como tal, ainda que não seja alcançada e não possa jamais ser alcançada inteiramente. Mas, para constituir uma meta, o modelo deve ser definido em todos os aspectos. Somente se estiver bem definido poderá servir de critério de valoração e de correção do direito existente. (BOBBIO, 2010, p. 9)

Nas palavras do próprio Ferrajoli:

Ver-se-á, de fato, que o modelo penal garantista, com a sua estrutura empírica e cognitiva assegurada pelos princípios da estrita legalidade e de estrita jurisdicionalidade, foi concebido e justificado pela filosofia jurídica iluminista como a técnica punitiva racionalmente mais idônea – como alternativa a modelos penais decisionistas e substancialistas, orientados pela cultura política autoritária – a maximizar a liberdade e a minimizar o arbítrio. (FERRAJOLI, 2010, p. 16)

Mas afinal, o que é garantismo?

Ao definir o garantismo, Ferrajoli aduz que o termo possui três significados, sendo: a) o garantismo como um modelo normativo de direito, b) o garantismo como uma teoria jurídica da validade e da efetividade pela existência e vigor das normas e c) o garantismo como uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a garantia constitui a finalidade.

Com relação ao garantismo como modelo normativo de direito:

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. (FERRAJOLI, 2010, p. 785)

Sobre o segundo conceito é dito que:

Em um segundo significado, “garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categoria distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que matem separados o “ser” e o “dever ser” no direito. (FERRAJOLI, 2010, p. 786)

Já na terceira significação, Ferrajoli afirma que:

Segundo um terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre o direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. (FERRAJOLI, 2010, p. 787)

Assim, pelas lições de Ferrajoli, o garantismo pode ser entendimento como uma forma de limitação do poder de punir do Estado e, ao mesmo tempo, como uma forma de tutela da liberdade das pessoas contra as diversas formas de arbítrio estatal.

Nesse sentido:

O garantismo penal surgiu como uma forma de evitar os excessos punitivos por parte do Estado contra o investigado, seja na sua forma instrumental ou violadora dos direitos e garantias fundamentais. Como bem salientado pelo ilustre professor Ferrajoli (2002) trazendo o sistema geral do garantismo tendo como vigas-mestre “a construção do Estado de direito que tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no direito penal”. (PIGNATA e KANZLER, 2019, p. 150)

Como ensina Zaffaroni (2002) no texto *Política y dogmática jurídico-penal*, a filosofia do direito de uma ou outra forma, desenvolveu os seus institutos na dualidade do jusnaturalismo e do positivismo jurídico.

Com Ferrajoli não foi diferente, pois como ensina Bobbio (2010, p. 10), ele “pertence à família dos juspositivistas na tradição de Kelsen, de Hart e do juspositivismo italiano deste último quarto de século”.

Reforçando essa perspectiva:

Se com respeito às tradicionais escolas de teoria do direito a orientação teórica de Ferrajoli pertence ao positivismo jurídico, ainda que correto e menos intransigente mas de fato mais congruente, com respeito ao método, ou mais simplesmente com respeito ao modo de proceder na argumentação, Ferrajoli pode ser arrolado entre os filósofos analíticos: positivismo jurídico e filosofia analítica tem feito, ao menos na Itália (talvez mais na Itália que em outro lugar) muita estrada em conjunto. (BOBBIO, 2010, p. 11)

Nas palavras do próprio Ferrajoli:

Se é verdade que o garantismo coincide com a forma de tutela dos direitos vitais dos cidadãos que se realiza historicamente por meio da sua posituação no Estado de direito, tal não é concebível fora do horizonte teórico do positivismo jurídico. Este horizonte vem se delineando, por sua vez, entre experiência jurídica e política moderna. (FERRAJOLI, 2010, p. 800)

Ferrajoli salienta a importância do princípio da legalidade para o contexto do garantismo, pois ele seria um postulado do positivismo jurídico.

Mais exatamente, entendido como fonte jurídica de legitimação, o princípio da legalidade representa um postulado jurídico do juspositivismo no qual se baseia a função garantista do direito contra o arbítrio. Pode-se até afirmar, com paradoxo aparente, que a ideia da legalidade como fonte exclusiva e exaustiva do direito positivo nasce propriamente como uma instância jusnaturalista de racionalidade e de justiça. (FERRAJOLI, 2010, p. 802)

Sobre o princípio da legalidade, ao falar da necessidade de limitação da violência estatal, Oliveira afirma que:

Retomando, então o mecanismo para conter o Estado, isto é, o mecanismo capaz de permitir que este ente temível atue em prol da civilização, da humanidade, da população, é a exigência da observância estrita da legalidade: a observância ao conjunto de leis que deve, inclusive e por óbvio, ser observado por todos, inclusive pelo Estado e pelos funcionários públicos. (OLIVEIRA, 2019, p. 12)

Sobre a legalidade, Zaffaroni faz a seguinte ressalva:

Pero las teorías que se agotan en la legalidad formal quedan como suspendidas en el vacío, dado que requieren un punto de apoyo que legitime el proceso mismo de producción normativa, que se ha buscado largamente, sea en la idea de “soberano”, en la presunta y no cuestionable legitimidad de la “norma fundamental” o en la regla última de reconocimiento.³⁸ (ZAFFARONI, 1998, p. 24)

Como descrito, no âmbito da filosofia jurídica, Ferrajoli é localizado dentre os teóricos do positivismo jurídico, mais precisamente, dentre os positivistas constitucionais. Essa localização teórica é importante para entender que os pressupostos e critérios teóricos do garantismo não estão fundamentados em princípios heterônomos, como no caso do direito natural.

Não é uma fundamentação transcendental que sustenta os pressupostos do garantismo, mas sim, uma fundamentação analítica que parte da ideia de um direito positivo sustentado principalmente no princípio da legalidade.

Partindo dessa premissa, o sistema do garantismo, também chamado por Ferrajoli (2010, p. 91) de sistema “cognitivo” ou de sistema da “legalidade estrita”, é formulado pelas implicações de dez axiomas, sendo eles: A1) *nulla poena sine crimine*, A2) *nullum crimen sine lege*, A3) *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, A4) *nulla necessitas sine injuria*, A5) *nulla injuria sine actione*, A6) *nulla actio sine culpa*, A7) *nulla culpa sine iudicio*, A8) *nullum iudicium sine accusatione*, A9) *nulla accusatio sine probatione* e A10) *nulla probatio sine defensione*.

Os axiomas do garantismo são postos de forma sucessiva, sendo que o primeiro leva ao segundo, o segundo leva ao terceiro e assim por diante. Tem-se que o axioma anterior é pressuposto do axioma seguinte e nessa metodologia são postos os fundamentos do garantismo penal.

Todavia, como dito pelo próprio Ferrajoli, a teoria do garantismo é uma teoria da estrita legalidade e, nesse contexto, ela é vista como uma teoria do positivismo jurídico.

Nesse sentido:

De todos os princípios garantistas - ou garantias - expressos por nossos dez axiomas e pelas dez teses deles derivadas, aquele que caracteriza especificamente o sistema cognitivo SG é o *princípio da legalidade estrita*,

³⁸ Tradução livre: Nas teorias que se esgotam na legalidade formal acabam caindo no vazio, dado que precisam de um ponto de apoio que legitime seu processo mesmo de produção normativa, que se busca largamente, seja na ideia de “soberano”, na proposta questionável de norma fundamental ou na regra última de reconhecimento.

enunciado pelo axioma A3, pelas teses T28- T34 e, resumidamente, pela tese T58.

Este princípio, que já illustrei sumariamente no parágrafo 1 e que redefinirei analiticamente no parágrafo 9, ocupa um lugar central no sistema de garantias. Distingue-se do princípio de mera ou lata legalidade, expresso no axioma A2 e de maneira mais completa na tese T67, por sua distinta forma lógica. Enquanto o axioma de *mera legalidade* se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*) o princípio da *legalidade estrita* exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*) (FERRAJOLI, 2010, p. 92)

Sendo uma teoria sustentada no positivismo jurídico, haveria o questionamento e a preocupação acerca da obrigação imposta ao juiz de aplicar as leis vigentes, em razão da ideia de uma legalidade estrita.

Nesse contexto, atendendo a percepção de que o poder de punir do Estado constitui-se enquanto exercício político, àqueles que estão no exercício desse poder poderiam simplesmente utilizá-lo para a perseguição de grupos rivais ou de pessoas com características específicas, ao argumento de que estão apenas cumprindo a legislação vigente.

Apesar das objeções de Bahia (2014) que defende que os positivistas jamais tiveram o condão de sustentar um regime arbitrário e abusivo, certo é que os governos totalitários justificam as suas ações na aplicação estrita da lei.

Como ensina Zaffaroni:

Ni siquiera se podría argumentar en favor de los jueces que no son culpables, debido a su formación *positivista jurídica*, como se pretendió con los jueces nazis. En este caso no puede tener eficacia ese argumento, porque los jueces nazis obedecían las leyes de su tiempo, donde no había normas constitucionales ni internacionales válidas³⁹. (ZAFFARONI, 2020, p. 19)

Ao mencionar a justificativa do regime totalitário alemão, Zaffaroni afirma, inclusive, que o oficial nazista Eichmann justificou que as suas ações foram apenas em cumprimento da lei vigente.

Ao comentar os regimes totalitários, Dimoulis (2003) menciona o caso dos “atiradores do muro” que eram responsáveis por atirar em qualquer pessoa que tentava passar para o lado “ocidental” de Berlim.

³⁹ Tradução livre: Não se poderia sequer argumentar em favor dos juízes que eles não são culpados, devido à sua formação jurídica positivista, como foi alegado com os juízes nazistas. Nesse caso, esse argumento não pode surtir efeito, porque os juízes nazistas obedeciam às leis de sua época, onde não existiam normas constitucionais ou internacionais válidas.

Quando processados após a anexação da Alemanha socialista, os soldados defenderam sua inocência dizendo que executavam ordens de seus superiores, que a obrigação de atirar contra quem tentasse fugir do país era prevista em lei e que eventual descumprimento dos deveres militares lhes exporia a duras punições. (DIMOULLIS, 2003, p. 11)

É inegável que o princípio da legalidade foi desenvolvido na intenção de limitação do poder de punir do Estado. Esse avanço trazido pelo pensamento iluminista trouxe a ponderação de que a intervenção penal estatal estaria prevista numa lei previamente concebida. Todavia, governos totalitários costumam ser justificados no modelo do positivismo jurídico, o que é um descompasso entre o legalmente imposto e a limitação do *potestas puniendi*. Ao invés de limitar o poder de punir, a lei “justifica” o uso desmedido da violência em desfavor de determinados grupos de pessoas. Mesmo valendo a ressalva de Oliveira, (2016, p. 27) de “que o positivismo jurídico não apregoa a legitimação acrítica de qualquer ordenamento jurídico que seja”, tem-se que os regimes totalitários tentam justificar-se pela regra jurídica positivada.

Mesmo em Estados considerados democráticos, foi possível verificar esse tipo de arbítrio em desfavor de grupos específicos, como no caso das leis de segregação nos Estados Unidos e no Apartheid da África do Sul.

Pode-se argumentar que o garantismo, tendo as suas bases no positivismo constitucional, não permitiria a aplicação arbitrária da lei como ocorreu em regimes totalitários, uma vez que ao contrário do que ocorreu na Alemanha e na Itália nos períodos de nazismo e fascismo, hoje há um grande arcabouço de normas fundamentais positivadas.

Entretanto, nos dez axiomas propostos por Ferrajoli, que são os vetores para a aplicação do garantismo penal, isto não está claro. É plenamente possível, dentro de um Estado totalitário, que os axiomas do garantismo sejam formalmente aplicados e que ocorram violações de direitos e garantias fundamentais.

Claro que no contexto de um regime autoritário não existiria um garantismo material ou real, mas apenas um garantismo aparente (faz de conta garantista). Mas assim como a legalidade foi criada para limitação do poder de punir e foi utilizada por Estados totalitários como justificativa para violações de direitos, o que impediria que essa desvirtuação ocorresse também com a teoria do garantismo?

No texto *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*, Ferrajoli (2011, p. 9) afirma que os direitos fundamentais são aqueles “que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa”. Todavia, na percepção do autor italiano, seria a positivação em textos constitucionais que garantiria a força normativa ao princípio da dignidade humana. Mas o entendimento aqui é outro e diverso. A proposta é que a definição da dignidade da pessoa humana é que deve garantir a normatividade do direito positivado.

Dessa forma é preciso entender, como ensina Brandão (2019, p. 163) ao citar Liszt, que “o direito tem por objeto a defesa dos interesses da vida humana”.

Brandão afirma também:

Note-se que a interpretação da hierarquia dos bens jurídicos é feita em sintonia com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A vida é tida como o bem de maior valor, depois dela seguem na linha de importância os bens referentes à pessoa, como a incolumidade física, a saúde, dentre outros. (BRANDÃO, 2019, p. 178)

Ao comentar Brandão, Palma (2019, p. 20) afirma que ele acentua os pilares de um direito penal humanista e reconduz os estudos ao humanismo penal. No mesmo sentido, ao falar sobre o texto do autor, aduziu Bitencourt:

Nosso autor destaca, sobretudo, a necessidade de se ter sempre presente que a pessoa humana deve ser o centro de toda a elaboração teórico-científica. Sob essa perspectiva, pode-se constatar o desenvolvimento de um trabalho refletido e atual. (BITENCOURT, 2019, p. 24)

Partindo dessa premissa ensinada por Brandão de que o direito tem por objeto a defesa dos interesses da vida humana, num direito penal humanista os abusos de um Estado totalitário não teriam lugar.

