

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC - SP

Ricardo Cardozo de Mello Tucunduva

JUSTIÇA E LIBERDADE: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E  
O EQUILÍBRIO SOCIAL

DOUTORADO EM FILOSOFIA DO DIREITO

São Paulo  
2014

**RICARDO CARDOZO DE MELLO TUCUNDUVA**

**JUSTIÇA E LIBERDADE: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E  
O EQUILÍBRIO SOCIAL**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como parte das exigências para obtenção do título de Doutor em Filosofia do Direito.

**ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR ANTÔNIO  
CARLOS MENDES**

SÃO PAULO

2014

JUSTIÇA E LIBERDADE: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E  
O EQUILÍBRIO SOCIAL

Banca Examinadora:

---

Professor Doutor Antônio Carlos Mendes

---

Professor Doutor Ricardo Hasson Sayeg

---

Professor Doutor Édson Luís Baldan

---

Professor Doutor José Luiz Gavião de Almeida

---

Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida

São Paulo, 3 de dezembro de 2014.

## **AGRADECIMENTOS**

**Agradeço a todos - os que vejo sempre, os que vejo pouco e os que, agora, só consigo ver com o coração -, homens e mulheres que fizeram da minha vida uma experiência que eu gostaria de poder repetir...**

**Dedicatória**

**Aos meus companheiros de jornada, referidos na página anterior.**

## RESUMO

O presente trabalho analisa o Princípio da Dignidade Humana de uma perspectiva contemporânea, principalmente em função do papel por ele assumido enquanto fator de equilíbrio social, a partir do processo de redemocratização do Brasil, que ocorreu na segunda metade do século passado, depois de quase trinta anos de regime de governo militar. O caminho percorrido pelo povo brasileiro em busca da Democracia conduziu à convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, de cujo trabalho resultou a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Com a nova Carta - chamada de Constituição Cidadã - a dignidade da pessoa humana ganhou *status* não apenas de princípio constitucional, mas de fundamento da República, e isto constitui alteração significativa, com reflexos profundos e perenes na vida nacional. Essa guinada e o especial realce que a Constituição dá à proteção dos direitos da pessoa humana, são consequências daquilo que os estudiosos chamam de “movimento pendular da História”, ou seja, a natural e inexorável mudança dos valores reinantes em determinada sociedade, de tempos em tempos, de um extremo para o outro, dado que a vida social é dinâmica e o ser humano está sempre em busca de uma melhor maneira de viver. Mas, passadas já quase outras três décadas, embora já respirando ares democráticos, o Brasil continua perseguindo o sonhado equilíbrio social, e a solução para o desajuste existente, que dificulta a fluidez das relações sociais, passa, por certo, pela correta interpretação que se dê ao alcance dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que integram o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, já se vislumbra a importância do tema. O trabalho divide-se em três partes e, fundamentalmente, procura identificar as premissas teóricas que alicerçam o estudo, partindo de uma metodologia hipotético-dedutiva, com o objetivo de construir substrato para melhor compreensão da tese. É a Ciência do Direito que dá foco ao trabalho, mas são utilizadas referências interdisciplinares, notadamente de História, de Filosofia e de Ciência Política. As conclusões finais podem ser resumidas na seguinte assertiva: “O princípio da Dignidade Humana, numa perspectiva ampla de isonomia, socorre aquele que viola a Lei Penal, tem que socorrer cada um dos ofendidos por essa violação, sob pena de comprometimento da manutenção do equilíbrio social”, o que reflete uma crítica à leniência com que, no Brasil, estão sendo tratados os delinquentes.

Palavras-chave: Dignidade Humana; Equilíbrio Social; Liberdade; Justiça.



## ABSTRACT

The present paper analyzes the Principle of Human Dignity from a contemporary perspective, mainly due to the role he assumed as a social balance factor from the process of redemocratization of Brazil, which occurred in the second half of the last century, after nearly thirty years of military government. The path taken by the Brazilian nation in search of Democracy led to the convocation of a National Constituent Assembly, whose work resulted in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, from October 5, 1988. With the new Charter - called Citizen Constitution - the dignity of the human person not only gained the status of a constitutional principle, but as one of the foundation of the Republic, and this is a significant change, with deep and eternal reflections in the national life. This swerve and the special distinction that gives the protection to the rights of the human person, are consequences of what scholars call the "pendulum movement of History", which means, the natural and inexorable change of values prevailing in a certain society, from time to time, from one extreme to another, given that the social life is dynamic and the human being is always in search of a better way to live. But since past almost three decades, although already breathing democratic airs, Brazil continues to pursue the dream of social balance, and the solution to the existing disagreement, which embarrass the fluidity of social relations, pass, of course, through the correct interpretation that gives the scope of constitutional and infra-constitutional devices that incorporate the Brazilian legal system. Thus, already sees the importance of the theme. The paper is divided into three parts and, primarily, seeks to identify the theoretical premises that lay the foundation of the study, starting from a hypothetical deductive methodology with the objective to build substrate for a better understanding of the thesis. It is the Science of Law that gives focus to the paper, but interdisciplinary references are used, notably of History, Philosophy and Political Science. The final conclusions can be summarized in the following statement: "The Principle of Human Dignity, in a wide perspective of equality, succors one who violates the Penal Law, have to succor each offended by this violation, under penalty of the commitment of the maintenance of social equilibrium", which reflects a critical to the leniency that, in Brazil, the delinquents are being treated.

Keywords: Human Dignity; Social Balance; Freedom; Justice.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
------------------	----

### CAPÍTULO 1

#### **JUSTIÇA**

1.1 O Homem Social.....	17
1.2 O Bem Comum.....	22
1.3 Os Valores.....	25
1.4 As Normas.....	30
1.5 Os Princípios e as Regras.....	35
1.6 A Moral e o Direito.....	41
1.7 A Justiça.....	46

### CAPÍTULO 2

#### **LIBERDADE**

2.1 A Liberdade.....	52
2.2 A Evolução Histórica da Liberdade.....	61
2.3 Os Direitos Humanos.....	68
2.4 Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988.....	78

### CAPÍTULO 3

#### **A DIGNIDADE HUMANA**

3.1 A Igualdade.....	83
3.2 As Infrações e a Resposta Penal.....	88
3.3 A Presunção de Não Culpabilidade.....	94

3.4 A Impunidade.....	101
3.5 A Proteção de Cada Membro do Grupo Social.....	106
3.6 A Responsabilidade de Cada Indivíduo para a Manutenção do Equilíbrio Social.....	113
CONCLUSÕES.....	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	120

## INTRODUÇÃO

Para que o tema “JUSTIÇA E LIBERDADE: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O EQUILÍBRIO SOCIAL” seja delimitado, explorado e compreendido, serão abordados neste estudo, sucessivamente, os seguintes pontos:

No Capítulo 1, denominado “JUSTIÇA”, serão tratadas as questões que envolvem “O Homem Social”, “O Bem Comum”, “Os Valores”, “As Normas”, “Os Princípios e as Regras”, “A Moral e o Direito”, “A Justiça”.

No Capítulo 2, chamado “LIBERDADE”, serão abordadas as questões pertinentes aos seguintes temas: “A Liberdade”, “A Evolução Histórica da Liberdade”, “Os Direitos Humanos”, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988”.

No Capítulo 3, intitulado “A DIGNIDADE HUMANA”, serão analisados os problemas relacionados com “A Igualdade”, “As Infrações e a Resposta Penal”, “A Presunção de Não Culpabilidade”, “A Impunidade”, “A Proteção de Cada Membro do Grupo Social”, “A Responsabilidade de Cada Indivíduo para a Manutenção do Equilíbrio Social”.

Será usado o método hipotético-dedutivo.

No Capítulo 1, será lembrado que o ser humano precisa viver em sociedade para poder atingir os seus objetivos. Então, agrupa-se, com quem tenha objetivos semelhantes. Mas, esses grupos têm os seus objetivos também. Os vários grupos sociais formam o que se chama de sociedade. Essa sociedade, politicamente organizada, é o Estado, que, por igual, também tem os seus objetivos e precisa ser organizado, para que esses seus objetivos possam ser alcançados. É o Direito que dita as normas de organização social para que todos os objetivos - tanto os pessoais, como os sociais - possam ser alcançados.

Aliás, o fim do Estado é o bem de todos - o Bem Comum - que jamais poderá ser alcançado se essas normas, que são as normas de garantia e as normas de aperfeiçoamento, não forem obedecidas. A violação sistemática das normas de garantia deve ser evitada por todos porque esgarça o tecido social. Será feita

referência sobre a importância do comportamento altruísta de todos os indivíduos componentes da sociedade.

Serão tecidas considerações acerca do Mundo dos Valores, questão complexa e intimamente ligada à própria vida dos seres humanos, que tem ocupado a atenção de variada gama de estudiosos do Direito, da Moral, da Sociologia, da Ciência Política e de outras ciências afins.

Em seguida, será a vez de discorrer acerca das Normas, enunciados que pressupõem a possibilidade de serem obedecidos ou não, até porque não estão relacionadas apenas com a Ciência do Direito, mas com várias outras ciências, inclusive fora do espectro das denominadas ciências humanas.

Depois serão analisados os Princípios e as Regras.

Os Princípios são mandamentos que, cada vez mais, ganham importância na Ciência do Direito. A principal característica dos Princípios é o fato de serem destinados a otimizar um direito ou um bem jurídico, apesar de não proibirem, não permitirem e nem imporem nada em termos absolutos, mas sim na medida do possível, fática e juridicamente.

As Regras também merecerão cuidadosa análise, até porque em matéria de direitos fundamentais, é importante a feitura da distinção entre elas e os Princípios, uma vez que as Regras são sempre aplicadas no sistema denominado “tudo ou nada”.

Depois, será a ocasião de se falar acerca da Moral e do Direito, ciências irmãs.

Ao fim do Capítulo 1, terão lugar considerações acerca da Justiça, tema apaixonante e que tem ocupado o pensamento humano desde os primórdios da civilização. A ideia, o conceito, o sentido, a finalidade da Justiça, são aspectos que serão explorados.

No Capítulo 2, teremos a oportunidade de dissertar sobre a Liberdade. Será lembrada a relação íntima que existe entre a Liberdade e a Igualdade, valores que, somados à Fraternidade, compõem o famoso trinômio da Revolução Francesa. Será feita uma abordagem sobre a liberdade de querer e a liberdade de agir. Uma referência à força incomum do termo “Liberdade” será elaborada, da relação entre a

liberdade e a ordem, entre liberdade e a Ética, entre a liberdade e o medo, entre a liberdade e a responsabilidade. Será objeto de análise a distinção entre liberdade moral e liberdade jurídica, e entre a liberdade natural e a liberdade política. Merecerá referência a liberdade pessoal e o conceito anarquista de liberdade.