Para Ferrajoli não haveria possibilidade de arbítrio na legalidade estrita, mas ao justificar essa premissa, ele buscou os fundamentos no jusnaturalismo de Hobbes e não em bases do positivismo jurídico. Ou seja, por não encontrar uma base no juspositivismo, ele buscou o fundamento numa norma de direito transcendental.

É importante entender que arbítrios e abusos, como o ocorrido com nazismo do século passado, tiveram um modelo de direito sustentado no positivismo jurídico. Por outro lado, a fundamentação transcendental do jusnaturalismo também pode levar ao mesmo caminho, como no caso do Estado Leviatã ou no modelo biologicista

que previa a periculosidade como critério para a aplicação da pena. A fundamentação transcendental ou meta-jurídica própria do direito natural é arbitrária porque ela foge dos domínios humanos, sendo apenas intuída pelas pessoas.

A questão do direito natural é que não se sabe de onde ele vem ou qual o seu fundamento, sabendo-se apenas que ele está lá. Por outro lado, o que deve justificar um fundamento jurídico não é uma ordem anterior, superior ou predeterminada, mas sim, uma que encontre sustentação numa compreensão em profundidade na concepção de humanidade.

Quanto ao juspositivismo, como esclarece Oliveira (2016, p. 61), ele apresenta-se como um método formal, lógico e descritivo do Direito, abstendo-se de perquirir e analisar sua correção material.

O que se vê tanto no positivismo clássico quanto no jusnaturalismo é um discurso jurídico encarregado de justificar o poder de punir do Estado, que na maioria das vezes é seletivo e violador de direitos e garantias fundamentais.

Ao criticar a dualidade juspositivista-jusnaturalista que fundamentou o desenvolvimento da dogmática penal, Zaffaroni (2002) propõe um imperativo ius-humanista, o que estaria de acordo com a proposição de Brandão de um direito penal humanitário.

Nessa perspectiva, o construtivismo de Rawls apresenta-se como uma hipótese possível e viável. Do ponto de vista da filosofia ética, o construtivismo de Rawls é uma alternativa para a dualidade do intuicionismo-utilitarismo; do ponto de vista da filosofia do direito, é uma alternativa para a dualidade do juspositivismo-jusnaturalismo. Como opção ao direito natural e ao positivismo jurídico, o que se propõe pela interpretação do construtivismo de Rawls é uma teoria antropocêntrica para o direito penal ou uma teoria de garantismo antropocêntrico.

Mesmo no positivismo constitucional como no caso do garantismo, a dignidade da pessoa humana não funcionaria como um núcleo de valoração, uma vez que ela partiria da ideia da sua positivação.

Já no garantismo antropocêntrico, há o pressuposto de que o princípio da dignidade da pessoa humana seja o núcleo axiológico e gravitacional que fundamenta a norma positiva e, consequência lógica, fundamenta a intervenção penal. Em outras palavras, é a dignidade da pessoa humana que garante a validade da norma positivada e não a norma positivada que valora a dignidade da pessoa humana.

Sobre a dignidade da pessoa humana, aduz Pereira:

A dignidade da pessoa humana, além de ser um dos fundamentos da organização de um Estado Democrático de Direito, pode ser considerado um princípio do qual emanam os outros direitos fundamentais, individuais e coletivos. (PEREIRA, 2014, p. 50)

Pereira salienta ainda que:

Dessa forma, seres humanos não podem ser tratados como objetos, como se pudessem ser trocados. São sujeitos de direito e estão no centro do ordenamento jurídico. Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser observado tanto pelo direito público, quanto pelo direito privado. (PEREIRA, 2014, p. 51)

A pessoa, na sua condição enquanto ser humano, vista na totalidade da sua dignidade, será o parâmetro e o fim da ciência penal.

Sobre a pessoa, Ferrajoli afirma:

O seu primado axiológico, conseqüentemente, equivale ao primado da pessoa como valor, ou seja, do valor das pessoas, e portanto, de todas as suas específicas e diversas identidades, assim como da variedade e pluralidade dos pontos de vista externos por elas expressos. É sobre tais valores que se baseia a moderna tolerância: a qual consiste no respeito de todas as possíveis identidades pessoais e de todos os relativos pontos de vista, e da qual é um corolário o nosso princípio da inadmissibilidade das normas penais constitutivas. (FERRAJOLI, 2010, p. 834)

Como visto no capítulo anterior, a concepção de pessoa adotada para este trabalho é a descrita por Rawls no procedimento do construtivismo. Essa concepção é a dita por Kant que define a pessoa como um fim em si e como um fim limitador para todos os outros fins.

Por essa perspectiva, se há uma finalidade para a intervenção penal, essa finalidade é limitada e condicionada pela concepção de pessoa, ou seja, pelo princípio da dignidade humana.

Uma vez que o direito não estaria fundamentado em bases meta-jurídicas como no jusnaturalismo ou no puro legalismo como no positivismo jurídico clássico, o fundamento para a intervenção penal seria por uma proposição verdadeiramente antropocêntrica.

Pela teoria proposta, a concepção antropocêntrica do direito penal não é meta-jurídica e por isso não estaria localizada dentro do direito natural, uma vez que

o princípio da dignidade humana além de positivado, é definido por concepções jurídicas ou filosófico-jurídicas e não por concepções transcendentais; também não se localiza dentro do positivismo puro, uma vez que o princípio da dignidade humana não é limitado pela lei, mas por outro lado, o ser do ser humano, visto como um fim que limita os outros fins, é a condição que limita a legislação penal. Sendo um fim em si, a condição de pessoa (dignidade humana) limita todo o conteúdo da intervenção penal.

Nesse sentido:

A busca pela contenção dos danos produzidos pelo exercício desmesurado do poder punitivo encontra principal fonte ética e argumentativa no princípio da humanidade, um dos fundamentos do Estado Republicano e Democrático de Direito. O princípio da humanidade é o pano de fundo de todos os demais princípios penais e se afirma como obstáculo maior do recorrente anseio de redução dos presos à categoria de não pessoas. (ROIG, 2021, p. 24)

Em outro texto, Roig salienta que:

[...] o princípio da humanidade constitui o fundamento penal maior do dever jurídico-constitucional de minimização da intensidade da afetação do indivíduo, possuindo grande relevo na tarefa de determinação da pena, já que capitaneia a condução de uma política criminal redutora de danos. (ROIG, 2015, p. 61)

É importante destacar que aquele que sofre a intervenção penal é detentor de direitos e garantias advindas da concepção de dignidade humana que, repete-se, consiste em reconhecer o ser humano sempre como um fim em si e como um fim limitador de todos os outros fins.

Reconhecendo que o direito penal é um exercício de violência, conforme descrito no primeiro capítulo, será do princípio da dignidade humana enquanto fundamento constitucional, que decorrerá a necessidade de redução dessa violência exercida pelo Estado.

É importante ressaltar que a compreensão da dignidade humana como reconhecimento da pessoa enquanto um fim em si, não é uma compreensão meramente filosófica, mas também é uma compreensão jurídica, pois a dignidade da pessoa humana é descrita na Constituição, precisamente no art. 1º, inciso III, como fundamento da República Federativa do Brasil.

Enquanto fundamento republicano, o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento das leis e da forma de aplicação delas pelo Estado.

Quanto à forma de interpretação do princípio da dignidade humana, não há dúvidas, pela própria acepção do conceito, que ela deverá ser sempre a mais favorável para àquele que sofre a intervenção penal.

Nesse sentido:

[...] o estabelecimento de princípios limitadores da interpretação da lei penal passa a demandar também novas premissas teóricas e práticas. A primeira delas surge com a constatação de que a interpretação dos direitos humanos deve ser *pro homine*, ou seja, sempre deve ser aplicável, no caso concreto, a solução que mais amplia o gozo e o exercício de um direito, liberdade ou garantia. (ROIG, 2015, p. 57)

Para Roig, o princípio *pro homine* impõe que a interpretação não seja apenas de acordo com a dignidade da pessoa humana, mas deve ser de tal forma que maximize essa compreensão do ser humano como fundamento limitador da intervenção penal.

Nesse sentido o princípio *pro homine* impõe que quando se trata de direito penal, a dignidade da pessoa humana não seja apenas o fundamento da intervenção penal, mas também o critério de interpretação para a sua máxima efetividade.

Ferrajoli (2011, p. 105) reconhece que a dignidade da pessoa humana é um valor absoluto, mas afirma que são os direitos fundamentais que dão garantia a esta dignidade e ainda que ele tenha colocado a condição da pessoa enquanto primado axiológico para o garantismo, isso não foi transcrito nos axiomas. Por tal razão, a partir do antropocentrismo penal sugerido, tem-se a necessidade da definição de outro axioma, sendo ele o axioma da dignidade da pessoa. O axioma da dignidade pode ser definido como *nulla lex nulla culpa nulla poena sine dignitas persone*.

Por essa proposta de antropocentrismo penal haveria a necessidade, também, de reestruturação da posição dos axiomas propostos por Ferrajoli. Ao descrevê-los, Ferrajoli os apresentou de forma consequente e subsequente, sendo que o primeiro levaria ao segundo e assim por diante. Graficamente os axiomas de Ferrajoli podem ser ordenados da seguinte forma:

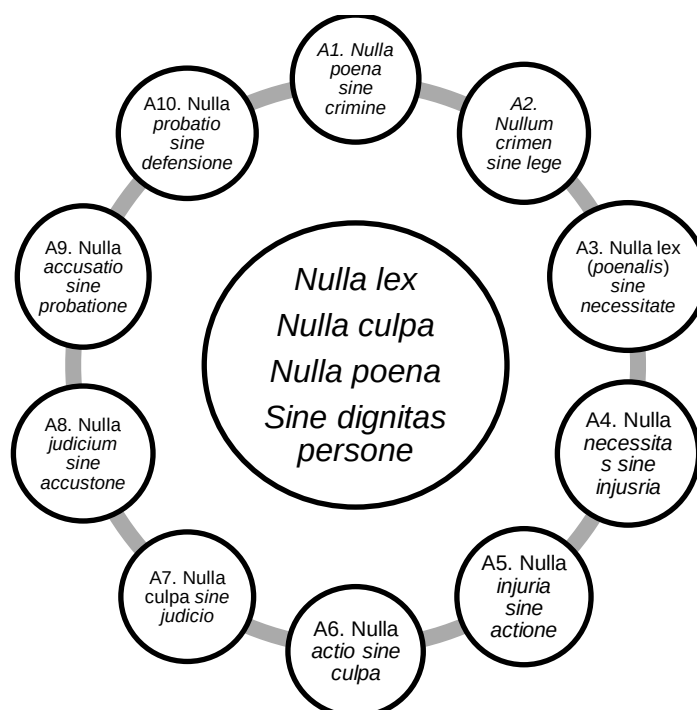
A1) <i>nulla poena sine crimine</i>
A2) <i>nullum crimen sine lege</i>

<i>A3) nulla lex (poenalis) sine necessitate</i>
<i>A4) nulla necessitas sine injuria</i>
<i>A5) nulla injuria sine actione</i>
<i>A6) nulla actio sine culpa</i>
<i>A7) nulla culpa sine iudicio</i>
<i>A8) nullum iudicium sine accusatione</i>
<i>A9) nulla accusatio sine probatione</i>
<i>A10) nulla probatio sine defensione</i>

Como visto, os axiomas são ordenados de forma sequencial, sendo que o antecedente é pressuposto do subsequente. Essa perspectiva é bem estruturada e aceita pelos garantistas.

Os axiomas são postos de forma sequencial, começando pelo axioma A1) *nulla poena sine crimine*, até chegar ao axioma A10) *nulla probatio sine defensione*. Proposição, como dito, ordenada sequencialmente.

Por outro lado, considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana não é apenas um vetor para o antropocentrismo penal, mas também é o núcleo axiológico da intervenção e interpretação do direito penal, a melhor representação gráfica para um garantismo antropocêntrico de acordo com a teoria do construtivismo seria:



No garantismo, pela ideia proposta pelo antropocentrismo penal, os axiomas não seriam colocados sequencialmente, mas gravitariam em torno do axioma da

dignidade da pessoa humana, que aparece como eixo de fundamentação para a intervenção penal.

O antropocentrismo, enquanto modelo interpretado a partir do construtivismo de Rawls, coloca a condição de pessoa como fundamento da intervenção penal, em consonância com a previsão constitucional que traz a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa.

Essa perspectiva estaria de acordo com os anseios ius-humanistas de Zaffaroni, com o direito penal humanitário de Brandão e com o princípio *pro homine* de Roig, além de ser uma alternativa para a dualidade juspositivismo-jusnaturalismo.

Cabe ressaltar que uma base humanista para a definição do direito não é algo novo, como salienta Brandão:

Debe resaltarse que el pensamiento humanista trascendió el Derecho en mucho, verificándose em diferentes sectores de la enciclopedia del conocimiento. Pero en el plano jurídico, el primer impulso sistemático del humanismo fue dado en Francia y tenía como objetivo directo la crítica al pensamiento jurídico medieval, el cual se desarrolló en Italia, tanto así que fue denominado de *mos italicus*, que ganó eco en la escuela medieval de los Pos-glosadores (1250-1400). El *mos italicus*, en su fase final, se caracterizaba por el abuso de los argumentos de autoridad, dispensando la justificación del pensamiento por los argumentos racionales y eso estaba en la raíz de la crítica de los humanistas⁴⁰. (BRANDÃO, 2018, p. 181)

Um autor fundamental para o desenvolvimento dessa visão humanista do direito foi Francisco de Vitória, expoente da Escolástica tardia ibérica no século XVI. Sobre Vitória, Brandão afirma:

Partindo do dominium e da sua vinculação com a dignidade humana, construiu uma argumentação jurídica que serve como equivalente funcional ao conceito substancial de direitos humanos, caracterizado por promover a inclusão de todos, inclusive dos hipossuficientes. [...] Em Vitória, o conceito de *jus gentium* ganhou uma nova abrangência, de acordo com o conhecimento prático do humanismo: sua irradiação a todos os seres humanos, independentemente de qualquer condição, tais como a fé ou o estágio de desenvolvimento. Nessa visão, a potência racional que caracteriza os seres humanos faz com que todos estejam submetidos à esfera de proteção do direito, visto

⁴⁰ Tradução livre: Deve ser ressaltado que o pensamento humanista transcendeu o Direito em muito, verificando-se em diferentes setores da enciclopédia do conhecimento. Mas, no plano jurídico, o primeiro impulso sistemático do humanismo foi dado na França e tinha como objetivo direto a crítica ao pensamento jurídico medieval, o qual se desenvolveu na Itália, tanto assim que foi denominado de “*mos italicus*”, que ganhou eco na escola medieval dos Pós-glosadores (1250-1400). O “*mos italicus*”, em sua fase final se caracterizava pelo abuso dos argumentos de autoridade, dispensando a justificação do pensamento por argumentos racionais e isso estava na raiz científica da crítica dos humanistas.

como um sistema de garantias que legitima o poder político.
(BRANDÃO, 2020, p. 12)

Todavia, é importante ressaltar que Vitória sustentava os seus fundamentos nas bases do direito natural.

Nesse sentido:

Vitória destaca que a lei natural também está fundada na razão. Ele também entendia a lei como um mandato e, como tal, era determinada pela razão e ordenada a uma finalidade, que só poderia ser concebida a partir da atividade racional. Por ser imperativa e ordenada para uma finalidade, a lei será sempre voltada para a preservação do bem comum. (BRANDÃO, 2020, p. 11)

Assim como Vitória, Ferrajoli também busca no direito natural a base de limitação para o positivismo jurídico. Como explica Bobbio (2010), a base positivista do garantismo encontra limitação nos direitos e garantias fundamentais e seria por essa razão que não haveria o risco de legitimação de um Estado totalitário. Todavia, a fundamentação trazida por Ferrajoli para essa limitação está em Hobbes, ou seja, nas percepções de um direito natural e, por consequência, em fundamentos transcendentais ou meta-jurídicos.

Vitória e Ferrajoli buscam fundamentos meta-jurídicos para a justificação das suas teorias. Essas justificações, próprias de uma percepção do direito natural, transcendem a vontade humana e são intuídas pelas pessoas enquanto seres racionais. As pessoas adotam o fundamento não por terem participado da sua definição ou construção, mas por intuí-los transcendentemente.

Por sua vez, um direito penal com bases antropocêntricas não precisa buscar justificativas transcendentais. Os fundamentos estariam dentro do próprio ordenamento jurídico. Da mesma forma, não haveria a necessidade de preocupação com um modelo autoritário que possa ser justificado num positivismo puro, porque o princípio da dignidade humana, da forma que foi concebido, limitaria essa possibilidade.

Quanto à possibilidade de aplicação prática da teoria é imperioso destacar que já há o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento republicano. O que não há é a construção de um direito penal fundamentado e interpretado a partir dessa percepção que concebe a pessoa como núcleo axiológico de valoração. Mas essa adequação é perfeitamente possível,

devendo o antropocentrismo penal ser compreendido como uma teoria ideal, mas de aplicação prática, que poderá servir de norte para a ciência e dogmática penal.

A intenção de apontar o garantismo antropocêntrico como uma teoria ideal é de colocá-la como uma possibilidade prática de intervenção penal. Ou seja, partindo da realidade prática, o antropocentrismo aparece como hipótese de ressignificação da forma de aplicação da lei. A sua validade não seria meramente formal, uma vez que a proposição parte da concepção de dignidade humana que é descrita como fundamento republicano.

A seguir, serão demonstrados como alguns institutos de direito penal seriam reinterpretados pela teoria do garantismo antropocêntrico.

4.2 A interpretação do bem jurídico a partir do novo axioma

Ao tratar do bem jurídico, Brandão (2019, p. 40) salienta que a sua história é, ao mesmo tempo, a história de suas dificuldades. Isso porque a concepção do bem jurídico apresenta-se no desenvolvimento da dogmática como resposta para a pergunta: qual a função do direito penal?

Assim, segundo Brandão, o desenvolvimento da concepção de bem jurídico foi possível a partir da tese de Feuerbach:

Anselm von Feuerbach, no seu tratado datado de 1801, buscou apresentar o objeto de proteção do direito penal e a crítica formulada a sua tese possibilitou a construção do conceito de bem jurídico. A tese de Feuerbach, como dito, gravitou em torno da função que ele atribuiu ao direito penal: segundo o autor, esta função se traduz na tutela de direitos externos, mais precisamente os direitos subjetivos. Por seu turno, os direitos subjetivos são o conjunto dos direitos privados ou individuais, atribuídos às pessoas que são titulares desses direitos. A noção de direitos externos (que é – ressalte-se – um direito subjetivo privado e particular), portanto, radica no centro da tutela penal, sendo seu objeto de proteção (BRANDÃO, 2019, p. 40)

Nesse contexto, como afirma Brandão, a pena que será aplicada àquele que pratica um fato definido como crime, deve servir para evitar a violação de direitos subjetivos.

Essas violações de direitos subjetivos seriam as lesões jurídicas e essas lesões jurídicas teriam uma natureza ideal ou deontológica, ou seja, a lesão jurídica estaria no campo do dever-ser.

A lesão jurídica tem nesta teoria uma natureza ideal: é a lesão de um direito enquanto tal, de um direito subjetivo. Porque o direito é uma proposição de dever-ser, há uma lesão ao próprio dever-ser, que, por conseguinte, não se concretiza no mundo fenomênico dos fatos. Dito isso, não se pode aqui falar em lesão objetiva, já que a referida lesão não se concretiza no mundo exterior, pois – conforme referenciado – atinge ela o próprio dever-ser, ou seja, o direito em si. Assim, a ação criminosa do homicídio não lesionaria a vida, mas sim o direito à vida; a ação criminosa do roubo não lesionaria o patrimônio, mas sim o direito ao patrimônio. (BRANDÃO, 2019, p. 41)

Como explicado, pela teoria de Feuerbach não haveria lesão ontológica (do ser), mas a lesão deontológica (dever-ser), uma vez que a violação do direito não estaria no mundo fenomênico dos fatos, mas no mundo do dever-ser.

Mas o conceito de bem jurídico não teria nascido com Feuerbach, mas sim como Birnbaum, ao utilizar o conceito de bem aplicado ao ordenamento jurídico e ao direito.

O conceito de bem jurídico nasce da polêmica sobre o conteúdo da tutela penal, que foi protagonizada por Birnbaum, ainda na primeira metade do século XIX.

Por conseguinte, a paternidade do bem jurídico – em que pese este conceito ter sofrido ao longo da história da dogmática penal profundas mutações em sua substância, em um processo de marchas e contramarchas – é atribuída a Birnbaum. Embora ele não tenha usado diretamente a expressão bem jurídico (Rechtsgut), usou o conceito de bem aplicado ao ordenamento jurídico e ao direito, como se verá adiante. (BRANDÃO, 2019, p. 41)

O que diferencia a tese de Birnbaum da tese de Feuerbach é que para este a violação seria do direito e, portanto, estaria no campo do dever-ser; já para Birnbaum o direito em si nunca é lesionado. O direito seria materializado em bens e estes, enquanto bens de direito, é que sofreriam lesão.

Birnbaum constrói a sua teoria a partir da crítica nominal a Feuerbach. Para ele, não se pode afirmar que a missão do direito penal é tutelar interesses e os direitos subjetivos, porque o direito, em si mesmo, nunca é lesionado. Porém, o direito é materializado em bens, que são o objeto do direito, e estes últimos, sim, podem ser lesionados, porque podem ser diminuídos ou subtraídos da esfera de seus titulares.

O direito, enquanto tal, não é suscetível de ser subtraído ou diminuído em face da realização da ação criminosa, mas somente os bens que são objetos desse referido direito. (BRANDÃO, 2019, p. 42)

Na perspectiva de Birnbaum, ao contrário daquilo que teria sido dito por Feuerbach, o homicídio não violaria o direito à vida, mas sim, a própria vida. Isto

porque, o objeto de tutela penal seria o bem que decorre do direito e não o direito em si.

[...] o bem reside na esfera concreta, objetiva, pertencendo a um titular. Ele reside na esfera empírico-objetiva, não na esfera espiritual. Dito giro conceitual traz uma reflexão objetiva para o centro da discussão do crime, mudando o conteúdo da tutela penal, de forma a concretizá-la e tornar o crime aberto à compreensão da lesão objetivamente feita, isto é, do dano efetivo ao objeto de um direito. (BRANDÃO, 2019, p. 43)

Todavia, segundo Brandão, é no final do século XIX que o conceito de bem jurídico é vinculado ao Estado a partir das proposições de Karl Binding.

Binding, portanto, vincula o conceito de bem jurídico ao Estado, mas o faz a partir da norma, o que dá ao legislador, dentre outras, a atribuição de escolher quais são os objetos de tutela da lei penal, pois ele monopoliza a criação do direito penal. Não existirá, portanto, objeto de tutela anterior a ele, mas esse objeto é uma criação legislativa. (BRANDÃO, 2019, p. 46)

No desenvolvimento trazido por Binding, haveria a percepção de que o bem jurídico (bem escolhido para ser tutelado pelo direito penal) seria uma escolha legislativa. Não existiria um pressuposto de bem anterior ao processo legislativo e tampouco fora da escolha do legislador.

Para Binding é o legislador que define o que é crime e o bem jurídico. Este, enquanto valor, é que merece a tutela de proteção pelo direito penal.

Pois bem, a teoria proposta por Binding partiu da afirmação de que o legislador é quem dá o conceito de crime. Em última instância, pois, é do legislador que brotam os elementos que formam a descrição legal do crime e é dela que emerge a conceituação da lesão jurídica. Só são bens jurídicos aqueles garantidos como tais pelas normas, elevados assim a categoria de bens capitais para o ordenamento jurídico. Desse modo, “o conjunto conceitual garantido pelas normas, como bens são enquadrados como bens capitais do ordenamento jurídico. Eles são a mesma coisa que bens jurídicos”. Aos olhos do legislador – que o constrói – o bem jurídico é um valor social, e por isso mesmo foi convertido no objeto de proteção do direito penal. É para salvaguardar a sua lesão (do bem jurídico) que o legislador se utiliza das normas, as quais o tutelam. Pode-se concluir que para Binding a norma é a única fonte do bem jurídico. (BRANDÃO, 2019, p. 47)

Assim, uma vez que a escolha do bem que merece proteção pela lei seria uma escolha legislativa, a concepção de bem jurídico teria por fonte a norma e não outro fator antecedente ou exterior a ela. Ressalta-se que essa é uma perspectiva própria do positivismo jurídico.

Por outro lado, ao contrário da perspectiva do positivismo, o direito penal numa base neokantista é visto como um fenômeno cultural. Dessa forma, o valor do bem jurídico estaria na esfera da cultura e não no âmbito de atuação legislativa.

Nesse sentido:

O direito penal – alias, como todo o direito – é visto pelo neokantismo como uma ciência cultural. Daí o conceito de cultura ser fundamental para o desenvolvimento da teoria do delito. O motivo pelo qual o bem jurídico se distancia na sua essência conceitual dos conceitos dos positivistas reside no fato do valor não estar associado à atividade do legislador, mas sim à esfera cultural, que dá cabedal para que se atribuam signos positivos ou negativos aos objetos. Enquanto valor cultural, pode-se extrair daquele conceito um plexo de consequências para a interpretação da norma penal, visto que o direito não pode ser cego aos valores, mas sim um objeto de conhecimento valioso. O método do direito dependerá intrinsecamente dos valores, o que faz com que o bem jurídico resida no centro teleológico da norma penal, a partir daqui. (BRANDÃO, 2019, p. 48)

Com essa percepção, o bem jurídico pode ser compreendido como o conteúdo material do crime, ou seja, o bem jurídico, na sua função teleológica, é apontado como catalizador da tutela legislativa e, por consequência, como limitador do poder punitivo do Estado.