Em seguida, será realizada uma viagem no tempo, no intuito de mostrar a evolução histórica da Liberdade no mundo ocidental. Terá início na Antiguidade Clássica, no apogeu da Grécia e de Roma, época das cidades-estado, das guerras, dos grandes conquistadores. Depois, entraremos na Idade Média. Uma análise será elaborada sobre a liberdade, tal qual era concebida na sociedade feudal. Por óbvio, ganharão destaque as referências à Magna Carta, ao rei João Sem Terra e à Inglaterra, berço da limitação do poder real. A própria Magna Carta é tida como o primeiro passo do longo caminho que conduziu ao constitucionalismo. Terão lugar referências ao absolutismo ainda reinante na Europa continental, ao Iluminismo e à Revolução Francesa.

Falaremos sobre a Revolução Industrial, o Capitalismo, a industrialização, o aparecimento dos sindicatos, sempre sob a óptica das relações desses fenômenos sociais com a liberdade humana.

Em seguida, será traçada a trajetória da Liberdade como fonte inspiradora do constitucionalismo, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 - inspirada na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776 -, até a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, organismo criado em 1945 com o objetivo de garantir a paz mundial, logo após o término da Segunda Grande Guerra, triste episódio que abalou a humanidade de 1939 a 1945.

Será, então, a vez de fazer uma explanação sobre os direitos humanos, iniciando pelas várias acepções que possui a expressão. Será explorada a ligação dos direitos humanos com a ideia de Justiça. Haverá uma abordagem sobre o conteúdo e a viabilidade dessas declarações éticas que se denominam Declarações de Direitos, ligadas umbilicalmente aos direitos humanos e à própria dignidade humana. Falaremos da sua relativa fragilidade, se comparadas com os tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, que possuem efeito vinculante. Terão lugar, então, considerações acerca da relação existente entre os

direitos fundamentais e a dignidade humana. Ganhará destaque a constitucionalização da dignidade da pessoa humana, que obriga os três níveis de governo a dar efetividade aos direitos humanos, tomando todas as medidas cabíveis para concretizá-los, mas não será esquecida a absoluta necessidade de que, para que isto ocorra realmente, será preciso que a própria sociedade e cada um de seus membros estejam verdadeiramente dispostos a garantir o equilíbrio do convívio social.

Serão, em seguida, objeto de estudo os direitos fundamentais na Carta de 1988. Partiremos da afirmação de que todas as nossas Constituições trataram das chamadas liberdades públicas, mas daremos destaque ao fato de que foi a Constituição Cidadã que tratou dos direitos e garantias individuais, pela primeira vez, com o merecido realce, até por conta do contexto histórico em que a Constituição veio a lume, e também em razão de a nossa Carta poder ser classificada de Constituição analítica. Merecerá destaque, enfim, a prevalência da dignidade humana e dos direitos humanos como imperativos de Justiça social.

O Capítulo 3 terá início com um estudo sobre a Igualdade, ou - melhor dizendo - da igualdade perante a Lei, ideia engendrada pela Revolução Francesa que, como todos sabem, foi capaz de mudar a relação entre governantes e governados, em todo o mundo ocidental, com a famosa e já acima referida Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Será elaborada uma referência à ironia de ter sido morta na guilhotina a mulher que ousou propor a extensão desses direitos também às cidadãs. Ficará claro que o princípio da igualdade perante a Lei dirige-se tanto aos indivíduos componentes da sociedade, quanto ao próprio legislador. Será falado na igualdade na própria Lei, na igualdade por meio da Lei e na igualdade justa. De importância capital será o discurso sobre a possibilidade de ser constitucional, conforme o princípio da igualdade perante a Lei e, sobretudo, justo, o fato de se dar tratamento diferente aos indivíduos que compõem a sociedade.

Nesse ponto, o trabalho será direcionado para a seara das infrações penais e da resposta social que a elas tem que ser dada. Mister será falar da criminalidade como fenômeno social, no seu perigoso aumento, na absoluta necessidade de as pessoas conviverem pacificamente, na obrigação do Estado ser o mantenedor da paz social, na sua legitimidade para conter a escalada do crime, na pena e nas suas

três funções - a neutralização do criminoso, a intimidação abstrata e o restabelecimento do equilíbrio social - e, por fim, na seriedade de que deve se revestir a punição.

Em seguida, será preciso discorrer sobre o princípio da presunção de não culpabilidade, cujo embrião surgiu com a Magna Carta, na Inglaterra, ainda no Século XIII, mas que só tomou as feições atuais na França, em 1789, com a Revolução Francesa e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Será lembrado que, depois disso e até os nossos dias, os demais povos ocidentais foram inserindo esse princípio, tanto nas suas Constituições, como nos tratados internacionais de que são signatários, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Será lembrado que esse princípio é fundamental no nosso ordenamento. Haverá uma exposição sobre as duas teorias existentes a respeito da possibilidade da restrição dos direitos fundamentais, a teoria interna e a teoria externa. Será abordada a possibilidade de redução da abrangência do princípio da presunção da não culpabilidade, para que ele não se apresente como fato gerador de impunidade, tanto doutrinária, quanto jurisprudencialmente.

Também a impunidade será estudada, tornando-se a falar, por outros ângulos de visão, do Bem Comum, da ordem jurídica, da finalidade do Estado, do pacto social, da necessidade de cumprimento das regras de convivência, da criminalidade, da obrigação do Estado garantir o bem da coletividade, da frouxidão das sanções, da descrença do povo nas Instituições e nas próprias pessoas incumbidas de zelar pela manutenção da ordem social.

Depois, será a vez de destacar a importância da proteção de cada membro do grupo social. Para tanto, será preciso discorrer acerca do exercício da chamada equivalência entre os valores, ou seja, estabelecer qual valor é o preponderante dentre vários, para que se chegue à retribuição justa, que corresponde ao justo por natureza, não somente ao justo por convenção. A dificuldade que o Juiz enfrenta para, verdadeiramente, fazer Justiça, será abordada, uma vez que depende da interpretação correta que dê às regras jurídicas. Será falado do altruísmo que deve inspirar cada componente da sociedade e dos seus efeitos benéficos para todos. Será feita a distinção entre as chamadas normas de garantia e as normas de

aperfeiçoamento. Haverá exposição de questão cardeal para a sobrevivência da sociedade, que é o absoluto respeito às normas de garantia, dentre as quais se inserem as normas de Direito Penal. De outro prisma, se falará da criminalidade e do tratamento leniente que se dá aos criminosos.

Chegar-se-á, então, ao problema da responsabilidade de todos os cidadãos e cidadãs para a manutenção do equilíbrio social. Será analisada a necessidade da preocupação com o todo, com a busca do Bem Comum, com o cultivo da virtude cívica. Por fim, terão lugar comentários sobre a incapacidade do criminoso entender essa dinâmica, do desdém que nutre pelo direito dos outros e pelos deveres e limites que a vida em sociedade impõe.

## CAPÍTULO 1

### JUSTIÇA

#### 1.1 O homem social

A principal característica dos seres humanos é o fato de precisarem viver associados. Ninguém duvida de que o homem, além de ser imperfeito por natureza, não é autossuficiente e, para preservar a si próprio e poder obter as coisas que deseja, precisa completar-se, juntando-se aos seus semelhantes<sup>1</sup>.

Goffredo Telles Júnior ensina que o estado social é o estado natural do homem. Para ele, a natureza inconsciente não impôs ao homem o estado social, mas como são inerentes ao ser humano imperfeições e insuficiências, disto deriva a incapacidade humana de prover e manter a sua existência apenas com as suas próprias forças<sup>2</sup>. Goffredo enfatiza que

Esta é a conclusão a que nos conduz a observação do comportamento humano em tôdas as fases de sua evolução. Não se pense, entretanto, que êsse estado social seja um estado que a natureza inconsciente tenha imposto ao homem, como parece ter imposto aos outros animais gregários. (...) Sociedade é natureza e é contrato. É natureza, porque é da *estrutura* humana a inclinação para a vida social. Mas, por acréscimo, é contrato, porque viver em sociedade é da *vontade humana*<sup>3</sup>.

Aristóteles, ao desenvolver o seu raciocínio sobre a origem do Estado como uma criação da natureza, afirma que diante da impossibilidade de o indivíduo

---

<sup>1</sup> TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Filosofia do Direito*. Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1967, p. 399.

<sup>2</sup> Ibidem, p. 400.

<sup>3</sup> Ibidem, p. 400.

sozinho poder sobreviver, o ser humano acaba sendo uma parte em relação ao todo, sendo que “aquele que for incapaz de viver em sociedade, ou aquele que não tiver nenhuma necessidade dela porque é suficiente por si mesmo, deve ser uma besta ou um deus: não é parte de um Estado. Há um instinto social inculcado em todos os homens por natureza”<sup>4</sup>.

Assim, a incapacidade de subsistir sozinho levou o homem a viver agregado aos seus pares, a fim de proteger a si mesmo, e garantir a subsistência própria e a do semelhante.

Wayne Morrison complementa:

A segurança física e a segurança existencial são duas exigências que invocam dois conjuntos de inimigos. Um deles gira em torno do pólo da fome, da doença, dos assassinatos, da violência contra o corpo e da falta de recursos materiais. O outro gira em torno de um pólo menos óbvio que envolve o medo do desconhecido, o desejo de conhecimento e estima, o desejo de criar, encontrar beleza e ser um indivíduo<sup>5</sup>.

Além de proporcionar maior conforto e tranquilidade, a vida em grupo permitiu ao ser humano desenvolver a própria espécie, levando a humanidade ao aperfeiçoamento dos modelos de organização social ao longo do tempo.

Nesse diapasão, é o discurso de Herbert Lionel Hart a respeito de uma ordem dupla de premissas, em que estão o desejo humano e o instinto de sobrevivência, reportando daí cinco verdades sobre a natureza humana, indicadas por ele como regras básicas que instruem o convívio social, quais sejam: a vulnerabilidade do homem, a igualdade aproximada entre os indivíduos, o altruísmo, a força de vontade e os recursos limitados<sup>6</sup>.

Ao tratar do surgimento das primeiras sociedades, Jean-Jacques Rousseau afirma que a mais antiga de todas é a família. Rousseau diz que a liberdade dos homens origina-se da natureza humana, e a sua primeira lei é prover a própria

---

<sup>4</sup> MORRIS, Clarence (Org). *Os Grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 19.

<sup>5</sup> MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 21.

<sup>6</sup> VIGO, Rodolfo Luis. *Perspectivas iusfilosóficas contemporâneas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, pp. 88-91.

preservação. Para o filósofo, a família constitui o primeiro modelo das sociedades políticas<sup>7</sup>.

Nessa mesma linha de raciocínio, ao tratar da origem das tribos e do desenvolvimento do início da vida em sociedade e das cidades antigas, Fustel de Coulanges destaca que

Na história das sociedades antigas as épocas são mais bem definidas pelo encadeamento das idéias e das instituições que pela sucessão dos anos. O estudo das antigas regras de direito privado faz-nos entrever, para além dos tempos chamados *históricos*, um período de séculos durante o qual a família foi a única forma de sociedade existente. Essa família podia então conter, em seu extenso quadro, vários milhares de seres humanos. Dentro de tais limites, porém, a sociedade humana aparece ainda bastante acanhada: muito limitada quanto às necessidades materiais, porque seria difícil a essa família ser auto-suficiente diante de todos os acasos da vida (...)<sup>8</sup>.

Dentro dessa mesma perspectiva, Norberto Bobbio faz menção às considerações de Karl Marx sobre a posição do indivíduo menos como ser autônomo e mais como parte de uma totalidade, integrando primeiramente a família, e na família ampliada em tribo<sup>9</sup>.

Norberto Bobbio lembra que

(...) pode-se deduzir que Marx tinha Aristóteles em mente quando escreveu esse trecho, pois logo depois assume a mais famosa de todas as definições aristotélicas (que está no mesmo contexto em que se descreve a formação da cidade), afirmando: “O homem é, no sentido mais pleno do termo, um *zoon politikón*, não só um animal social, mas sim um animal que só pode isolar-se em sociedade”. Que o homem seja um animal social mesmo quando se isola — o que é um acréscimo ao texto aristotélico — é uma afirmação que Marx usa para refutar, digamos, por antecipação toda possível oposição ao modelo clássico da essencial sociabilidade do homem (...)<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> MORRIS, Clarence (Org). *Os Grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 214.

<sup>8</sup> COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p. 127.

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. *O filósofo e a política: antologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 82.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 82.

Tudo isso acaba reforçando a ideia de que a sociedade nada mais é do que um conjunto de seres racionais unidos por um acordo unânime em prol da sobrevivência de cada um.

Goffredo Telles Junior assevera que

A sociedade não há de ser, evidentemente, um simples agregado material de indivíduos. Viver em sociedade não é ficar uns ao lado dos outros, como os paus de um monte de lenha. A sociedade é uma multidão organizada, onde uns suprem o que aos outros falta, e todos em conjunto realizam o que nenhum, isoladamente, poderia conseguir. Define-se a sociedade: UNIÃO ÉTICA DE SERES HUMANOS, EM BUSCA DE FINS COMUNS<sup>11</sup>.

No século XVII, John Locke apresentou a sua teoria acerca do contratualismo e do direito natural, fazendo as seguintes reflexões sobre a finalidade da sociedade política e as relações sociais:

Se o homem no estado de natureza é tão livre como se disse, se é senhor absoluto de sua própria pessoa e de suas posses, igual ao maior de todos e súdito de ninguém, por que abandona sua liberdade, esse império, e se submete ao domínio e controle de algum outro poder? Ao que é óbvio responder que, embora no estado de natureza ele tenha tal direito, ainda assim o gozo dele é muito incerto e está constantemente exposto à violação por parte de outros... Isso o faz querer desistir dessa condição que, embora livre, está cheia de medos e perigos constantes; e não é sem razão que ele procura de boa vontade unir-se em sociedade com outros que já estão reunidos ou têm a intenção de se unir para a mútua preservação de suas vidas, de suas liberdades e bens, aos quais chamo pelo nome genérico de propriedade<sup>12</sup>.

É nesse contexto que deve ser entendida a dependência do meio social para o desenvolvimento de todo o potencial criador humano. Nessa perspectiva, Paulo Nader afirma que o funcionamento de uma sociedade pressupõe comando e ordem

---

<sup>11</sup> TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Filosofia do Direito*. Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1967, p. 401.

<sup>12</sup> MORRIS, Clarence (Org). *Os Grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 149.

e, para tanto, é preciso, de um lado, que se organize a estrutura de poder e, de outro, que se estabeleça um ordenamento jurídico<sup>13</sup>:

É um fato de nossa experiência que o homem depende do meio social para desenvolver o seu potencial criador e manter o equilíbrio psíquico. É no contexto da sociedade onde vai buscar os recursos que lhe são indispensáveis. O homem não pode, todavia, limitar-se à condição de usuário daquela grande fonte. Ao mesmo tempo em que afluente de seus benefícios, deve desenvolver esforços no sentido de conservá-la. O funcionamento da sociedade pressupõe comando e ordem e, para tanto, é preciso, de um lado, que se organize a estrutura de poder e, de outro, que se estabeleça um ordenamento jurídico<sup>14</sup>.

Esse mesmo entendimento foi desenvolvido por Émile Durkheim quando elaborou seu estudo sobre a divisão do trabalho social. Segundo o sociólogo,

(...) essa absorção do indivíduo pelo grupo seria o resultado de uma coerção e de uma organização artificial requerida pelo estado de guerra em que vivem, de maneira crônica, as sociedades inferiores. Com efeito, é sobretudo na guerra que a união é necessária ao sucesso. Um grupo só pode se defender contra outro grupo ou subjugá-lo se agir em conjunto. Logo, é necessário que todas as forças individuais estejam concentradas de maneira permanente num feixe indissolúvel. Ora, o único meio de produzir essa concentração de todos os instantes é instituir uma autoridade bastante forte, à qual os indivíduos sejam absolutamente submetidos. É necessário que, “como a vontade do soldado fica suspensa, a tal ponto que ele se torna, em tudo, o executor da vontade de seu oficial, assim também a vontade dos cidadãos fica diminuída pela do governo”<sup>15</sup>.

Sobre a relação entre os interesses individuais dos membros do grupo social, Max Weber explica que cada um faz promessas referentes ao seu comportamento futuro, estabelecendo regras e limites a serem seguidos pelos demais. Assim, as ações individuais ficam ligadas ao dever de observar o acordo pactuado, em prol do bem da coletividade<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 20. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 44.

<sup>14</sup> NADER, Paulo. *Op. cit.*, p. 44.

<sup>15</sup> DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 178.

<sup>16</sup> WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. 17.

## 1.2 O Bem Comum

Os seres humanos juntam-se em diferentes grupos sociais. Esses grupos sociais são partes de um todo e, de acordo com Goffredo Telles Junior, esse todo social é o que se chama de sociedade política. Contudo, em certos grupos, o bem que o conjunto de pessoas pretende buscar é o bem exclusivo desse grupo, visando atingir objetivos unicamente particulares<sup>17</sup>.

Recorde-se que todo grupo social é constituído para a realização de determinado fim, e esse bem a ser atingido “é a causa final da associação”.

Com efeito, em cada grupo social, os indivíduos que o compõem irão possuir os seus próprios anseios, o que definirá a identidade, os contornos e os fins de cada sociedade.

A respeito do assunto, Miguel Reale faz a seguinte análise:

Na realidade, impõe-se preservar o bem do indivíduo como ponto final, como fim a que se deve tender de maneira dominante; mas, ao mesmo tempo e correspondentemente, é mister salvaguardar e acrescer o bem do todo, naquilo que o bem social é condição do bem de cada qual. Há, portanto, dois aspectos do problema do bem ou, por outras palavras, dois momentos de realização do valor do bem — um individual, outro social<sup>18</sup>.

Em outras palavras, a sociedade política tem como causa final o bem de todos, o que depende da consecução dos fins dos diversos grupos que a compõem e, também, da realização dos objetivos de cada componente desses grupos sociais.

---

<sup>17</sup> TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Filosofia do Direito*. Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1967, p. 439.

<sup>18</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 272.

É nesse contexto que o altruísmo assume papel de relevância. A propósito, Michael J. Sandel diz o seguinte:

Se uma sociedade justa requer um forte sentimento de comunidade, ela precisa encontrar uma forma de inculcar nos cidadãos uma preocupação com o todo, uma dedicação ao bem comum. Ela não pode ser indiferente às atitudes e disposições, aos “hábitos do coração” que os cidadãos levam para a vida pública, mas precisa encontrar meios de se afastar das noções da boa vida puramente egoístas e cultivar a virtude cívica<sup>19</sup>.

Goffredo Telles Junior adverte que, como todo e qualquer grupo social, a sociedade política é constituída para realizar determinada ideia, e define a sociedade política da seguinte forma:

GRUPO SOCIAL CUJA IDÉIA A REALIZAR CONSISTE EM ASSEGURAR A CONDIÇÃO NECESSÁRIA PARA QUE AS ENTIDADES, QUE ELA ENCERRA, MELHOR POSSAM APROXIMAR-SE DE SEUS RESPECTIVOS FINS<sup>20</sup>.

Pois bem. Essa condição necessária é a mesma para todos os grupos sociais que compõem a sociedade política, malgrado cada ser humano e cada grupo social tenha as suas próprias condições de desenvolvimento. Essa condição necessária, ainda segundo Goffredo Telles Junior, é a mesma para todos os seres humanos e para todos os grupos sociais: chama-se *ordem jurídica*.

Então, a ordem jurídica torna-se o bem de todos e, por essa razão, pode ser compreendida como bem comum.

---

<sup>19</sup> SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 325.

<sup>20</sup> TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Filosofia do Direito*. Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1967, p. 440.

Paulo Nader enfatiza que “tanto as normas jurídicas quanto as não jurídicas são fundamentais à convivência e harmonia entre os indivíduos, mas são as primeiras que tornam possível a sociedade”<sup>21</sup>.

Santo Tomás de Aquino, a respeito disso, ponderara:

(...) como cada uma das partes se ordena ao todo, assim como imperfeito está ordenado para o perfeito, e visto cada homem ser parte de uma comunidade perfeita, é preciso que a lei diga propriamente respeito à ordem voltada à felicidade comum<sup>22</sup>.

De fato, sem uma ordem estabelecida, sem regras de convivência, a sociedade não pode subsistir.

É interessante ressaltar a célebre lição de José Carlos de Ataliba Nogueira, acerca da sociedade política, do Estado, no sentido de que “O estado não é fim do homem; sua missão é ajudar o homem a conseguir o seu fim. É meio, visa à ordem externa para a prosperidade comum dos homens”<sup>23</sup>.

John Rawls acrescenta a esse raciocínio que

As pessoas são razoáveis em um aspecto fundamental quando, suponhamos que entre iguais, se dispõem a propor princípios e critérios que possam constituir termos equitativos de cooperação e quando se dispõem, voluntariamente, a submeter-se a eles, dada a garantia de que os outros farão o mesmo. Elas veem essas normas como aquelas que é razoável que todos aceitem e, em virtude disso, como justificáveis para todos e se dispõem a discutir os termos equitativos que outros proponham<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 53.

<sup>22</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de História do Direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 52.

<sup>23</sup> NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 154.

<sup>24</sup> RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 58.

Muitas vezes, o ser humano age não só contra os seus instintos, mas também contra o que deseja ou o que quer, subordinando a sua conduta a algo com o que não concorda.