Nessa perspectiva, qual seria a função do direito penal?

Pelo desenvolvimento assinalado, a resposta seria a tutela dos bens jurídicos. Todavia, dessa resposta advém outra pergunta, que seria: qual a função do bem jurídico?

Como visto pelos apontamentos de Brandão (2019, p. 50), a função do bem jurídico seria a de “limitar o poder de punir, na exata medida em que se afasta do direito penal a forma sem a matéria”.

A definição trazida por Brandão é precisa e responde adequadamente às finalidades do bem jurídico. Essa definição está de acordo com uma percepção antropocêntrica do direito penal, uma vez que essa proposta tem por escopo limitar o poder punitivo.

Todavia, dois pontos não podem ser olvidados. O primeiro é que a aplicação do direito penal é retrospectiva, ou seja, a lei penal só é aplicada após a violação do bem jurídico; se um bem jurídico não é violado, não há o que se falar em intervenção penal. O segundo é que a pena é um instrumento de violência estatal, uma vez que a sua aplicação é um ato de violência contra a pessoa a quem é imposta.

Com relação ao primeiro ponto é preciso compreender que ao se falar que a função do direito penal é a tutela de bens jurídicos, não se está dizendo que a função do direito penal é evitar a lesão a bens jurídicos. Se essa fosse a função do direito penal, inegavelmente ele teria se mostrado completamente inservível para atingir tal pretensão.

Apontar que a função do direito penal é a tutela dos bens jurídicos é dizer que a intervenção penal não deverá acontecer se não houver a violação de um bem juridicamente tutelado. É por isso que o bem jurídico funciona como catalizador da intervenção penal.

Quanto ao segundo ponto, é inquestionável que a aplicação da pena é uma aplicação violenta. No primeiro capítulo foram conceituadas as formas de violência e foi demonstrado como na intervenção penal, todas essas formas estão presentes, uma vez que a violência combatida pelo Estado é por ele mesmo praticada no exercício da intervenção penal.

De tal ponto, surge a pergunta: se o bem jurídico é o bem que merece proteção quando há uma violência criminosa, ele também não mereceria uma proteção quando há uma violência praticada pelo Estado?

A dogmática penal ao tratar do bem jurídico, descreve o bem atacado pela violência do crime, mas pouco diz sobre o bem jurídico lesionado pela violência da pena.

Se a vida, a integridade física, a honra, o patrimônio, a liberdade sexual, etc., são bens jurídicos que merecem a tutela penal, esses bens merecem a tutela também no momento da intervenção penal.

Não se pode falar em vidas que importam e vidas que não importam ou que importam menos. Se a pessoa que sofre a intervenção penal deve ser vista na sua plenitude de pessoa, ou seja, na máxima efetividade da sua dignidade, a sua vida, enquanto bem jurídico, merece ser protegida da violência da pena.

Não é apenas o bem jurídico da vítima (violado pelo crime) que importa. O bem jurídico do apenado (atingido pela pena) também merece proteção.

Esse é um ponto extremamente importante acerca do bem jurídico. Como foi dito, o direito penal é aplicado de forma retrospectiva, pois a intervenção penal só pode ocorrer após a violação do bem pela ação criminosa. Por outro lado, por essa interpretação antropocêntrica trazida, será possível, antecipadamente, evitar a

violação de bens jurídicos, pois o Estado não pode evitar a violência do crime, mas pode reduzir os danos da violência da pena.

Na proposta do antropocentrismo penal, a violação de bens jurídicos no momento de aplicação da pena deve ser evitada ou reduzida e só poderia ocorrer de tal forma que não houvesse a violação à condição de pessoa, ou seja, se não houver ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Dito de outra forma: se a função do direito penal é a tutela dos bens jurídicos, a sua função é a tutela dos bens jurídicos do apenado no momento da intervenção penal. Se há violação do bem jurídico do apenado, ainda que esta violação seja prevista e imposta pela lei, ela deve ser afastada ou pelo menos minimizada.

Assim, a função de tutelar bens jurídicos atribuída ao direito penal possuiria duas atribuições: a) ter o bem jurídico como catalizador da aplicação da lei e, portanto, admitir a intervenção apenas quando houver a violação do bem pela ação criminosa e b) ter o bem jurídico (pessoa do apenado em toda a sua constituição de dignidade) como limitador da intervenção penal impedindo que a pena viole tal bem ou que a violação seja a mínima e indispensavelmente necessária.

4.3 A interpretação de princípios Informadores a partir do axioma da dignidade

O axioma da dignidade, traduzido na fórmula *nulla lex nulla culpa nulla poena sine dignitas persone*, pressupõe que o princípio da dignidade da pessoa humana seja o fundamento axiológico para a intervenção penal. Assim, os princípios da legalidade, culpabilidade e pessoalidade como limitação das penas, mencionados no primeiro capítulo, da mesma forma que a concepção de bem jurídico, merecem uma interpretação à luz da proposta de um direito penal antropocêntrico.

Como anteriormente exposto, essa interpretação não é meramente teórica ou filosófica, mas parte da força normativa contida no inciso terceiro do artigo primeiro da Constituição, que determina que a dignidade da pessoa humana seja um dos fundamentos republicanos.

Se a Constituição prevê que o princípio da dignidade da pessoa humana é um fundamento republicano, deve-se entender que como tal, o princípio deve ser um fundamento para as leis dessa república e para a aplicação dessas leis. Portanto,

existe um respaldo normativo previsto na Constituição para a concepção de uma teoria antropocêntrica do direito penal.

E como ficaria a interpretação dos princípios a partir do conceito de dignidade humana proposto?

Passar-se-á a seguir à interpretação dos princípios da legalidade, da culpabilidade e da personalidade como limitação das penas a partir desse conceito de dignidade humana que determina que a pessoa deve ser vista sempre como um fim em si, sempre como um fim limitador de todos os outros e nunca como um meio para um outro fim qualquer.

4.3.1 Princípio da legalidade

Foi dito no primeiro capítulo que no século XVIII Beccaria lançaria as bases para o princípio da legalidade, mas que mesmo antes, a Magna Carta já traria noções parecidas.

Brandão (2019, p. 50) ensina que o elemento geral do crime é derivado do princípio da legalidade, o que no garantismo pode ser descrito pela fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Neste sentido:

El principio *nullum crime, nulla poena sine lege* representa, pues, non solo un límite formal del poder punitivo del Estado, sino también uno material que demana del proceso de diferenciación del Derecho moderno, a lo largo del qual éste se independiza de las concepciones morales y religiosas e se ciñe a castigar las perturbaciones de la vida en sociedad⁴¹. (ANTÓN, 1998 p. 362)

Como salienta Ferrajoli (2010, p. 344), o princípio da legalidade é em verdade uma regra semântica “estabelecendo que somente as leis (e não também a moral ou outras fontes externas) dizem o que é delito”.

Ferrajoli salienta ainda:

[...] cuja a função garantista reside no fato de que os delitos estejam predeterminados pela lei de maneira taxativa, sem reenvio (ainda que seja

⁴¹ Tradução livre: O princípio *nullum crime, nulla poena sine lege* representa, pois, não só um limite formal ao poder do Estado, mas também um material que demanda do processo de diferenciação do Direito moderno, ao passo que este se desvincula das concepções morais e religiosas e se põe a castigar as perturbações da vida em sociedade.

legal) a parâmetros extralegais, a fim de que sejam determinados pelo juiz mediante asserções refutáveis e não mediante juízos de valor autônomos. (FERRAJOLI, 2010, p. 346)

Pela perspectiva acima de Ferrajoli, o princípio da legalidade veda não só a aplicação da lei penal por analogia, como também a tipificação de fatos meramente morais ou costumeiros.

A Constituição brasileira de 1988 traz no art. 5º, inciso XXXIX, que não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal. Essa regra normativa é encontrada no art. 1º do Código penal de 1940 e no art. 1º do Código Penal Militar de 1969, que são os códigos atualmente vigentes.

O princípio da legalidade é tido como corolário básico da limitação do poder de punir, uma vez que a intervenção penal só poderá ocorrer se o fato praticado for previamente previsto como crime pela lei.

Para Antón:

Cuando invocamos el principio de legalidade hablamos de legalidade sólo en el ámbito normativo, como conjunto de reglas que deben de seguir las acciones y en virtud de las cuales pueden imputárseles determinadas consecuencias, y, por lo tanto, hacer a sus autores responsables de que las cosas hayan ocurrido de un cierto modo y no de otro⁴². (ANTÓN, 1998, p. 362)

Em razão da necessidade prévia da previsão da legal da conduta criminosa, o princípio da legalidade estabelece a regra da irretroatividade da lei penal, o que encontra respaldo no art. 5º, inciso XL da Constituição, que prevê que a lei penal não retroagirá, salvo em benefício do réu.

Apesar do princípio da legalidade ter sido desenvolvido com a finalidade de limitação do arbítrio estatal, não permitindo mais a definição de crimes não previstos em lei, para Roig, há uma constante violação ao princípio pelo sistema penal formal:

Acertada, assim, a constatação de que o sistema penal formal viola a legalidade penal, uma vez que a deficiência de parâmetros legais e doutrinários definidos para a gradação penal enseja avaliações extremamente vastas e desprovidas de regulação, confiando esse campo da arbitrariedade. Uma vez entregue a injunção penal ao mero arbítrio judicial, produz-se uma abdicação da legalidade e, ordinariamente, tende-se a destinar o poder da agência judicial a um sentido potencializador de

⁴² Tradução livre: Quando invocamos o princípio da legalidade falamos da legalidade só no âmbito normativo, como conjunto de regras que devem seguir as ações e em virtude das quais pode-se imputar determinadas consequências, e, portanto, fazer dos autores os responsáveis das coisas ocorridas de um certo jeito e não de outro.

danos, quando na verdade deveria atuar de maneira contra-habilitadora do poder punitivo. (ROIG, 2015, p. 73)

Para Roig, no campo da aplicação da pena e da execução penal, há uma constante violação ao princípio da legalidade. A solução para esse problema estaria na efetivação da interpretação conforme o princípio *pro homine*, que coincide com a ideia de uma concepção de garantismo antropocêntrico.

No contexto da interpretação *pro homine*, Roig (2015, p. 73) afirma que isso “consiste na essencial tutela do indivíduo mediante possíveis iniquidades do Poder Judiciário, demandando, em última análise, que a atuação discricionária do magistrado jamais se de em desfavor do sentenciado”.

O autor afirma ainda:

Para efeitos executivos, a pena privativa de liberdade aplicada, uma vez transitada em julgado a decisão para a acusação, adquire o *status* de limite máximo possível da intervenção punitiva estatal. Logo, nunca deve ser agravada, quantitativa ou qualitativamente, em sede de execução, sob pena de violação da legalidade e segurança jurídicas e de descumprimento, por parte do magistrado executor, de seu dever jurídico-constitucional de redução da afetação penal individual. (ROIG, 2015, p. 74)

Roig se preocupa com as violações ao princípio da legalidade no campo da execução penal, pois segundo ele há uma tendência punitivista que justifica o aumento da violência, para além do previsto na sentença penal condenatória.

Essa preocupação merece atenção, porque o princípio da legalidade ao ser desenvolvido como forma de limitação do poder de punir, descreve não só a conduta que é considerada como criminosa, mas também a pena aplicável a título de reprovação.

Na mesma linha:

[...] hay que dejar sentado que el principio de legalidad es una norma objetiva de la Constitución, que tasa las fuentes del Derecho Penal reduciéndolas a la ley – *praevia, scripta et stricta* – y, la vez, un derecho fundamental, o sea, una garantía del ciudadano, que no puede ser castigado sino in virtud de una ley de esas características⁴³. (ANTÓN, 1998, p. 363)

⁴³ Tradução livre: [...] há que deixar claro que o princípio da legalidade é uma norma objetiva da Constituição, que traz as fontes do Direito Penal reconhecendo a lei – prévia, escrita e estrita – e, pela vez, com direito fundamental, ou seja, uma garantia do cidadão, que não pode ser castigado, salvo em virtude de uma lei com essas características.

Quando se trata da sanção, a pena máxima prevista deve ser entendida como a pior situação que pode ser imposta à pessoa condenada por um crime. Tudo aquilo que extrapola os limites da pena imposta, viola o princípio da legalidade.

Essa violência que excede aos limites da condenação, da forma que foi demonstrado no primeiro capítulo, é chamada por Zaffaroni de penas ilícitas. São ilícitas ou ilegais porque extrapolam não apenas os limites da sentença, mas também os limites previstos em lei.

Nesse excesso há uma objetificação da pessoa do condenado, que é tratado como coisa pelo direito penal. Ao invés de limitar a intervenção penal, a pessoa está sendo limitada na sua dignidade pela pena.

Uma proposta de garantismo antropocêntrico proíbe essa instrumentalização da pessoa para atender aos fins da pena e inverte os polos, colando limites na intervenção penal a partir da concepção de pessoa.