É preciso ter em mente que a ordem jurídica não é uma ideia isolada, mas um conjunto de ideias, sempre em movimento, eis que a ordem social não é estática, dado que o ser humano está sempre insatisfeito, à procura de uma forma melhor de viver e de conviver.

### 1.3 Os Valores

Comumente, pode-se definir o valor de alguma coisa como aquilo que ela importa, ou seja, o quanto ela representa.

Entretanto, o conceito de valor é utilizado de formas muito distintas tanto na linguagem coloquial, quanto no meio filosófico, ou no técnico, relativamente às diferentes ciências<sup>25</sup>.

As discussões existentes sobre o conceito de valor indicam que se trata de questão complexa. Realmente, chama a atenção, de início, o fato de a própria expressão “valor” ser palavra analógica - vale dizer, termo que possui inúmeros significados, que guardam relação entre si -, utilizada com significados diversos e em circunstâncias, também, variadas, do cotidiano.

Oswaldo Guariglia diz que “Um valor é uma concepção, explícita ou implícita, própria de um indivíduo ou característica de um grupo, da desiderabilidade que influencia a seleção de formas, dos meios e dos fins da ação”<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 147.

<sup>26</sup> GUARIGLIA, Oswaldo. *Una ética para el siglo XXI — Ética y derechos humanos em um tiempo posmetafísico*. 2 reimp. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2006, pp. 85-86.

Em regra, todas as pessoas têm a condição, o conhecimento, ou a experiência necessárias para conferir a determinadas coisas ou ações valorção que as qualifica como boas, ruins, possíveis, impossíveis, úteis, inúteis, belas, feias etc. Surge, então, uma espécie de escala valorativa, que, entretanto, não é completa, nem perfeita<sup>27</sup>.

E, realmente, os valores podem ser expressos por adjetivos que designam qualidades que todos conhecem. Assim, os valores formam um conjunto de objetos ordenados de acordo com uma hierarquia que é estabelecida pelo grupo social<sup>28</sup>.

Karl Larenz complementa:

Por <valorar> ou <avaliar> deve entender-se, em primeiro lugar, um acto de tomada de posição. O objeto a avaliar será julgado como apetecível ou despiciendo, meritório ou não meritório, preferível a outro ou secundário em relação a ele. Algo que todas as pessoas ou uma pessoa de são entendimento considera apetecível chama-se um<bem>, por exemplo, a paz, a saúde, a independência, a ausência de coação e a necessidade. Uma actuação que fomenta ou contém este e outros bens aprovamo-la; uma actuação contrária desaprovamo-la. A aprovação ou desaprovação encontram a sua expressão num juízo de valor, que pode ser de natureza moral ou, se se orienta por princípios especificamente jurídicos, de natureza jurídica<sup>29</sup>.

Ao tratar da conceituação de valor em relação às coisas, Goffredo Telles Junior afirma que

Valor implica uma hierarquia, uma ordem de coisas. Uma coisa de valor é sempre uma coisa situada pelo homem num certo ponto de uma escala

<sup>27</sup> NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 87.

<sup>28</sup> PAIM, Antonio. *A problemática do culturalismo*. Porto Alegre: Edipucrs, 1995, p. 23.

<sup>29</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa, Fundação Calouste Gulberkian, 1997, p. 408.

hierárquica de seres — de uma escala de seres hierarquizados segundo seus próprios valores<sup>30</sup>.

Todas as coisas podem ser objeto de valoração: objetos naturais, ideias, acontecimentos, ações, situações. A respeito dos critérios existentes durante o processo de avaliação, Robert Alexy explica que os critérios de valoração podem colidir e, nesses casos, para que se possa realizar uma *valoração global*, é necessário determinar a relação entre esses critérios, e definir a relação entre eles:<sup>31</sup>

Em geral, valorações baseiam-se em diversos critérios, entre os quais é necessário sopesar, porque esses critérios competem entre si. A classificação como “bom” é, então, expressão de uma valoração global. A aplicação de critérios de valoração entre os quais é necessário sopesar corresponde à aplicação de *princípios*<sup>32</sup>.

Miguel Reale complementa que não se pode numerar nem quantificar o valioso e, costumeiramente, por mecanismos indiretos, empíricos e pragmáticos, o homem acaba atribuindo mensuração ao valor, o que constitui apenas referência para a vida básica, complementando que “são imensuráveis, insuscetíveis de serem comparados segundo uma unidade ou denominador comum”<sup>33</sup>.

Diante disso, tem-se que a fundação de uma sociedade baseada na construção de conceitos e de princípios, corresponde à percepção e ao reconhecimento dos valores daquele contexto social. Nesse sentido, Jacqueline Russ acrescenta que nenhuma sociedade pode sobreviver sem um código moral fundado nos valores que sejam compreendidos, assimilados e respeitados por sua maioria<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Filosofia do Direito*. Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1967, p. 196.

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 149.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>33</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 187.

<sup>34</sup> RUSS, Jacqueline. *Pensamento ético contemporâneo*. São Paulo: Paulus, 1999, p. 19.

Desse modo, nota-se que os valores são imprescindíveis para o homem e para a vida em sociedade. Sem o valor, desaparece o homem<sup>35</sup>. Assim, na sociedade, o desenvolvimento da consciência dos valores pelos indivíduos permite que haja melhor definição da função de cada um no seio social, proporcionando, também, a possibilidade de o indivíduo melhor escolher a solução mais adequada para a consecução dos fins sociais, quando tiver diversas opções.

A isso, José Renato Nalini acrescenta:

Mas como pode o homem realizar o valioso? Realizar o valioso consiste, para o homem, num **dever**. E o dever impõe uma conduta teleológica. Se quero acatar uma norma, devo converter tal acatamento em finalidade de minha conduta. A realização dos valores se consuma através de um processo de dúplici etapa: a determinação primária e a determinação secundária. A primeira é intuição; a segunda, a deliberação da vontade<sup>36</sup>.

Destarte, todos os seres humanos subordinam-se ao mundo dos valores, por serem eles - os valores - a expressão da consciência coletiva<sup>37</sup>.

Sobre a relação do ser humano com a determinação e a convivência com os valores, Miguel Reale elucida:

É inegável que o homem não segue apenas o que deseja ou quer; ao contrário, subordina sua conduta, em muitas e muitas ocasiões, a algo que contraria suas tendências naturais ou espontâneas. O valor de um ato resulta, bastas vezes, da não-satisfação de um desejo, do superamento daquilo que seria inclinação imediata de nosso ser. (...) O homem eleva-se ao mundo do valioso graças a seu autodomínio, à sua capacidade única de superar, não só as inclinações naturais dos instintos, como os estímulos rudimentares da vida afetiva. Sob esse prisma, o mundo do valioso é o do superamento ético<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> SANTOS, Mario Ferreira dos. *Filosofia concreta dos valores*. São Paulo: Loos, 1985, p. 77.

<sup>36</sup> NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 89-90.

<sup>37</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 198.

<sup>38</sup> REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 200.

O valor passa a ser compreendido a partir da referência feita pelo homem. Márcio Bolda da Silva esclarece que “É através do homem que os valores vêm à luz da compreensão, é pelo homem que são encarnados e é, ainda, para o homem que apontam, cuja direção postula o seu engrandecimento”<sup>39</sup>.

Sobre a questão, Max Weber afirma que

Age de maneira puramente racional referente a valores quem, sem considerar as conseqüências previsíveis, age a serviço de sua convicção sobre o que parecem ordenar-lhe o dever, a dignidade, a beleza, as diretivas religiosas, a piedade ou a importância de uma “causa” de qualquer natureza. Em todos os casos, a ação racional referente a valores (no sentido de nossa terminologia) é uma ação segundo “mandamentos” ou de acordo com “exigências” que o agente crê dirigidos a ele<sup>40</sup>.

Ora, o próprio ato de viver implica na constante feitura de valoração. Ao estabelecer planos para a sua própria vida, o homem tem que atribuir valor às diferentes coisas, visando a satisfação dos seus planos, dos seus interesses.

A partir disso, o valor ou o desvalor tornam-se a razão determinante de algo que deve ser feito, ou algo que não deve ser feito. As tendências e as necessidades que brotam da natureza do homem passam a construir um padrão de escolhas, diante das experiências da vida em sociedade<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> SILVA, Márcio Bolda da. *Rosto e alteridade*. São Paulo: Paulus, 1995, p. 60.

<sup>40</sup> WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. 16.

<sup>41</sup> BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64.

## 1.4 As Normas

O conceito de norma é um dos mais importantes da Ciência do Direito. A palavra “norma”, para os juristas, muitas vezes é usada como sinônimo de regra, mandamento ou preceito. Aliás, essas expressões são de uso corriqueiro, tanto na linguagem comum, quanto em diversas outras Ciências.

Para Humberto Bergmann Ávila, normas não são textos nem o conjunto de textos, mas sim o conjunto de sentidos formados a partir de uma interpretação sistemática dos textos normativos<sup>42</sup>.

De acordo com o referido autor,

O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte<sup>43</sup>.

Alf Ross afirma que a norma é uma diretiva que corresponde a um modelo de conduta, sendo geralmente seguido pelos membros da sociedade, e encarado por eles como algo vinculante e válido<sup>44</sup>.

A noção de norma pode ganhar mais clareza se comparada com a lei natural, segundo Eduardo García Máynez. As leis naturais, também chamadas de leis físicas, podem ser consideradas como juízos que assinalam relações constantes entre todos os diversos tipos de fenômenos. Destarte, as normas não teriam o condão de explicar nada, mas teriam a finalidade de provocar um determinado comportamento. Então, ao formulador de normas de comportamento não interessa o

---

<sup>42</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. 13. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 33.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>44</sup> ROSS, Alf. *Directives and Norms*. London: Routledge & Kegan Paul, 1968, p. 93.

real proceder de determinada pessoa, o que importa é a explicitação dos preceitos aos quais a sua ação deve estar sujeita<sup>45</sup>.

Miguel Reale, por seu turno, enfatiza que, tendo em vista ser a norma um dado de referência pré-constituído, uma espécie de “querer já manifestado genericamente” e posto por ato de autoridade, seria necessário, então, interpretar a norma à luz das mais amplas circunstâncias histórico-sociais em que ela se situa, assim como verificar qual o resultado real obtido a partir de sua vigência<sup>46</sup>.

Sobre o assunto, José Renato Nalini diz que

A norma exprime um dever e se dirige a seres capazes de cumpri-la ou de violá-la. Sustenta-a o suposto filosófico da liberdade. Se o indivíduo não pudesse deixar de fazer o que ela prescreve, não seria norma genuína, mas lei natural. De maneira análoga, careceria de sentido declarar que a distância mais curta entre dois pontos deve ser a linha reta, porque isso não é obrigatório, senão necessário e evidente. É da essência da norma a possibilidade de sua violação<sup>47</sup>.

Para Alf Ross, colocar elementos relativos à validade no conceito de norma é necessário para que se saiba se, de fato, elas existem, ou, ainda, se estão em vigor<sup>48</sup>.

Robert Alexy critica essa ideia de Alf Ross, afirmando que ela extrapola os objetivos vislumbrados por ele, porque não só permite uma discussão acerca da validade ou da existência de uma norma, mas torna isso necessário, eis que somente normas válidas ou normas existentes seriam mesmo normas.

O referido autor complementa:

<sup>45</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Ética — Ética empírica. Ética de bienes. Ética formal. Ética valorativa*. 3. ed. México: Porrúa, 1953, pp. 19-23.

<sup>46</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 563.

<sup>47</sup> NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

<sup>48</sup> ROSS, Alf. *Directives and Norms*. London: Routledge & Kegan Paul, 1968, p. 79.

Despojar al concepto de norma de elementos de la teoría de la validez tiene, a primera vista, el inconveniente de que se Puebla enormemente el universo de las normas. Cualquiera puede expresar cualquier número de normas con cualquier contenido. Sin embargo, esto no plantea problemas realmente serios. En el fondo, no hay diferencia entre si, para constatar que algo es una norma, se pregunta ya si satisface un determinado criterio de validez, o si, para constatar si algo es una norma válida, se pregunta primero si es una norma y luego si satisface um determinado criterio de validez<sup>49</sup>.

Eduardo García Máynez acrescenta que a concepção de norma pode ser melhor entendida se for comparada com as leis naturais, também chamadas de leis físicas. Realmente, as leis naturais são enunciados que exprimem as relações contínuas entre os fenômenos. Sob o prisma da finalidade, as leis físicas têm um fim explicativo, enquanto as normas possuem um fim prático<sup>50</sup>.

José Renato Nalini aponta, ainda, outra diferença entre a norma e a lei natural: a lei física precisa ser provada pelos fatos, mas a norma é válida independentemente de ter sido violada, ou de ter sido observada<sup>51</sup>.

Robert Alexy afirma que é preciso distinguir os conceitos de norma e de enunciado normativo, dando o seguinte exemplo:

(1) “nenhum alemão pode ser extraditado” (art. 16, § 2º, 1, da Constituição alemã). Esse enunciado expressa a norma segundo a qual é proibida a extradição de um alemão. Que é proibido que um alemão seja extraditado é o que significa o enunciado “nenhum alemão pode ser extraditado”. Uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo. A necessidade

<sup>49</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 39. Tradução: “Liberar o conceito de norma de elementos relativos à validade tem, à primeira vista, uma desvantagem, pois o universo das normas se expande sensivelmente. Qualquer um poderia expressar quantas normas quisesse, com qualquer conteúdo. Mas isso não cria nenhum problema sério. Em si, não há diferença entre questionar, para se saber se algo é uma norma, se houve o preenchimento de um determinado critério de validade ou, para se saber se algo é uma norma válida, se esse algo é uma norma e, em caso afirmativo, se preencheu um determinado critério de validade”.

<sup>50</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Ética - Ética empírica. Ética de bienes. Ética formal. Ética valorativa*. 3. ed. México: Porrúa, 1953, p. 20.

<sup>51</sup> NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

de se diferenciar entre enunciado normativo e norma pode ser percebida pelo fato de que a mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos. Assim, a norma segundo a qual é vedada a extradição de um alemão pode ser expressa, ao invés de por meio de (1), por exemplo, por meio de: (1') É proibido extraditar alemães. Ou. (1'') alemães não podem ser extraditados<sup>52</sup>.

Assim, o conceito de norma é considerado como primário em relação ao conceito de enunciado normativo. Robert Alexy diz que os parâmetros para identificar uma norma, devem ser procurados no plano da norma, e não no plano do enunciado normativo. Esses parâmetros podem ser fixados com a ajuda de duas modalidades deônticas, ou seja, a da proibição e a da permissão. Prosseguindo, Robert Alexy afirma que a proibição é uma negação de uma permissão, e procura definir o que é uma permissão:

(...) uma proibição é a negação de uma permissão. Mas o que é uma permissão? Se se obtém como resposta que permissão é a negação de uma proibição, não há com se objetar que se esteja movendo em círculos. A essa objeção pode-se facilmente associar uma outra, segundo a qual, caso não seja possível encontrar uma melhor resposta para o conceito de proibição, então, não há como utilizar esse conceito na definição do conceito de norma. (...) Assim, se se quer dizer alguma coisa, é necessário partir de conceitos que, dentro do sistema de conceitos pressuposto, não são definidos por nenhum conceito adicional<sup>53</sup>.

Robert Alexy desenvolve um interessante raciocínio acerca da possibilidade de a norma ser escrita sem a utilização do termo “proibido”: “exemplos disso oferecem as fórmulas do Código Penal alemão, como a do § 223, I: ‘Quem causar lesão corporal a alguém ou danos à sua saúde será punido com até três anos de prisão ou com multa em dinheiro’. Com esse enunciado, como se percebe pelo contexto, não se diz que algo é, mas algo que deve ser”<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 53-54.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 54.

Márcio Alves da Fonseca concorda com Michel Foucault ao explicitar que as normas não estão associadas exclusivamente com o Direito, mas, também, com a Medicina, a Psiquiatria e com muitos outros ramos do conhecimento que têm a vida como objeto de estudo<sup>55</sup>.

Assim, em sua obra *História da Loucura*, Michael Foucault diz que a norma tem conexão com a Psiquiatria e a Psicologia, no sentido de que representa um critério de separação dos indivíduos:

Tal orientação é apontada por Pierre Macherey, em seu artigo “Pour une histoire naturelle des normes”, ao comentar de que modo, em cada um desses trabalhos de Foucault, a norma aparece como um princípio de exclusão ou de integração, ao mesmo tempo que revela a implicação de duas formas que assume historicamente, ou seja, a forma de “norma de saber”, anunciando critérios de verdade cujo valor pode ser restritivo ou constitutivo, e a forma de “norma de poder”, fixando para o sujeito as condições de sua liberdade, segundo regras externas ou leis internas<sup>56</sup>.

Assim, a norma, nesse sentido, tem a capacidade de estabelecer uma segregação entre os indivíduos, os que obedecem e os que ofendem as normas.

Contudo, a possibilidade de transgressão da norma não deve desanimar aqueles que creem na sua aplicação para organizar e pacificar o convívio social, principalmente em um período em que muitos membros da sociedade agem contrariamente às normas, ao menos na opinião José Renato Nalini,

O homem é um ser perfectível. Pressupõe-se que ele seja recuperável. Esse pressuposto adquire relevância extrema numa era em que as criaturas se comportam em desacordo com as normas. Nada obstante a multiplicação de maus exemplos, a crença original persiste. A hipótese de trabalho é a de que todo ser humano - por integrar a espécie - pode tornar-

---

<sup>55</sup> FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 51.

se cada dia melhor. E essa é sua vocação espontânea. A criatura tende naturalmente para o bem<sup>57</sup>.

Assim, para José Renato Nalini, a função destinada aos especialistas da ciência normativa é reforçar essa tendência, essa vocação para o bem e, conseqüentemente, reduzir o índice de violação de normas perante a ordem do dever ser<sup>58</sup>.

### 1.5 Os Princípios e as Regras

Até a metade do século XX, os princípios, hoje considerados normas de elevado valor jurídico em razão de possuírem caráter geral, eram tidos como fontes secundárias do Direito, meramente supletivas, nas diversas situações de lacuna normativa, que exigissem a feitura de interpretação do texto legal<sup>59</sup>.

Nos nossos dias, não há mais como seguir regras de interpretação que vejam o ordenamento jurídico como uma estrutura lógica, construída a partir de um conjunto de regras e normas capazes de dar respostas prontas e aplicáveis a todos os conflitos possíveis. Diante disso, ganham realce os princípios, que o positivismo havia desvalorizado<sup>60</sup>.

Segundo J.J. Gomes Canotilho, a distinção entre regras e princípios é particularmente importante em sede de direitos fundamentais. Para ele, regras são

---

<sup>57</sup> NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>59</sup> NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 53.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 54.

“normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo)”<sup>61</sup>.

Como exemplo de regra que consagra um direito definitivo, pode-se citar o artigo 5º, inciso III, da Constituição de 1988, segundo o qual: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, ou seja, a todo indivíduo é assegurado o direito à integridade física e moral, sem exceção, e conseqüentemente, é proibida a prática da tortura ou qualquer tratamento desumano ou degradante, sem qualquer exceção também.

Os princípios também são considerados como normas que, no entanto, sugerem a realização de algo da melhor forma possível, e não possuem o condão proibitivo, nem permissivo, nem impositivo:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de <tudo ou nada>; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a <reserva do possível>, fáctica ou jurídica<sup>62</sup>.

Nesse mesmo sentido, Karl Larenz estabelece que os princípios são normas de relevante importância para o sistema jurídico, pois estabelecem os fundamentos para a exegese e aplicação do Direito. Para o referido autor, os princípios seriam indicadores da direção em que está situada a regra:

(...) os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda falta o carácter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica. Daí por que os princípios indicariam somente a direção em que está situada a regra a ser encontrada, como que

---

<sup>61</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1255.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 1255.

determinando um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção da regra<sup>63</sup>.

Para Miguel Reale: “os princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Em suma, são as ideias fundamentais e informadoras do ordenamento jurídico: inspiram e lhe dão embasamento”<sup>64</sup>.

Para Ronald Dworkin, os princípios e as regras são normas semelhantes, porque ambos fixam obrigações jurídicas. O que os distinguiria, seria o tipo de direção que expressam.

Nesse sentido, a regra tem uma forma particular de aplicação, ou seja, aplica-se a regra segundo o modo do tudo ou nada (*all-or-nothing*):

The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa, Fundação Calouste Gulberkian, 1997, p. 479.

<sup>64</sup> BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, p. 435.

<sup>65</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Bloomsbury, 2013, p. 40 e 41. Tradução: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou uma regra é válida, e neste caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

É certo que os princípios possuem características que as regras não têm: o valor e o peso. Os princípios podem intervir uns nos outros e, se ocorrer uma colisão entre eles, deve-se levar em consideração o peso de cada um<sup>66</sup>.

Claus-Wilhelm Canaris afirma que duas coisas distinguem os princípios das regras. A primeira delas teria o conteúdo axiológico, sendo que os princípios, ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para sua concretização<sup>67</sup>.

A segunda é o modo de interação com as outras normas: os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação<sup>68</sup>.

Robert Alexy segue o mesmo raciocínio de J.J. Gomes Canotilho, pois considera que princípios e regras são coisas diferentes. Segundo ele, “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>69</sup>. As regras, entretanto, estão vinculadas à validade, ou seja, se uma regra é válida deve-se fazer o que ela prevê, sem critérios de ponderação.