Na interpretação da legalidade pelo axioma da dignidade, haverá uma estrita necessidade de redução de danos na aplicação do direito penal e por consequência da pena, estando de acordo com o que Roig (2015, p. 75) chama de “minimização da afetação do indivíduo”.

O axioma da dignidade, em conformidade com a minimização da afetação do indivíduo, pressupõe que a legalidade visa a limitar o poder de punir. Enquanto tal, o princípio da legalidade não deve impor a necessidade de punição, mas apenas limitá-la.

Se a legalidade surge para limitar o poder de punir e, por conseguinte, a violência do Estado, ela não deve impor ao juiz que aplique essa violência. Dessa forma o princípio da legalidade deve conter que não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal. Com relação a previsão legal da pena, esta deve ser entendida como o limite máximo do poder punitivo estatal. Sendo o limite máximo, não deveria haver um limite mínimo de violência a ser obrigatoriamente aplicada pelo juiz.

No mesmo sentido:

A transformação veiculada pelo Princípio da Legalidade (em um novo prisma redutor) se dá no tocante a fixação de um quantum mínimo abstrato. Para tanto, conclui-se que, sendo o princípio da Legalidade um instrumento vetor do dever jurídico-constitucional de minimização da afetação do indivíduo, não pode ele ser usado de maneira a restringir a eficácia do dever a que serve. Logo, valer-se de urna interpretação fundada na legalidade

para impedir a transposição da baliza penal inferior de uma norma penal incriminadora significa empregar o axioma constitucional da legalidade justamente para arrefecer a plena eficácia limitativa preconizada pela Constituição. Essa a concepção mais ajustada a nova realidade constitucional. (ROIG, 2015, p. 75)

Em razão de tal atribuição, a previsão de uma pena mínima ofende o princípio da legalidade, nessa interpretação dada a partir do garantismo antropocêntrico.

Uma vez diante de uma ação criminosa, sendo que a legislação tem a previsão de uma pena mínima, o juiz estaria obrigado a aplicar a violência do direito penal, mesmo que no caso concreto, ele entenda como injustificável tal medida.

A previsão de uma pena mínima no preceito secundário do tipo é a previsão de uma violência mínima que deve ser aplicada pelo Estado. Em outras palavras, em determinadas circunstâncias, mesmo fugindo a critérios de razoabilidade e ofendendo o princípio da dignidade da pessoa humana, a legislação prevê um mínimo de violência a ser imposta ao indivíduo.

Se há uma previsão de violência mínima a ser imposta, então o princípio da legalidade não estaria de acordo com a premissa de *nulla lex sine dignitas persone*.

4.3.2 Princípio da culpabilidade

O termo culpabilidade é utilizado de duas formas diferentes no ordenamento jurídico brasileiro. Numa primeira forma, a culpabilidade é utilizada como um dos elementos que compõe a definição do conceito de crime; noutro ponto, a culpabilidade é utilizada como juízo de reprovação para atribuição de maior ou menor pena no momento da sua fixação. Todavia, no primeiro ou no segundo ponto, a culpabilidade pode ser entendida como um juízo sobre o ser humano. Na definição do conceito de crime, o termo culpabilidade é o juízo de reprovação sobre a pessoa que comete o injusto penal e, na fixação da pena, o termo é utilizado como o juízo de maior ou menor reprovação sobre a pessoa que sofrerá a intervenção penal. Assim, em ambos os casos, pode-se afirmar que a culpabilidade é um juízo sobre a pessoa humana.

Conforme ensina Brandão (2019, p. 215) a “culpabilidade é um juízo de reprovação que se faz sobre uma pessoa, censurando-a em face do Ordenamento Jurídico-Penal”.

Welzel esclarece:

La naturaleza de la culpabilidad se deja caracterizar lo más acertadamente posible por la palabra, idiomáticamente no muy elegante, "reprochabilidad". Es aquella cualidad de la acción antijurídica que posibilita hacer un reproche personal al autor, porque no la há omitido⁴⁴. (WELZEL, 1956, p. 148)

Não há dúvidas de que o desenvolvimento dogmático do instituto da culpabilidade foi no sentido de limitação da intervenção penal, pois foi por meio dela que se rompeu com a responsabilidade penal objetiva ou com a responsabilidade pelo resultado.

Como ensina Brandão:

Quando se diz que a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, diz-se que a mesma é um juízo que recai sobre a pessoa. Por isso diz-se que a culpabilidade é o elemento mais importante do crime, porque o Direito Penal há muito abandonou a responsabilidade pelo resultado, ou a responsabilidade objetiva, para debruçar-se sobre a responsabilidade pessoal. Na referenciada responsabilidade objetiva não se fazia nenhuma indagação sobre os motivos que levaram o agente a cometer o delito, mas somente interessa o resultado de dano. A culpabilidade, pois, veio a romper definitivamente com a responsabilidade objetiva. (BRANDÃO, 2019, p. 216)

Brandão salienta, ainda, que a afirmação da pessoa humana é o centro destinatário das regras do direito penal.

Por essa razão:

Como princípio, a culpabilidade será tida como um feixe de regras, que possibilitam a própria interpretação da lei penal. O sentido da interpretação penal à luz da culpabilidade é a afirmação da pessoa humana como centro destinatário das regras do Direito Penal, portanto, somente podemos compreender esse princípio se situarmos a própria conceituação de pessoa dentro do Direito e, mais detidamente, no Direito Penal. (BRANDÃO, 2019, p. 219)

É importante destacar que a culpabilidade enquanto juízo de reprovação que recai sobre a pessoa, deve, como nas lições de Vaz (2014, p. 199), considerar que o ser humano compreende a si como um ser psíquico na sua situação que é a situação de estar no mundo. Dito isso, entende-se que a lei é dirigida à pessoa que possui condições para a sua compreensão. Se o ser humano parte da sua

⁴⁴ Tradução livre: A natureza da culpabilidade se deixa caracterizar, o mais acertadamente possível, pela palavra, idiomáticamente não muito elegante, "reprovabilidade". É aquela qualidade da ação antijurídica que possibilita fazer uma reprovação pessoal ao autor, pela sua omissão.

compreensão de ser no mundo, somente a pessoa capaz dessa compreensão é capaz de compreender o império normativo da lei.

Por isso, como preleciona Brandão (2019, p. 219) “o sentido da interpretação penal à luz da culpabilidade é a afirmação da pessoa humana como centro destinatário das regras do Direito Penal”.

Quando se fala da culpabilidade enquanto elemento de definição do conceito de crime, parte-se do juízo de reprovação que recai sobre a pessoa a partir da sua imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diferente.

Sobre imputabilidade, Brandão esclarece:

Para que se faça um juízo de reprovação pessoal sobre o sujeito, é necessário que ele seja capaz. Paulo Busato realça que a imputabilidade refere-se a um conjunto de características pessoais que tornam um sujeito capaz. (BRANDÃO, 2019, p. 245)

Necessário apontar que na definição da culpabilidade, a capacidade é definida pela imputabilidade e, como explicado por Brandão (2019, p. 245), “a imputabilidade é o conjunto de qualidades pessoais que possibilitam a censura pessoal”. Por isso, imputável é aquela pessoa que se reconhece como tal e tem a representação exata da sua conduta para agir com liberdade na conformidade do seu entendimento.

Para Welzel:

La culpabilidad contiene en este sentido una doble relación: la acción de voluntad del autor no es como lo requiere el derecho, a pesar de que el autor la hubiera podido realizar conforme a la norma. En esta doble relación del no *deber* ser antijurídico, frente al poder ser adecuado al derecho, radica el carácter específico de la culpabilidad⁴⁵. (WELZEL, 1956, p. 147)

Quanto a potencial consciência da ilicitude, volta-se à definição anterior de Vaz, quando explica que a pessoa se reconhece como tal enquanto ser no mundo. Para que se tenha compreensão e consciência da ilicitude da conduta, parte-se da ideia da consciência de si enquanto pessoa e, dessa forma, do seu reconhecimento como imputável. É relevante destacar que não é suficiente a consciência formal da

⁴⁵ Tradução livre: A culpabilidade contém neste sentido, uma dupla relação: a ação da vontade do autor não é como requer o direito, apesar de que ao autor era possível agir de acordo com a norma. Nesta dupla relação do não dever antijurídico, frente ao poder se adequar ao direito, está a característica específica da culpabilidade.

ilicitude, mas sim a consciência material, ou seja, a possibilidade concreta de saber que a conduta é contrária ao conteúdo proibitivo da lei.

No mesmo contexto:

Comprendiendo que el hombre, como un sér determiinado para la autorresponsabilidad, es capaz de una autodeterminación adecuada al sentido, y con el conocimiento de la estructura categoremática de esta forma de determinación, está dada una determinación general de la esencia del hombre y de-su libertad, pero no está establecido al mismo tempo que ese hombre, en la situación concreta, es realmente capaz de una autodeterminación adecuada al sentido. Tal cosa no se establece mediante ningún juicio general, sobre su naturaleza, sino a través de un juicio existencial que pronuncia una afirmación sobre la realidad individual⁴⁶. (WELZEL, 1956, p. 163)

Se a capacidade é definida pela imputabilidade, materialmente a culpabilidade estará presente na exigibilidade da conduta diferente.

Como ensina Brandão:

Assim, quando se estabelece materialmente a culpabilidade, vers-e-á se era exigível que o autor se comportasse conforme o direito, isto é, julgars-e-á se naquele caso havia, além do dever, o poder comportar-se conforme o direito. Um dos elementos mais importantes do juízo de reprovação sobre a pessoa é essa possibilidade concreta que tem o autor de determinars-e conforme o direito. (BRANDÃO, 2019, p. 257)

Resta claro que a visão de um direito penal humanista ou humanitário trazida por Brandão, impõe que a interpretação sobre o princípio da culpabilidade tenha por base o reconhecimento da pessoa humana como “centro e destinatário das regras de direito penal”, pois segundo ele, a culpabilidade é um juízo que recai sobre a pessoa e, portanto, a condição de pessoa limita o juízo sobre a culpabilidade.

Essa visão coincide com a trazida por Roig, para quem a interpretação da culpabilidade deve sempre possibilitar a minimização da afetação do indivíduo. Se a culpabilidade é o juízo de reprovação que recai sobre a pessoa, como ensina Roig

⁴⁶ Tradução livre: Compreendo que o homem, como um ser determinado para a autoresponsabilidade, é capaz de uma autodeterminação adequada e com o conhecimento da estrutura categórica dessa forma de determinação, está dada uma determinação geral da essência do homem e de sua liberdade, mas não está estabelecido ao mesmo tempo, que esse homem, na situação concreta, é realmente capaz de uma autodeterminação adequada de sentido. Tal coisa não se estabelece mediante um juízo geral sobre sua natureza, mas sim através de um juízo existencial que pronuncia uma afirmação sobre a realidade individual.

(2015, p. 93), a ideia é de que a censura penal deve encontrar sua limitação na condição do ser humano.

Roig diz ainda:

O cerne do princípio da culpabilidade, sob o viés da minimização da afetação individual, consiste em que toda e qualquer análise sobre a culpabilidade, para efeito de mensuração da pena, deve em primeiro lugar advir de uma estrita relação normativa de responsabilidade do agente e, em segundo lugar, deve ser empreendida em um sentido unicamente redutor, resguardando o indivíduo - sobre o qual já paira um limite de culpabilidade agora inexpugnável - de uma irracional habilitação do poder punitivo. (ROIG, 2015, p. 95)

Pela perspectiva de um garantismo antropocêntrico, como a culpabilidade deve ser interpretada a partir do axioma da dignidade, ou seja, tendo a pessoa como núcleo de valoração, não poderia existir grau de maior ou menor reprovação fora da descrição legal do crime. Isso porque, a reprovação necessária ao crime já seria dada pela lei, não cabendo ao juiz reprovar mais ou menos a pessoa a quem será aplicada a pena.

A reprovação ao crime já foi dada pelo legislador e não deveria caber ao juiz uma aferição de um juízo de maior reprovação fora dos parâmetros legais previstos na pena tipificada.

Nesse sentido, a interpretação da culpabilidade pelo garantismo antropocêntrico deve sempre ser *pro reo*, ou como afirma Roig, *pro homine*.

Ao justificar a majoração da pena por se considerar o acusado como mais reprovável, o Estado-juiz estará a reprovar a pessoa por um traço de sua personalidade ou por aquilo que ela representa. Dizer que há uma culpabilidade que merece maior reprovação do que outra, fora da reprovação contida no preceito secundário do crime, é utilizar a condição de pessoa não para limitar a intervenção penal, mas como instrumento puro e simples de arbítrio.

Nessa perspectiva, na proposta do garantismo antropocêntrico que contém a fórmula *nulla culpa sine dignitas persone*, a culpabilidade enquanto juízo de reprovação deve ser interpretada pelo princípio *pro homine*, ou seja, sempre a favor do réu, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

4.3.3 Princípio da pessoalidade como limitação das penas

O art. 5º, XLV da Constituição brasileira traz que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Essa normatização permite duas interpretações, a saber: a) que a pena criminal é intrascendente e que por isso não pode ser aplicada a outra pessoa que não seja a responsabilizada pelo crime e b) que a condição de pessoa limita a intervenção penal.

Com relação à intranscendência das penas, há o impedimento de que as penas ultrapassem a condição pessoal subjetiva daquele a quem se imputa o fato definido como crime.

No que concerne à condição de pessoa que limita a intervenção penal, tem-se que o reconhecimento do ser humano como um fim em si, ou seja, na plenitude da sua condição de pessoa, deveria impedir que a pena atentasse contra a sua dignidade.

Neste sentido, reforçando a condição da pessoalidade como limitação da pena, a Constituição positivou no art. 5º, XLVII, a vedação às penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, penas cruéis e penas de morte, ressalvados, neste último caso, a situação de guerra declarada.

A positivação da vedação das chamadas penas desumanas encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana que foi positivado no art. 1º, inciso III do Texto Constitucional.

Para o garantismo essa limitação é bem clara, pois como aduz Ferrajoli:

[...] acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. Devo acrescentar que este argumento tem um caráter político, além de moral: serve para fundar a legitimidade do Estado unicamente nas funções de tutela da vida e os demais direitos fundamentais; de sorte que, a partir daí, um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes. (FERRAJOLI, 2010, p. 364)

Foi retratado no primeiro capítulo, que a história do direito penal e, por conseguinte a história da pena é uma história de violência. A pena, como explicado anteriormente, tinha a função de purgar o “pecado” do crime e consistia na

necessidade de imposição de um sofrimento físico ao criminoso. No contexto, a pena possui uma natureza de suplício corporal.

A ciência e a dogmática penal evoluíram e institutos como a legalidade, bem jurídico, culpabilidade, etc., foram criados e desenvolvidos para limitar a violência da pena e assim deixá-las mais “humanas”.

Em razão do desenvolvimento da ciência e dogmática penal e da própria concepção de democracia e de Estado de Direito, os ordenamentos jurídicos contemporâneos, inclusive a legislação internacional, positivaram em muitos casos, a vedação das penas que possam ofender a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido é a Constituição brasileira, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa e as chamadas Regras de Mandela.

Não há dúvidas acerca da busca da dogmática penal pela redução da punição criminal, uma vez que a pena deve ser reservada a situações de extrema necessidade. Inclusive, em respeito ao primado garantista da *nulla poena sine necessitate*, Ferrajoli explica:

As penas “convencionais”, por sua vez, afirmam-se simultaneamente ao princípio de legalidade das penas expressado na tese T11 *nulla poena sine lege*, indispensável para a estipulação e graduação normativa da qualidade e quantidade das penas. Por fim, a formalização legal da pena constitui um pressuposto essencial também para sua minimização, conforme o critério, utilitarista e humanitário, expressado pela tese T12 *nulla poena sine necessitate*. (FERRAJOLI, 2010, p. 362)

Como destacado anteriormente, o que se busca neste trabalho é a legitimação da aplicação penal que parta da concepção da pessoa que será destinatária dessa intervenção. Por tal razão, a pena entendida como exercício de violência decorrente do poder de punir do Estado, deve observar o critério da extrema necessidade em razão dos seus efeitos danosos e nefastos. Dito de outra forma, a pena só deve ser imposta quando a sua não aplicação seja uma medida mais gravosa do que a aplicação. Inclusive, esse é o entendimento que pode ser extraído das Regras de Mandela:

Regra 3: A detenção e quaisquer outras medidas que excluam uma pessoa do contacto com o mundo exterior são penosas pelo facto de, ao ser privada da sua liberdade, lhe ser retirado o direito à autodeterminação. Assim, o sistema prisional não deve agravar o sofrimento inerente a esta situação, exceto em casos pontuais em que a separação seja justificável ou nos

casos em que seja necessário manter a disciplina. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015)

Por essa perspectiva, ao ser defendido que o direito penal é a *ultima ratio*, o que se defende que a pena de prisão seja a *ultima ratio*.

Roig explica que:

A partir da lógica da mínima intervenção, é possível concluir que, assim como a intervenção penal e o próprio encarceramento se reservam tão somente aos casos de extrema necessidade, quando a defesa de certo interesse ou valor não pode ser viabilizada por instrumentos menos aflitivos, também o isolamento disciplinar – se não acertadamente abolido como forma de sanção – deve ao menos ser considerado a *ultima ratio* da execução penal. (ROIG, 2021, p. 55)

Para Roig, não só a aplicação da pena deve ser a última razão do direito penal, como as eventuais consequências advindas do cumprimento de uma medida tão nefasta também devem ser a última medida. Assim, quando se fala de *ultima ratio*, que decorre dos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima, deve-se entender que: a) o direito penal e por consequência a pena devem ser o último instrumento a ser utilizado e b) quando utilizados, devem ser escolhidos os meios menos nocivos e menos gravosos para a pessoa do condenado.

Ao mesmo tempo que na imposição da pena deve ser observado o critério da extrema necessidade, ou seja, que não há outro caminho a não ser a sua aplicação, deve ser observado também, que essa imposição não possa ofender gravemente o princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, como afirma Roig (2021, p. 55) a pena só pode ser aplicada “aos casos de extrema necessidade, quando a defesa de certo interesse ou valor não pode ser viabilizada por instrumentos menos aflitivos”.

Para atender esse critério da pena menos nociva e do meio menos gravoso para a pessoa do condenado, deve ser observada a proporcionalidade da medida penal como resposta ao crime.

Ao se falar de proporcionalidade, como ensina Ferrajoli, surgiria a pergunta: Que quantidade de pena?

Que quantidade de pena? A medida da pena e o princípio da proporcionalidade – O fato de que entre pena e delito não exista nenhuma relação natural não exige a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal

do nexo retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e à gravidade do outro. O princípio da proporcionalidade expressado na antiga máxima *poena debet commensurari delicto* é, em suma, um corolário dos princípios da legalidade e de retributividade, que tem nestes seu fundamento lógico e axiológico. (FERRAJOLI, 2010, p. 366)

Inicialmente é preciso destacar que Ferrajoli afirma que não há relação natural entre o crime a pena, ou seja, a pena não é uma consequência natural para o crime, mas sim, uma consequência jurídica. Enquanto consequência jurídica é importante compreender que ela é uma escolha política.

Dito isso, é preciso perceber que a tutela penal é uma tutela de bens jurídicos. Assim, a necessidade da pena deve ter em si a necessidade de proteção de um bem jurídico pelo direito penal, quando não for possível a utilização de um meio menos gravoso.

Considerando que a necessidade da pena guarda relação com a necessidade de proteção do bem jurídico, que funciona como um catalizador para a intervenção penal, a proporcionalidade também deve guardar relação com o tipo de bem jurídico afetado e com o grau de afetação.

A visão hoje corrente no tocante a significação do princípio da proporcionalidade busca vincular intensidade da pena, sua eficácia e exigências de tutela de bens jurídicos. Segundo tal concepção, há proporcionalidade quando o grau de uma pena guarda relação com a proteção do bem jurídico por ela assegurada. (ROIG, 2015, p. 99)

Por essa perspectiva, considerando que a aplicação da pena alcança bens jurídicos do condenado, pelo critério da proporcionalidade deverá haver uma estrita relação entre a violação do bem jurídico pela ação criminosa e a violação do bem jurídico pela aplicação da pena. Dito de outra forma, a pena imposta não poderia violar um bem jurídico do condenado que fosse mais importante do que o bem jurídico violado pela ação criminosa.

No contexto do Brasil a medição objetiva da gravidade do crime é medida pelo *quantum* da pena prevista no preceito secundário do tipo penal. Muitas reflexões de cunho filosófico, antropológico ou sociológico podem ser feitas a respeito, mas o que importa do ponto de vista jurídico é que as penas previstas para os crimes contra o patrimônio são as maiores da legislação penal brasileira.

Ainda que a literatura não tenha por hábito trazer uma hierarquia entre bens jurídicos, é possível afirmar que existem bens jurídicos mais importantes do que outros. Diz-se isso, uma vez que é consenso que o direito penal deve tutelar somente os bens jurídicos mais importantes para uma sociedade. Se existem bens jurídicos mais ou menos importantes dentro da sociedade, existem bens mais ou menos importantes dentro do direito penal.

De forma salutar, Brandão (2019, p. 195) afirma que a finalidade da lei é afirmar um valor social e que o bem jurídico é um valor. Por esse ponto, é possível afirmar que o bem jurídico vida e o bem jurídico incolumidade ou integridade física são mais importantes que o bem jurídico patrimônio. Nesse sentido, a reprovação penal para as violações à vida e a incolumidade ou integridade física deveriam ser maiores do que a reprovação da violação ao patrimônio. Mas não é o que ocorre na legislação penal brasileira.

De toda forma, é preciso entender que a pena de prisão viola o bem jurídico incolumidade ou integridade física do apenado, ao restringir-lhe o direito de locomoção e autodeterminação. É possível afirmar que a pena de prisão viola, inclusive, o bem jurídico vida, pois será tirado do condenado o tempo de vida que ele poderia ter para desenvolver-se enquanto pessoa, para conviver com familiares e amigos ou simplesmente para que ele não fizesse nada com esse tempo, de acordo com a sua autonomia e liberalidade.

Se a pena de prisão viola os bens jurídicos vida e incolumidade ou integridade física, pelo critério da proporcionalidade, ela deveria ser aplicada apenas quando a ação criminosa violasse tais bens jurídicos. Dito de outra forma: se na pena de prisão é o corpo do condenado que é atingido, ela deveria ser aplicada somente quando ação criminosa atingisse o corpo da vítima.

Não seria possível, nesse contexto, por ofensa ao princípio da proporcionalidade da pena e violação a condição da dignidade da pessoa humana, a prisão para crimes como furto, estelionato, etc.

É certo que no contexto prático, crimes patrimoniais como furto e estelionato são passíveis de aplicação de penas restritivas de direito em substituição às penas de prisão, mas também é certo que para estes crimes existe a ameaça da pena privativa de liberdade nos respectivos preceitos secundários do tipo.

Não só a pena de prisão deve ser a *ultima ratio*, mas ele deve ser adequada ao binômio necessidade-proporcionalidade. Por isso, o fundamento da pena

enquanto retribuição ao crime deve levar em conta a extrema necessidade da medida e a proporcionalidade em razão do bem jurídico violado pela ação criminosa, bem como o grau dessa violação.

A pena enquanto retribuição não seria, assim, apenas uma consequência natural da ação criminal. Como ensina Alves (2019, p. 85) “O fundamento da punição continua em parte, por isso, amparado na tradição filosófica da retribuição”. Todavia, a pena seria uma consequência jurídica em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e seria aplicada somente quando a defesa do bem jurídico não fosse possível por outros instrumentos de menor aflição.

Pela proposta do garantismo antropocêntrico, o fundamento retributivo da pena se dá pelas características da necessidade da intervenção penal e da proporcionalidade em face da violação ao bem jurídico. Não existiria, por outro lado, fundamentos sustentados na prevenção geral ou prevenção especial. Isto porque, estes critérios são de natureza utilitarista e neles a pessoa do condenado é tida como um meio para o alcance de outros fins.

Como sustentado neste trabalho, o princípio da dignidade humana exige que a pessoa seja tida sempre e simultaneamente como um fim em si, como um fim limitador de outros fins e nunca como meio para outra finalidade. Quando a pessoa é utilizada como meio ou instrumento, há a sua coisificação, o que viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

Como na prevenção geral e na prevenção especial busca-se evitar a prática de crimes (seja pela sociedade, seja pelo condenado) utilizando a pessoa do apenado como exemplo ou instrumento, há uma violação à condição de dignidade humana. Um garantismo antropocêntrico, pelo conceito de pessoa adotado, veda essa instrumentalização da pessoa.

Por tal razão, o único fundamento razoável para a pena seria a pena enquanto retribuição. Mas não uma retribuição enquanto consequência natural do crime ou enquanto justiça (vingança) pública e sim uma retribuição enquanto necessária para tutela de bens jurídicos que de outra forma não podem ser protegidos. Essa retribuição exige a proporcionalidade da medida, atendendo à natureza e a gravidade dos bens violados pela ação criminosa.

E como fazer com os casos atuais em que existem essas violações?

Primeiro, no concernente a legislação, seria preciso uma reforma legislativa que parta dessa concepção de um garantismo antropocêntrico. Seria necessária

uma vontade política daqueles que exercem o poder e possuem a condição de alteração da legislação penal.

No campo da execução penal, soluções judiciais já foram apontadas a partir do desenvolvimento da ciência e da dogmática penal, como no caso do habeas corpus número 136.961⁴⁷, julgado em 2021 pelo Superior Tribunal de Justiça, quando houve a determinação de que o tempo de pena cumprido em situação ofensiva à dignidade da pessoa humana fosse contado em dobro.

Na decisão colegiada proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a corte entendeu que situação degradante imposta durante a execução penal extrapolou os limites da sentença e da lei e, por tal razão, aplicou a compensação penal.

Verifica-se, no contexto da decisão, que o desrespeito ao entendimento da dignidade da pessoa humana como princípio limitador da execução penal, culminou na aplicação da contagem do tempo em dobro, como compensação à violação da dignidade.