Assim, enquanto um princípio pode ser realizado integralmente, ou parcialmente, a regra só tem a possibilidade de ser cumprida, ou não<sup>70</sup>.

Humberto Ávila diz que dessa discussão doutrinária derivam os quatro critérios que utiliza para diferenciar os princípios das regras. O primeiro é o do caráter hipotético-condicional, que se baseia “no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto”<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Bloomsbury, 2013, p. 43.

<sup>67</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, pp. 88-89 e 96-97.

<sup>68</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, pp. 88-89 e 96-97.

<sup>69</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

<sup>70</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 84.

<sup>71</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 42.

O segundo critério é o do modo final de aplicação, segundo o qual as regras só se aplicam da maneira denominada *tudo ou nada*, ao revés dos princípios, que podem ser aplicados integral ou parcialmente.

O terceiro critério é o do relacionamento normativo, segundo o qual o conflito entre as regras deve ser resolvido com a decretação da invalidade de uma delas, ou com a criação de uma exceção.

O quarto critério é o do fundamento axiológico, que afirma que os princípios são dotados de valor, ao passo que as regras não possuem essa característica<sup>72</sup>.

Para Lionel Herbert Hart, existem dois tipos de regras: as primárias e as secundárias. Regras primárias são aquelas que permitem direitos ou determinam obrigações aos membros da sociedade, como por exemplo, as regras que proíbem roubar, matar ou dirigir veículos automotores sem habilitação.

Regras secundárias são as que determinam o modo e quem será a pessoa que pode estabelecer, mudar, declarar ou extinguir regras. Lionel Herbert Hart cita como exemplo de regras secundárias as que fixam a composição do Congresso e o processo para a promulgação de leis.

Contudo, nenhuma regra primária, nem secundária, será obrigatória pelo simples fato de que um indivíduo com suficiente força física quer que essa regra seja aplicada. Assim, é necessário que a regra tenha autoridade<sup>73</sup>. Conforme Lionel Herbert Hart explica, existem duas formas para se verificar a autoridade de uma regra:

(a) A rule may become binding upon a group of people because that group through its practices accepts the rules as a standard for its conduct. It is not enough that the group simply conforms to a pattern of behavior. [...] (b) A rule may also become binding in quite a different way, namely by being enacted in conformity with some secondary rule that stipulates that rules so enacted shall be binding [...]<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 42-43.

<sup>73</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961, pp. 89-96.

<sup>74</sup> *Ibidem*, pp. 89-96. Tradução: "(a) uma regra pode tornar-se obrigatória para um grupo de pessoas porque, através de suas práticas, esse grupo aceita a regra como um padrão de conduta. Não basta

Já Émile Durkeim enfatiza que a autoridade das regras precisa ser conferida pelo grupo social, complementando que

De fato, uma regra não é apenas uma maneira habitual de agir; é, antes de mais nada, uma maneira de agir obrigatória, isto é, que escapa, em certa medida, do arbítrio individual. Ora, somente uma sociedade constituída desfruta da supremacia moral e material que é indispensável para impor a lei aos indivíduos; pois a única personalidade moral que está acima das personalidades particulares é a formada pela coletividade. Além disso, apenas ela tem a continuidade e, mesmo, a perenidade necessárias para manter a regra além das relações efêmeras que a encarnam cotidianamente. E mais: seu papel não se limita simples a erigir em preceitos imperativos os resultados mais gerais dos tratos particulares, ela intervém de maneira ativa e positiva na formação de todas as regras<sup>75</sup>.

Diante do que se disse, é possível concluir que os princípios contém uma dimensão de peso, mormente quando ocorre uma colisão entre eles. Já as regras, estabelecem a solução dos conflitos de forma direta, sem a necessidade de contrabalancear se uma regra tem maior importância ou não<sup>76</sup>.

De outra parte, considerando que os textos das Constituições atuais contém princípios e regras, não seria possível construir um ordenamento jurídico apenas com regras, pois sua atuação seria limitada por demandar que todas as situações estivessem previstas e deste modo, o sistema constitucional seria fechado. Também deve ser observado que um sistema composto somente por princípios colocaria em risco a segurança das relações jurídicas<sup>77</sup>.

---

simplesmente que o grupo se ajuste a um padrão de comportamento. (b) uma regra também pode tornar-se obrigatória de uma maneira muito diferente, isto é, ao ser promulgada de acordo com uma regra secundária que estipula que regras assim promulgada serão obrigatórias”.

<sup>75</sup> DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. X.

<sup>76</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 40.

<sup>77</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 85.

Então, em busca daquilo que Goffredo Telles Júnior chama de “justo por natureza”, e não “justo por convenção”, é necessário que as normas jurídicas vigentes sejam aplicadas da forma preconizada pelo teoricamente chamado sistema jurídico aberto, ou seja, considerando-se as regras e, também, os princípios que regem o Direito Positivo<sup>78</sup>.

## 1.6 A Moral e o Direito

Hoje em dia, o relativismo domina o debate sobre o conceito de Moral. Em razão disto, o convívio social torna-se cada vez mais complicado, pois não há como saber qual será a conduta dos componentes dos homens e mulheres que compõem a sociedade, nem - muito menos - se todos estarão dispostos a cumprir e respeitar os pactos firmados em prol do Bem Comum.

Assim, para a normatização e a própria condução da vida em sociedade rumo ao Bem Comum, é essencial a observância de alguns ensinamentos morais absolutos. Para José Renato Nalini,

Moral é a expressão por todos conhecida, embora nem sempre observada. [...] Na filosofia do ser, a dimensão humana pode ser definida como *dimensão moral*; na filosofia da consciência, fala-se em *consciência moral* e aceita-se mesmo um tipo de linguagem que pode ser identificado como *linguagem moral*. Integram essa linguagem expressões de uso corrente, como *justo, mentira, lealdade*. É intuitiva a qualquer pessoa considerada normal, no sentido de higidez mental, sem qualquer patologia, a compreensão do que se pretende dizer quando se pronuncia a palavra *moral*. [...] Para simplificar, moral é a formação do caráter individual. É aquilo que leva as pessoas a enfrentar a vida com um estado de animo capaz de enfrentar os revezes da existência<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Nesse sentido: Tribunal de Justiça de São Paulo, Embargos em Apelação Criminal nº 000247410.2012.8.26.0426/50000, disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico em 3 de julho de 2014.

<sup>79</sup> NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

Diante disto, deve-se analisar as duas posições contrárias, ou seja, a absolutista apriorista, e a relativista empirista.

Para a tese absolutista, cada indivíduo é dotado de uma bússola natural que o auxilia a distinguir naturalmente o certo do errado, conforme explica o referido autor:

A figura do **semáforo moral** é elucidativa. Cada pessoa dotada de um mínimo de consciência já se defrontou com esse fenômeno íntimo. Em oportunidades múltiplas da existência, a pessoa sabe que precisa se definir e optar. Sente-se e identifica-se um sinal **verde** a indicar passagem livre, um sinal **amarelo** a determinar a precaução e uma luz **vermelha** com o significado de vedação. Cada pessoa sabe que tanto pode observar como deixar de atender aos sinais. Basta atentar para a sua **consciência estimativa**, onde reside o seu **sentido de valor**<sup>80</sup>.

Já a relativista, entende e que as definições sobre moral, religião e política, variam conforme a época, o lugar, o grupo social e os indivíduos, sendo, portanto, uma condição de personalidade individual<sup>81</sup>.

Contudo, ao adotar-se essa última tese, é necessário observar que a absoluta autonomia da vontade baseada de acordo com as características de cada pessoa em determinada época, condição e experiência de vida, coloca em risco toda a sociedade, pois cada indivíduo não pode simplesmente fazer o que quiser, sem pensar nas consequências de seus atos.

No mesmo sentido da tese absolutista, Ronald Dworkin afirma que as ações praticadas por cada indivíduo podem prejudicar ou auxiliar as demais pessoas e, se esse mesmo indivíduo se preocupa com tais ações, é porque ele é dotado de certos parâmetros éticos e morais:

---

<sup>80</sup> NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 27-28.

A moral judgment makes a claim about how people must treat other people. Moral and ethical questions are inescapable dimensions of the inescapable question of what to do. They are inescapably pertinent even though, of course, they are not invariably noticed. Much of what I do makes my own life better or worse one. In many circumstances much of what I do will affect others. What should I therefore do? The answers you give might be negative. You may suppose that it makes no difference how you live your life and that any concern for the lives of other people would be a mistake. But if you have any reasons for those distressing opinions, these must be ethical or moral reasons<sup>82</sup>.

Além disso, Ronald Dworkin elenca duas hipóteses para a formação da moral, ou seja, a do impacto casual (CI) e a da dependência casual (CD). A hipótese de impacto casual baseia-se na ideia de que fatos morais podem levar as pessoas a formarem convicções morais: “The first is the casual impact hypothesis (CI). This holds that moral facts can cause people to form moral convictions that match those moral facts”<sup>83</sup>.

A hipótese de dependência casual presume que, a menos que a hipótese de impacto casual seja verdadeira, as pessoas não têm nenhuma razão para pensar que qualquer um de seus julgamentos morais é um relato correto da verdade moral: “The second is the casual dependence hypothesis (CD). This supposes that unless the casual impact hypothesis is true, people can have no sound reason to think that any of their moral judgments is a correct report of moral truth”<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Massachusetts: Harvard, 2011, p. 25. Tradução: “Um julgamento moral faz uma afirmação sobre como as pessoas devem tratar as outras pessoas. Questões morais e éticas são dimensões incontornáveis da pergunta inevitável sobre o que fazer. Elas são inescapavelmente pertinentes, embora, é claro, elas não são invariavelmente observadas. Muito do que eu faço faz minha vida melhor ou pior. Em muitas circunstâncias muito do que eu fizer vai afetar os outros. O que devo fazer, portanto? As respostas que você dá podem ser negativas. Você pode supor que não faz diferença como você vive sua vida e que qualquer preocupação com a vida de outras pessoas, seria um equívoco. Mas se você tiver quaisquer razões para essas opiniões angustiantes, estes devem ser motivos éticos ou morais”.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 70. Tradução: “A primeira é a hipótese do impacto casual (IC). Isto é, os fatos morais podem levar as pessoas a formar convicções morais que correspondem a esses fatos morais”.