Há um aparato de medidas conhecidas pelos operadores do direito, notadamente pelos tribunais, que servem como alternativas para uma aplicação prática do garantismo antropocêntrico. Pode-se citar não apenas as medidas extremas, mas necessárias, como a compensação penal e a regra do *numerus clausus*, mas também a aplicação da justiça restaurativa ou dos institutos que afastam a pena de prisão, que vão desde as penas restritivas de direito e o *sursis* até os institutos chamados despenalizadores, como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Com isso, para que o primado da *nulla poena sine dignitas persone* seja respeitado, há essa necessidade de compreensão de que a intervenção penal não deve liminar a condição de pessoa, mas é a condição de pessoa, na plenitude da sua dignidade, que deve limitar a intervenção penal. E, quando necessária a intervenção penal, que ela se dê de forma proporcional para que seja garantida a normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

⁴⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus 136961. Disponível em www.stj.jus.br. Consulta realizada em 24 de novembro de 2021.

5 CONCLUSÃO

A Lei 11.340 de 2006 traz que a violência poderá ser física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral. As explicações para cada tipo de violência foram apresentadas, bem como o reconhecimento pelo judiciário como sendo válida a definição legal.

É importante destacar que a definição dada não se limita apenas ao âmbito de aplicação da Lei 11.340/2006, mas ao direito como um todo, pois seria um paradoxo se algo dentro de um ordenamento jurídico fosse e ao mesmo tempo não fosse.

Dada da definição do que seria a violência, foi demonstrado que historicamente a pena foi um instrumento de violência utilizado pelo Estado em desfavor do particular. A fundamentação teórica para essa percepção foi retirada dos textos de Alves, Brandão e Ferrajoli. Já a demonstração do caráter cruel e aflitivo das penas ao longo da história foi exemplificada principalmente pelos textos de Foucault, Verri, Colen e Castilho, dentre outros.

Nesse ponto foram descritos alguns exemplos da tortura enquanto pena ou das penas cruéis e penas de morte. Algumas descrições de suplícios físicos foram destacadas no texto.

Na continuidade foi mencionada a diminuição da intensidade do castigo, sendo certo que houve um abrandamento do suplício físico decorrente da pena e que este abrandamento decorreu, dentre outros fatores sociais, do desenvolvimento da dogmática penal e da criação de institutos como a legalidade, culpabilidade, bem jurídico, etc.

A dogmática exerceu e exerce um papel importante na contenção da violência estatal e ficou claro que embora o direito penal seja entendido como o direito da pena, há uma evidente diferença entre um e outro. Enquanto a pena configura-se como imposição institucional de sofrimento, o direito penal apresenta-se como a função de limitação desse mesmo sofrimento. Por isso foi dito na introdução que dentre as diversas respostas sobre a função do direito penal, neste trabalho optou-se por escolher a função de limitar o arbítrio e a violência do Estado.

Ao passo que a história da pena é uma história de violência, ficou claro que a história da dogmática penal é uma história de busca pela limitação dessa mesma violência. Como no ditado que diz que quem sai aos seus não degenera, essa

pesquisa seguiu no ímpeto de buscar uma maior contenção do suplício imposto pela pena, numa verdadeira perspectiva de redução de danos.

Mesmo demonstrado o desenvolvimento da dogmática com fins de limitação da intervenção penal, constatou-se a persistência da violência nos dias atuais. Nesse ponto foram destacadas as lições de Zaffaroni, que aponta um verdadeiro distanciamento da teoria para a prática penal. Ele indica que em diversas situações as penas aplicadas são contrárias ao próprio ordenamento jurídico, o que ele denominou como penas ilícitas.

As penas ilícitas existiriam a) tanto na atuação das agências policiais, que ao praticarem abusos na forma de atuação, muitas vezes não sofrem nenhum tipo de reprimenda, b) quanto na aplicação concreta da pena que extrapola o previsto na sentença e na legislação penal, como por exemplo a superlotação dos presídios, a má qualidade da alimentação, a privação de contato humano, as diversas formas de violência física e psicológica, etc.

Pelas definições de Zaffaroni as penas ilícitas são uma realidade e isso foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento sobre o estado de coisas inconstitucional.

Imaginando uma realidade sem torturas, abusos e sem penas ilícitas, mesmo que as penas aplicadas atualmente fossem dentro dos estritos limites da lei e da sentença, ainda assim, a pena seria um ato de violência.

As teorias absolutas e relativas que tratam dos caracteres retributivo e preventivo da pena não conseguem justificá-la de tal forma que ela se afaste de uma ideia de violência.

A teoria retributivista tradicional traz em seu cerne que ao mal do crime deve ser aplicado o mal da pena, como se o segundo fosse capaz de anular o primeiro. Canelutti chega a afirmar que a pena tem o condão de restabelecer o equilíbrio quebrado pelo crime, mas essa matemática mostra-se falha. Ao contrário do sugerido pelo retributivismo clássico, a pena não anula o crime, pois se o Estado mata o homicida, ele não devolve a vida para a vítima e ao invés de uma morte, ter-se-á duas.

A pena sustentada apenas no retributivismo carece de legitimidade, pois a sua natureza seria apenas de vingança pública a ser exercida pelo poder de punir.

As teorias relativas que tratam da natureza preventiva da pena também foram apresentadas como forma de violência, notadamente porque a condição de

humanidade da pessoa que a sofre é relativizada, pois o apenado é utilizado ora como instrumento de intimidação social, ora como objetificado na sua alteridade.

A ideia de ressocialização, por exemplo, pressupõe que há uma forma correta de se viver e que essa forma deverá ser aprendida pelo apenado. Todavia, conforme descrito no decorrer do texto, não existe um estilo de vida natural para os seres humanos, mas apenas formas culturais de se viver dentro de um número assombroso de possibilidades. Nesse ponto foi demonstrado que a pena é uma escolha política do poder hegemônico e também por essa razão a sua limitação é necessária.

Como hipótese, no capítulo terceiro, foi apresentada a metodologia utilizada por John Rawls para o desenvolvimento da sua teoria. Após uma breve descrição da teoria, foram mostrados os elementos metodológicos utilizados por ele, aos quais ele denominou por concepções-modelo.

A metodologia de Rawls, chamada de construtivista, foi apresentada como uma alternativa às éticas utilitaristas e intuicionistas. Uma ética utilitarista pressupõe que um elemento é válido somente a partir da sua utilidade para o bem-estar geral. Essa ética é rejeitada por Rawls porque a concepção de pessoa, por exemplo, só teria validade no *quantum* da sua utilidade para a teoria. A pessoa não seria vista enquanto tal, mas com base na sua instrumentalização. Ocorre isso na ideia de prevenção geral, quando a pessoa do apenado é utilizada para atemorizar o restante da sociedade.

Já uma ética intuicionista pressupõe que os fundamentos teóricos são externos e às vezes superiores ao próprio conteúdo da teoria. Um exemplo seriam algumas teorias de direito natural, cujos fundamentos independeriam da vontade humana e estariam na natureza, na razão ou numa concepção de divindade. Uma teoria intuicionista é por si, arbitrária, pois os seus fundamentos são pré-estabelecidos e o teórico precisaria apenas percebê-los.

Com isso, a metodologia de Rawls é apresentada como uma alternativa para essas duas éticas, sendo o construtivismo sustentado nas concepções-modelo de pessoa, posição original e sociedade bem ordenada.

Foi descrito que na posição original as pessoas, situadas numa posição de simetria e equidade, definiriam os princípios de justiça válidos numa sociedade bem ordenada. Já na sociedade bem ordenada, os princípios de justiça seriam aplicados de forma simétrica e equitativa.

Pela metodologia de Rawls, os destinatários dos princípios de justiça na sociedade bem ordenada, devem, na posição original, serem os fundamentos destes mesmos princípios. Dito de outra forma, o princípio aplicável à pessoa terá que ter sido criado tendo a mesma pessoa enquanto seu fundamento. O dever de obediência de uma pessoa ao princípio da justiça está na medida de que ela foi o fundamento para a definição desse princípio.

Por isso a concepção-modelo de pessoa é a chave do construtivismo de Rawls. A pessoa foi a primeira concepção tratada nessa pesquisa, mas após a apresentação das justificativas para a adoção do construtivismo rawlsiano, foram descritas algumas definições de pessoa com base nos critérios trazidos por Lima Vaz e Alexy. Foram apresentadas definições históricas, sistemáticas e normativas sobre a concepção e, ao final, justificou-se a opção de adoção pelo conceito kantiano.

A definição de pessoa trazida por Kant na Fundamentação da metafísica dos costumes foi escolhida, a) primeiro porque foi a utilizada por Rawls para o desenvolvimento da sua teoria e b) segundo porque a definição kantiana da pessoa como um fim em si foi a mais adequada para a hipótese da metodologia escolhida.

Kant definiu a pessoa como um fim em si e nunca como um meio ou instrumento para outra finalidade qualquer; Rawls adotou essa definição na metodologia do construtivismo, porque é nesse reconhecimento que está o conteúdo da dignidade humana.

Ficou claro de que em Rawls a dignidade da pessoa humana aparece como elemento central de interpretação e fundamentação dos demais institutos da sua teoria. Tendo por base essa concepção e tendo por base a norma constitucional que prevê a dignidade humana como fundamento da república federativa, ou seja, como fundamento do próprio ordenamento jurídico, surgiu a hipótese do desenvolvimento de uma teoria de intervenção penal que tenha a pessoa como eixo de interpretação.

Assim como na teoria rawlsiana, seria a pessoa destinatária da pena o elemento gravitacional de interpretação, sustentação e fundamentação dos demais institutos.

Foi assim que no capítulo quarto, chegou-se à formulação de um novo axioma para o garantismo penal, sendo descrito pela fórmula *nulla lex nulla culpa nulla poena sine dignitas persone*. Esse novo axioma prevê um efeito de irradiação sobre os demais, transformando o garantismo penal num garantismo

antropocêntrico. Nesse garantismo os axiomas não estão ordenados sequencialmente, mas gravitariam em torno do axioma da dignidade.

O garantismo antropocêntrico, que foi chamado no texto de antropocentrismo penal e também de teoria iushumanista, estaria em consonância com os anseios de Brandão, Roig e Zaffaroni, que dentre outros, buscam um direito penal mais humanizado. A teoria iushumanista do antropocentrismo penal, por sua vez, foi apresentada como alternativa para as fundamentações sustentadas no direito natural e no positivismo jurídico.

Em seguida, com base no antropocentrismo penal, houve uma reinterpretação sobre o bem jurídico. Considerando que o bem jurídico é aquele que merece a tutela penal, houve o apontamento da necessidade de proteção dos bens jurídicos que são violados pelo Estado quando da imposição da pena. Partindo das lições de Brandão que afirma que a função do bem jurídico é limitar o poder de punir, se a pessoa que sofre a pena deve ser vista na plenitude da sua dignidade, a sua vida, integridade, honra, etc., enquanto bens jurídicos, merecem a proteção pelo direito penal.

É por isso que no antropocentrismo penal não seria somente o bem jurídico da vítima (violado pelo crime) que importaria, mas também o bem jurídico do apenado (atingido pela pena).

Na conclusão sobre a reinterpretação do bem jurídico foi dito que ele teria uma dupla finalidade: a) ser o bem jurídico um catalizador da aplicação da lei e, portanto, admitir a intervenção apenas quando houver a violação do bem pela ação criminosa e b) ser o bem jurídico (pessoa do apenado em toda a sua constituição de dignidade) um limitador da intervenção penal impedindo que a pena viole tal bem ou que a violação seja a mínima e a indispensavelmente necessária.

Além do bem jurídico, os institutos da legalidade, culpabilidade e personalidade como limitação das penas foram reinterpretados a partir do direito penal antropocêntrico.

Com relação à legalidade, a reinterpretação sugerida está em consonância com o princípio *pro homine* trazido por Roig. Foi dito que o princípio da legalidade descreve não só a conduta criminosa, mas também a pena aplicável a título de reprovação. Na interpretação da legalidade pelo antropocentrismo penal, há uma estrita necessidade de redução de danos na aplicação do direito e por consequência da pena.

Por isso, se a legalidade existe para limitar o poder de punir e, por conseguinte, a violência do Estado, ela não deve impor ao juiz o dever de aplicar a pena, não devendo existir um limite mínimo de violência a ser obrigatoriamente aplicado pelo magistrado. A ideia é que se há uma previsão de pena mínima a ser imposta, então o princípio da legalidade não estaria de acordo com a premissa de *nulla lex sine dignitas persone*. Em outras palavras: a previsão de uma pena mínima impõe uma necessidade de violência mínima a ser aplicada pelo Estado.

Já com relação à culpabilidade, a interpretação deve ser aquela que minimize a afetação do indivíduo. A ideia de quanto maior a culpabilidade maior a reprovação, viola a própria ideia do princípio da culpabilidade enquanto limitador da intervenção penal.

Para um direito penal antropocêntrico, a culpabilidade é interpretada a partir do axioma da dignidade, ou seja, tendo a pessoa como núcleo de valoração. Assim, não deverá existir graus de maior culpabilidade fora da descrição legal do tipo. A reprovação ao crime já foi dada pelo legislador e não caberia ao juiz a aferição de um juízo maior fora dos parâmetros legais. Essa premissa estaria na fórmula *nulla culpa sine dignitas persone*.