<sup>84</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Massachusetts: Harvard, 2011, p. 70. Tradução: “A segunda é a hipótese de dependência casual (DC). Isto supõe que, se a hipótese do impacto casual é

De outra perspectiva, Immanuel Kant observa que o princípio da autonomia da vontade deve ser o orientador do princípio supremo da moralidade:

A autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é, portanto: não escolher senão de modo que as máximas da escolha estejam incluídas, simultaneamente, no querer mesmo com lei universal. [...] Para simples análise dos conceitos da moralidade, pode-se, porém, mostrar muito bem que o citado princípio da autonomia é o único princípio da moral. Pois desta maneira se descobre que esse seu princípio tem de ser um imperativo categórico e que este imperativo não manda nem mais nem menos do que precisamente esta autonomia<sup>85</sup>.

Para Antonio Bento Betioli, a moral pode ser vista sob dois ângulos: a moral individual, ou moral da pessoa, e a moral social. A moral individual é aquela que deve tratar dos valores e das regras de conduta que informam a personalidade do indivíduo. Contudo, Betioli observa que a moral individual está implicitamente ligada à moral social:

Devemos, contudo, notar que, se a moral cuida, de maneira direta, imediata e prevalecente, do bem enquanto individual, do bem da pessoa, ela não é cega no que tange ou cabe ao todo. De fato, só realizamos plenamente a subjetividade de cada um em uma relação necessária de intersubjetividade; é por isso que a moral, visando ao bem da pessoa, implicitamente visa ao bem social<sup>86</sup>.

Já a moral social, trata das obrigações do indivíduo como membro da sociedade, ou seja, trata da atuação de cada um na coletividade<sup>87</sup>.

---

verdadeira, as pessoas não podem ter uma boa razão para pensar que qualquer um de seus julgamentos morais é um relato correto da verdade moral”.

<sup>85</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Portugal: Porto, 1995, pp. 77-78.

<sup>86</sup> BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, pp. 79-80.

<sup>87</sup> BETIOLI, Antonio Bento. *Op. cit.*, p. 80.

A Moral tem estreita ligação com o Direito. Gustav Radbruch afirma que a finalidade do Direito é a Moral: “A relação entre ambos os domínios de normas, reside muito mais no fato de que a moral, por um lado, é fim do direito, e, por outro, exatamente por isso, é fundamento de sua validade obrigatória”<sup>88</sup>.

Assim, somente a Moral pode justificar a força impositiva do Direito, conforme explica Gustav Radbruch:

Pode-se falar somente de normas jurídicas, de dever ser jurídico, de validade jurídica e de deveres jurídicos quando o imperativo jurídico for abastecido pela própria consciência com a força de obrigação moral. [...] Esta sanção do direito pela moral só é possível porque o direito, apesar de toda a diversidade possível do seu conteúdo, tem, no entanto, a moral como seu fim<sup>89</sup>.

Nesse sentido, os direitos são outorgados para que os indivíduos possam realizar os seus deveres morais:

O direito serve à moral não por meio dos deveres jurídicos que impõe, mas pelos que consente. Ele dirige-se para a moral não pelo seu lado dos deveres, mas pelos dos direitos. Outorga direitos aos indivíduos para que, com isso, possam cumprir melhor os seus deveres morais. [...] O orgulho moral, que sempre só vem unido com aquilo que se tira de si mesmo, está ligado nos direitos subjetivos com aquilo que se tira dos outros; o impulso e o interesse, geralmente ligados pela norma, são agora inversamente libertados pela norma. O meu direito é, na realidade, o direito de cumprir o meu dever moral – e, por isso, inversamente, é o meu dever defender o meu direito. Em seus direitos luta-se pelos seus deveres, pela sua personalidade moral<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.66.

<sup>89</sup> *Ibidem*, pp. 66-67.

<sup>90</sup> *Ibidem*, pp. 68-69.

Desse modo, o Direito pode tornar a Moral possível, mas acaba sendo inevitável que o imoral também ocorra<sup>91</sup>. Por isso, seria irreal imaginar que todos os membros da sociedade devem cumprir os seus deveres como se fossem um dever moral.

## 1.7 A Justiça

A Justiça é objeto de estudo desde os primórdios da história do pensamento humano, antes, portanto, da Antiguidade. No Egito a Justiça era chamada de Maat e expressava o princípio que regia o Universo e a divindade perante a qual os indivíduos apresentavam-se no dia do Juízo Final, para serem julgados por suas faltas. Na Grécia, a Deusa Têmis era a guardiã da Justiça<sup>92</sup>.

Os primeiros pensadores que formularam o conceito de Justiça foram os filósofos pitagóricos. Eles entendiam que a Justiça era a absoluta igualdade, tanto que a representavam por um quadrilátero regular<sup>93</sup>.

Para Platão, a virtude máxima do Homem é ser justo, e esta virtude tem que ser exercitada na relação social que o indivíduo tem com o seu semelhante:

Para Platão, a virtude máxima consiste em ser justo – ou seja, em agir a partir do conhecimento da ideia de Bem que está contida na mente humana, por ser esta ideia a meta de todos os atos humanos. [...] Notou Platão que é preciso encontrar o fundamento da justiça fora e acima do interesse individual. Neste, prevalece a força como elemento de referência para a conquista da própria identidade. Sua busca de uma noção universal de justiça transita no plano individual para o plano da relação social. Entendeu que a ideia de justiça deve ser procurada não apenas através do diálogo no qual se estabelece uma relação interativa do pensamento do *eu* com o pensamento do *outro*, mas também através da reflexão sobre o modo pelo

---

<sup>91</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 69.

<sup>92</sup> BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, p. 490.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 490.

qual esta relação do eu com o outro se torna efetiva nas relações pessoais<sup>94</sup>.

Já Aristóteles conceitua a Justiça como um princípio social com o objetivo de equilibrar as relações entre os indivíduos com base na igualdade<sup>95</sup>, dividindo-a em distributiva e corretiva<sup>96</sup>.

Para ele, a Justiça distributiva consiste na distribuição de riquezas entre os cidadãos e, deve ser feita de acordo com o mérito dos indivíduos:

Aristóteles mostra que “o mais importante” é que as distribuições sejam feitas “de acordo com o mérito”. Assim, se os homens se associassem na comunidade política com a finalidade de enriquecer, o critério (seu mérito) a ser considerado deveria ser o capital com qual cada um contribuisse para essa associação, e cada um deveria receber proporcionalmente a sua contribuição<sup>97</sup>.

Já a Justiça corretiva, para Aristóteles, é aquela praticada pelo juiz ao decidir conflitos e ao aplicar punições aos indivíduos que cometeram crimes<sup>98</sup>.

Na Idade Média, como observa Hans Kelsen, a Justiça apresentava um forte componente religioso:

Um dos elementos mais importantes da religião cristã é a ideia de que a justiça é uma qualidade essencial de Deus. Como Deus é o absoluto, sua justiça deve ser justiça absoluta, isto é, eterna e imutável. Apenas uma

---

<sup>94</sup> MATHEUS, Carlos Eduardo Meirelles. *A noção de justiça em Platão*. In PISSARA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento. *Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 22-23.

<sup>95</sup> BETIOLI, Antonio Bento. *Op. cit.*, p. 490.

<sup>96</sup> KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 125.

<sup>97</sup> YAMIN, Ana Maria Oliveira. *A justiça distributiva em Aristóteles e a escolha da melhor forma de governo*. In PISSARA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento. *Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 35.

<sup>98</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 125.

religião cuja divindade é tida como justa pode desempenhar um papel na vida social. Atribuir justiça à divindade para tornar a religião aplicável às relações humanas implica certa tendência para racionalizar algo que por sua própria natureza é irracional – o ser transcendental, a autoridade religiosa e suas qualidades absolutas<sup>99</sup>.

Contudo, durante esse período, a Justiça não foi considerada somente como elemento integrante de uma crença. Santo Tomás de Aquino introduziu um novo conceito de Justiça, qual seja, a Justiça legal, nestes termos: “a justiça se esgota na legalidade, sendo justo aquilo que está estabelecido na lei. Assim, em última análise, o direito poderia proclamar como justo o que bem entendesse e só o Estado poderia declarar a justiça”<sup>100</sup>.

Diante desses conceitos formulados na Antiguidade Clássica e na Idade Média, melhor será analisar a evolução ao conceito de Justiça, na História da Filosofia.

Hans Kelsen analisa a Justiça como um elemento da ordem social e afirma que Justiça é, em última análise, felicidade social:

A justiça é, antes de tudo, uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social. Como virtude do homem, encontra-se em segundo plano, pois um homem é justo quando seu comportamento corresponde a uma ordem dada como justa. Mas o que significa uma ordem ser justa? Significa essa ordem regular o comportamento dos homens de modo a contentar todos, e todos encontrarem sob ela felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social<sup>101</sup>.

Realmente, se Justiça significa felicidade social, deve-se observar que é impossível constituir uma ordem social justa a ponto de promover a felicidade de

<sup>99</sup> KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 27.

<sup>100</sup> BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, p. 491.

<sup>101</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 2.

cada indivíduo que compõe o a sociedade. O que pode ser feito é conceber um modelo de ordem social justa que possa proporcionar a felicidade do maior número de pessoas que for possível:

Se justiça é felicidade, então uma ordem social justa é impossível, enquanto a justiça significar felicidade individual. Uma ordem social justa é impossível, mesmo diante da premissa de que ela procure proporcionar, senão a felicidade individual de cada um, pelo menos a maior felicidade possível ao maior número possível de pessoas. [...] A felicidade capaz de ser garantida por uma ordem social só o é num sentido objetivo-coletivo, nunca num sentido subjetivo-individual. Isso significa que, por felicidade, somente poderemos entender a satisfação de certas necessidades reconhecidas como tais pela autoridade social – o legislador -, como a necessidade de alimentação, vestuário, moradia e equivalentes<sup>102</sup>.

Para John Rawls, Justiça é equidade em face dos princípios acordados no contrato social original e, *ipso facto*, deve reger todos os acordos subsequentes àquele:

(...) a ideia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original. São eles os princípios que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação. Esses princípios devem reger todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem realizar e as formas de governo que se podem instituir. Chamarei de justiça como equidade essa maneira de encarar os princípios da justiça<sup>103</sup>.

John Rawls coloca em relevo a premissa de que, após os indivíduos concordarem sobre os princípios que governarão a sociedade, é necessário realizar a escolha de um método para sistematizá-los:

---

<sup>102</sup> KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 3.

<sup>103</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 13-14.

A justiça como equidade começa, como já disse, com uma das escolhas mais gerais dentre todas as que as pessoas podem fazer em conjunto, ou seja, a escolha dos princípios primeiros de uma concepção de justiça que objetiva regular todas as subseqüentes críticas e reformas das instituições. Depois de escolher uma concepção de justiça, podemos supor que elas devem escolher uma constituição e uma legislatura para promulgar leis, e assim por diante, tudo em consonância com os princípios da justiça inicialmente acordados. A nossa situação social será justa se for tal que, por meio dessa consequência de acordos hipotéticos, tivermos compactuado o sistema geral de normas que a define<sup>104</sup>.