Por fim, tratou-se sobre o princípio da pessoalidade como limitação das penas. Partindo do primado *nulla poena sine dignitas persone*, defendeu-se que a pena não deve limitar a condição humana, mas é a condição de pessoa, na plenitude da sua dignidade, que deve limitar a intervenção penal.

Quando necessária, a pena deverá ser proporcional e equivalente ao bem jurídico violado pelo crime, para que seja garantida a normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma foi desenvolvido o presente trabalho, chegando-se a conclusão do princípio da dignidade como sendo um meta-axioma para o garantismo e apresentando o antropocentrismo penal como alternativa para a tensão existente na dualidade do juspositivismo-jusnaturalismo.

Buscou-se demonstrar a imperiosa necessidade de desenvolvimento de mecanismos de limitação da intervenção penal. A partir da interpretação feita à metodologia utilizada por Rawls, chega-se à ideia de um iushumanismo, garantismo antropocêntrico ou mesmo antropocentrismo penal.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Klélia Canabrava; PENIDO, Flávia Avila. **Execução penal e resistências**. D'Plácido, Belo Horizonte, 2018.

ALEIXO, Klélia Canabrava; PENIDO, Flávia Avila. **Introdução à prática na execução penal**. D'Plácido, Belo Horizonte, 2020.

ALEX, Robert (organizador). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Editora Qualis, Florianópolis, 2015.

ANTÓN, Tomás S. Vives. **Principios penales y Dogmática Penal**. In. RENGIFO, Carlos Simón Bello; ROSALES, Elsie (Org.). Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis: Tomo I, p. 361/390. Intertextos Consultores, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998.

ALVES, Silvia. **Punir e humanizar: o direito penal setecentista**. D'Plácido, Belo Horizonte, 2019.

ALVES, Silvia. **Prefácio**. In. BRANDÃO, Claudio Bezerra. Teoria Jurídica do Crime. D'Plácido, Belo Horizonte, 2019.

BAHIA, Charles Nunes. **Positivismo jurídico e nazismo: a superação do mito**. Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade. Univali. Itajaí, 2014.

BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano L. **A definição da responsabilidade em Claus Roxin e o posicionamento do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. In. MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque (Org.). Culpabilidade no pós-finalismo, p. 185/227. JusPodivm, Salvador, 2016.

BECCARIA, Césare. **Dos delitos e das penas**. eBookLibres, edição eletrônica. 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Prefácio da primeira edição**. In. BRANDÃO, Claudio Bezerra. Teoria Jurídica do Crime. D'Plácido, Belo Horizonte, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Prefácio à 1ª edição italiana**. In. FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do grantismo penal. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.

BRANDÃO, Claudio. **Teoria jurídica do crime**. D'Plácido, Belo Horizonte, 2019.

BRANDÃO, Claudio. **La raíz del derecho penal em Francisco de Vitoria**. In: BALLESTEROS, Maria et al (Org.). El cincuentenario de los pactos internacionales de derechos humano de la ONU. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2018. P. 181 et seq

BRANDÃO, Cláudio. **A crise da prisão em três centúrias - um estudo à luz do gênese dos direitos humanos**. Recife: Caderno de Relações Internacionais. Faculdade Damas. v. 1, n. 1, p. 5-16, 2020.

BRANDÃO, Cláudio. **A teoria dos direitos humanos em Francisco de Vitoria**. Recife: Caderno de Direito e Política. Faculdade Damas, v. 1, p. 05-15, 2020.

BRANDÃO, Cláudio. **Lições de história do direito canônico e história do direito em perspectiva**. D'Plácido, Belo Horizonte, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei 11.340 de 2006**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei 9.455 de 1997**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei de 7.210 de 1984**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.

BRASIL. **Código Criminal do Império**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 134.670**. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4987574>. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADPF 347**. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>). Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus 136961**. Disponível em www.stj.jus.br. Consulta realizada em 24 de novembro de 2021.

BRASIL. **Decreto 678 que promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.

CARRASQUILLA, Juan Fernández. **Acerca de los principios del derecho penal**. In. RENGIFO, Carlos Simón Bello; ROSALES, Elsie (Org.). Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis: Tomo I, p. 57/140. Intertextos Consultores, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Editora Pillares, São Paulo, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Editora Pillares, São Paulo, 2009.

COLEN, Guilherme Coelho; CASTILHO, Fernanda Pascoal Valle Bueno de. **O princípio da legalidade e a sua influência na segunda revolução científica do direito penal: a construção da tipicidade**. Revista DELICTAE, Vol. 6, Nº10, p. 25-49, 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Prefácio**. In. VERRI, Pietro. Observações sobre a tortura. Martins Fontes, São Paulo, 2000.

DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciadores invejosos**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2003.

DUARTE, Melina. **A Lei de Talião e o princípio de igualdade entre crime e punição na Filosofia do Direito de Hegel**. Revista Eletrônica Estudos Hegelianos, ano 6, nº10, p. 75-85, 2009.

FELLINI, Juliano. **O construtivismo na teoria moral kantiana**. v. 8, n. 1, p. 115-123, Ethic@, Florianópolis, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2011.

FERREIRA, Samir Dessbesel. **O construtivismo kantiano na teoria da justiça como equidade de John Rawls**. Dissertação de mestrado. UFSM, Santa Maria, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Editora Vozes, Petrópolis, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones**. Alianza Editorial, Madrid, 2015.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 4ª edição. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

G1 GLOBO. **Justiça aceita denúncia do MP e torna réus 12 policiais militares acusados do homicídio de 9 jovens em Paraisópolis**. Disponível em <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/07/30/justica-aceita-denuncia-do-mp-e-torna-reus-12-policiais-militares-acusados-do-homicidio-de-9-jovens-em-paraisopolis.ghtml>. Consulta realizada em 24 de novembro de 2021.

G1 GLOBO. **Famílias das 5 crianças mortas por bala perdida no RJ em 2019 cobram respostas e contestam polícia: 'Virou rotina'**. Disponível em <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/09/23/familias-de-criancas-mortas-por-bala-perdida-no-rj-cobram-respostas-e-contestam-policia-virou-rotina.ghtml>. Consulta realizada em 24/11/2021

G1 GLOBO. **Comerciante morre após ficar detido em jaula a céu aberto em delegacia no Maranhão**. Disponível em <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/comerciante-morre-apos-ficar-detido-em-cela-a-ceu-aberto-no-maranhao.ghtml>. Consulta realizada em 25 de novembro de 2021.

G1 GLOBO. **Fotos de presos nus em pátio de penitenciária de MG caem nas redes sociais e diretor-geral é afastado**. Disponível em <https://g1.globo.com/mg/centro-oeste/noticia/2021/11/11/fotos-de-presos-de-formiga-sentados-enfileirados-nus-e-alguns-algemados-em-penitenciaria-caem-nas-redes-sociais-e-diretor-geral-e-afastado.ghtml>. Consulta realizada em 25 de novembro de 2021.

G1 GLOBO. **Com superlotação, presos se revezam para dormir em cela de delegacia**. Disponível em <http://g1.globo.com/m/rio-grande-do-norte/noticia/2015/09/com-superlotaacao-presos-se-revezam-para-dormir-em-cela-de-delegacia.html>. Consulta realizada em 25 de novembro de 2021.

G1 GLOBO. **Presos denunciam falta de água, comida estragada e pouca ventilação em ala recém-inaugurada de penitenciária em MT**. Disponível em <https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2020/12/15/presos-denunciam-falta-de-agua-comida-estragada-e-pouca-ventilacao-em-ala-recem-inaugurada-de-penitenciaria-em-mt.ghtml>. Consulta realizada em 25 de novembro de 2021.

HARARI, Yuval Noah. **Sapeins: uma breve história da humanidade**. Editora L&PM Pocket, Rio de Janeiro, 2018.

HASSEMER, Winfried. **Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos**. Pena y Estado. PPU, no 1, Barcelona, 1991.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Martins Fontes, São Paulo, 2003.

HERRERO, Francisco Javier. **Estudos de ética e filosofia da religião**. Editora Loyola, São Paulo, 2006.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Martins Fontes, São Paulo, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. Edición de Pedro M. Rosário Barbosa, San Juan, 2007.

KARNAL, Leandro. **Todos contra todos**. Editora LeYa, Rio de Janeiro, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2 edição. Martins Fontes. São Paulo, 1985.

MALTA, Sônia Cristina Fagundes. **A phrónesis aristotélica e a jurisdição do Estado Democrático de Direito**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.

MANGIAMELI, Agata Cecília Amato. **Filosofia do Direito Penal**. D'Plácido, 2019.

MARCHIONI, Guilherme; BAZAGLIA, Otávio Espires. **O processo de Tiradentes e sua surpreendente semelhança com atuais procedimentos penais**. Justificando, Rio de Janeiro, 2020.

MOREIRA, Luiz (coordenador). **Jurgen Habermas 80 anos, direito e democracia**, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

NETO, Francisco José Vilas Boas. **O construtivismo kantiano na teoria da justiça de John Rawls**. Dissertação de mestrado, FAJE, Belo Horizonte, 2002.

NETO, Francisco José Vilas Boas. **A imoralidade como direito fundamental e a etiqueta do direito penal**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, v. 4, n. 1, p. 106-124. Salvador, 2018.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal**. Editora Escala, São Paulo, 2007.

NOGUEIRA, Ataliba. **Pena sem prisão**. Saraiva, São Paulo, 1956.

OLIVEIRA, Pablo Alves. **O que se passa na cabeça de um garantista?** In: NETO, Francisco José Vilas Boas (Org.). et al; COLEN, Guilherme Coelho (Coord.). Ensaio de intervenção penal e garantismo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

OLIVEIRA, Pablo Alves. **O ódio à educação e a democratização radical da educação jurídica através da aprendizagem mediada significativa**: proposta de um novo modelo para os cursos de Direito (Ou como transformar a sala de aula numa mesa de bar?). Programa de Pós-graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Tese de doutoramento. Belo Horizonte, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos** (Regras de Mandela), 2015. Disponível em https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.

PALMA, Maria Fernanda. **Prefácio da quarta edição.** In. BRANDÃO, Claudio Bezerra. Teoria Jurídica do Crime. D'Plácido, Belo Horizonte, 2019.

PENNA, Flávia Chaves Nascimento Brandão. **O espaço mínimo pessoal como critério objetivo caracterizador de tratamento degradante e a aplicação da redução compensatória da pena privativa de liberdade.** Programa de Pós-graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Tese de doutoramento. Belo Horizonte, 2021.

PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários.** Programa de Pós-graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Tese de doutoramento. Belo Horizonte, 2014.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** 2ª edição. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2007.

PIGNATA, Fabiano das Silva; KANZLER, Roberta Karina Cabral. **O garantismo penal como instrumento de efetivação de políticas criminais.** In. NETO, Francisco José Vilas Boas (Org.). et al; COLEN, Guilherme Coelho (Coord.). Ensaio de intervenção penal e garantismo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal:** fundamentos, teoria do delito e Direito Penal econômico. 2º ed. vol. 6. Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2016.

PLATÃO. **A república.** Editora Escala, São Paulo, 2007.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal:** legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1981.

RAWLS, John. **Justiça e democracia.** Martins Fontes, São Paulo, 2002.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da Pena:** limites, princípios e novos parâmetros. 2ª edição. Saraiva, São Paulo, 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal:** teoria crítica. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General:** Tomo I. Madrid, Civitas, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** Saraiva, São Paulo, 1994.

TRAVERSSONI, Alexandre (coordenador). **Kant e o direito.** Editora Mandamentos. Belo Horizonte, 2009.

VAZ. Henrique C. de Lima. **Antropologia Filosófica.** Editora Loyla, São Paulo, 2014.

VAZ, Henrique C. de Lima. **Introdução à ética filosófica II.** Editora Loyla, São Paulo, 2004.

VAZ, Henrique C. de Lima. **Introdução à ética filosófica IV.** Editora Loyla, São Paulo, 2004.

VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura.** Martins Fontes, São Paulo, 2000.

VIOÊNCIA. In: *Dicio*. **Dicionário online da língua portuguesa.** Disponível em <https://www.dicio.com.br/>. Consulta realizada em 16 de setembro de 2021.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán.** Editora Jurídica del Chile. Santiago, 1997.

WELZEL, Hans. **Derecho penal:** parte general. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Penas Ilícitas**: un desafío a la dogmática penal. Editores del Sur, Buenos Aires, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em torno de la custión penal**. BdeF, Buenos Aires, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca de las penas perdidas**: deslegitimacion y dogmatica jurídico-penal. Ediar, Buenos Aires, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Revan, Rio de Janeiro, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de derecho penal**. T. III. Ediar, Buenos Aires, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Política y dogmática jurídico-penal**: política y no “política criminal” o meramente “penal”. Período eletrônico Direito e Democracia, v. 3, n. 2, 2002. Disponível em <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2441/1667> . Consulta realizada em 06/09/2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. SANTOS, Ílison Dias dos. **La nueva crítica criminológica**: criminología em tempos de totalitarismo financeiro. Quito: Editorial El Siglo, 2019.