Michel Villey vai adiante:

Le triomphe des droits de l'homme est la marque de l'atrophie em nous du sens de la justice. La justice tient une balance; elle ne favorise personne, pas même le pauvre, dissent l'Exode et le Lévitique. Elle se garde de baptizer droits nos aspirations personnelles, quelques fondées soient-elles. Il n'est plus de justice là où la "colère" des viticulteurs, sidérurgistes ou de quiconque est ipso facto sacrée "droit" – et leurs besoins qualifiés automatiquement de "légitimes revendications"<sup>105</sup>.

Michael J. Sandel, por sua vez, afirma que a Justiça busca o desenvolvimento da virtude e tem preocupação com o bem coletivo:

Se uma sociedade justa requer um forte sentimento de comunidade, ela precisa encontrar uma forma de inculcar nos cidadãos uma preocupação com o todo, uma dedicação ao bem comum. Ela não pode ser indiferente às

<sup>104</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 15-16.

<sup>105</sup> VILLEY, Michel. *La Nature et la Loi*. Paris: Les éditions du Cerf, 2014, p. 259. Tradução: "O triunfo dos direitos do homem é a marca de atrofia em nós do sentido de justiça. A justiça tem uma balança: ela não favorece ninguém, nem mesmo os pobres, dizem Exodus e Levítico. Ela se guarda para batizar nossos direitos, nossas aspirações pessoais, algumas baseadas nelas mesmas. Não há mais justiça ali ou aqui onde a 'raiva' de viticultores, metalúrgicos ou quem quer que seja por isso mesmo 'direito' dito – e suas necessidades qualificadas automaticamente de 'legítimas reivindicações'".

atitudes e disposições, aos “hábitos do coração” que os cidadãos levam para a vida pública, mas precisa encontrar meios de se afastar das noções da boa vida puramente egoístas e cultivar a virtude cívica<sup>106</sup>.

Para exercer a virtude cívica, Michael J. Sandel menciona que a Escola é um desses meios e, em alguns períodos, o Exército também executou esse papel. Contudo, a virtude cívica não se refere ao ensino de fato, como observa o autor: “não estou me referindo ao ensino explícito da virtude cívica, mas à educação cívica prática e muitas vezes não planejada que se dá quando jovens de diferentes classes econômicas, antecedentes religiosos e comunidades étnicas se reúnem na mesma instituição”<sup>107</sup>.

Desse modo, a Justiça pode ser considerada não só como um valor jurídico direcionado para o bem da coletividade, mas, também, como fim do Direito, ou seja, o alvo a que o próprio Direito se dirige<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 325.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 325.

<sup>108</sup> BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, pp. 491-492.

## CAPÍTULO 2

### LIBERDADE

#### 2.1 A Liberdade

Liberdade é uma palavra analógica, que possui vários significados diferentes, mas que guardam relação entre si. Por isso, produz diferentes impressões no intelecto humano, como observa Charles Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, ao destacar que, em um governo democrático,

Alguns a tomaram pela facilidade de depor sobre uma pessoa à qual conferiram uma autoridade tirânica; outros pelo poder de escolher um superior ao qual estão obrigados a obedecer; outros pelo direito de pegar em armas e de serem assim autorizados a usar a violência; outros enfim pelo privilégio de serem governados por um nativo de seu próprio país, ou por suas próprias leis. (...) Alguns anexaram esse nome a uma forma de governo, excluindo as outras..., todos aplicaram o nome de *liberdade* ao governo mais adequado a seus próprios costumes e inclinações... Enfim, como nas democracias o povo parece agir quase como lhe agrada, essa espécie de governo tem sido considerada a mais livre; e o poder do povo tem sido confundido com sua liberdade<sup>109</sup>.

Assim, em uma democracia, teoricamente, os indivíduos aparentam atuar como querem. Contudo, a liberdade política não constitui uma liberdade ilimitada,

---

<sup>109</sup> MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. In MORRIS, Clarence. *Os Grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 166.

uma vez que a “liberdade pode consistir apenas no poder de fazer aquilo que devemos querer, e em não ser reprimidos de fazer o que não devemos querer”<sup>110</sup>.

O Barão de Montesquieu afirma, ainda, que a liberdade é uma prerrogativa de fazer tudo o que a lei autoriza realizar e, se um indivíduo tivesse a possibilidade de executar o que a lei proíbe, ele não mais poderia ser considerado livre, porque todos os demais componentes daquele grupo social teriam o mesmo poder<sup>111</sup>.

Para o referido autor, a liberdade dos indivíduos resulta, especialmente, da boa qualidade das leis penais, e atinge o seu auge quando essas leis especificam uma pena para cada crime. A aplicação dessas normas não constituem decisões arbitrárias, pois “as penas não procedem do capricho do legislador, mas sim da própria natureza da coisa”<sup>112</sup>. Prosseguindo, acrescenta que

As leis criminais não receberam sua plena perfeição de imediato. Mesmo nos lugares em que mais se procurou a liberdade, nem sempre ela foi encontrada. Aristóteles informa que, em Cumas, os pais do acusador podiam ser testemunhas. Era tão imperfeita a lei sob o governo dos reis de Roma, que Sérvio Túlio pronunciou sentença contra os filhos de Anco Márcio, acusados de terem assassinado o rei, seu sogro<sup>113</sup>.

Norberto Bobbio, por sua vez, afirma que a igualdade, como ideal superior de uma sociedade organizada e justa, está unida à ideia de liberdade, pois ambas refletem sentimentos muito fortes, como por exemplo, no célebre trinômio “*Liberté, Egalité, Fraternité*”<sup>114</sup>.

A liberdade, para Bobbio, possui duas facetas: a liberdade de querer e a liberdade de agir.

<sup>110</sup> MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. In MORRIS, Clarence. *Os Grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 166.

<sup>111</sup> MONTESQUIEU. *Op. cit.* In MORRIS, Clarence. *Os Grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 166.

<sup>112</sup> MONTESQUIEU. *Op. cit.* In MORRIS, Clarence. *Os Grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 168.

<sup>113</sup> MONTESQUIEU. *Op. cit.* In MORRIS, Clarence. *Os Grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 168.

<sup>114</sup> BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política*. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1995, p. 111.

A primeira propicia a discussão sobre o livre-arbítrio. Já a segunda, refere-se à liberdade de agir respeitando às leis que cada indivíduo estabelece para si mesmo<sup>115</sup>. Por fim, Bobbio destaca que, historicamente, “liberdade” e “ordem” são dois bens umbilicalmente ligados um ao outro, de maneira que um bom convívio social depende da coexistência de ordem e liberdade, coisa que inexiste num Estado totalitário nem numa anarquia<sup>116</sup>.

Para Robert Alexy, o conceito de liberdade é essencial, mas fugidio:

Quase tudo aquilo que, a partir de algum ponto de vista, é considerado como bom ou desejável é associado ao conceito de liberdade. Isso vale tanto para disputas filosóficas quanto para polêmicas políticas. Isso é expresso de maneira aguçada por Aldous Huxley, em seu *Eyeless in Giza*: “Liberdade é um nome maravilhoso. É por isso que você está tão ansioso para fazer uso dele. Você acha que, se você chamar o encarceramento de verdadeira liberdade, as pessoas ficarão atraídas pela prisão”<sup>117</sup>.

Desse modo, o conteúdo emotivo da expressão liberdade dificulta a feitura de uma conceituação mais precisa, mais ajustada à ideia de liberdade, fato que justifica a afirmação de que “quem quer induzir alguém a uma determinada ação pode tentar fazê-lo dizendo que liberdade é realizar essa ação. Essa deve ser uma das razões para a perenidade da polêmica acerca do conceito de liberdade e a popularidade de sua utilização”<sup>118</sup>.

Assim, diante da ampla discussão filosófico-jurídica, social e moral acerca da palavra liberdade, Robert Alexy ocupou-se de conceituar a liberdade apenas na acepção jurídica do termo. Segundo ele, essa liberdade consiste na faculdade jurídica de fazer e deixar de fazer o que se deseja. Essa faculdade é restringida por

---

<sup>115</sup> BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política*. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1995, pp. 111-112.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>117</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros: 2011, p. 218.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 218.

toda norma proibitiva ou ordinatória. Quanto mais se ordena ou se proíbe, tanto menor é a liberdade jurídica<sup>119</sup>.

Ao elaborar sua teoria contratualista, Thomas Hobbes diz que a liberdade é compatível com o medo e com as ações praticadas pelos homens diante do temor da lei, sendo que esses indivíduos têm a liberdade de não praticar tais ações. Prosseguindo, afirma que:

O medo e a liberdade são compatíveis; como quando um homem lança seus bens ao mar por *medo* de que o navio afunde, ainda assim o faz de bom grado, podendo recusar-se a fazê-lo se quiser. Foi, portanto uma ação de alguém que é *livre*. Assim, às vezes um homem paga sua dívida apenas por *medo* da prisão, o que, como ninguém o impediu de não pagar, foi uma ação de um homem em *liberdade*. E, em geral, todas as ações que os homens fazem no Estado, por *medo* da lei, são ações que seus agentes têm a *liberdade* de não praticar<sup>120</sup>.

Completando o seu raciocínio, Thomas Hobbes diz que para os indivíduos alcançarem a paz e resguardarem-se, foi necessária a criação de um “homem artificial” chamado Estado, e “correntes artificiais” chamadas leis civis. Essas ligações se rompem com facilidade pela sua própria natureza, mas podem se manter unidas pelo medo.

Em suma, para Thomas Hobbes,

...a liberdade de um súdito reside apenas nas coisas que, ao regular suas ações, o soberano permitiu; como a liberdade de comprar, de vender ou de outro modo fazer contratos mútuos, de escolher seu próprio domicílio, sua própria dieta, sua própria ocupação, e de criar seus filhos como achar adequado, e coisas semelhantes<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros: 2011, pp. 222, 225 e 226.

<sup>120</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. In MORRIS, Clarence. *Os Grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 118.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 118.

De outra perspectiva, José Renato Nalini aborda o conceito de liberdade sob a ótica da ética. Nalini diz que liberdade é a inexistência de barreiras postas a quem se oferece a realizar o bem, eis que, em uma definição de ordem ética, a liberdade só pode ser direcionada para o bem<sup>122</sup>.

Além disto, para Nalini, o experimento da liberdade já foi constatado por qualquer indivíduo dotado de higidez mental, ou seja, é o ato de escolher entre partir ou permanecer, falar ou ficar em silêncio. Somente aqueles que não possuem a capacidade mental completa são excluídos dessa experiência<sup>123</sup>.

José Renato Nalini também afirma que é devido à existência da liberdade, que o comportamento humano tem um significado moral completo. Se a liberdade não existisse, o indivíduo não poderia sequer responder pela sua conduta e muito menos, poderia ser chamado de pessoa<sup>124</sup>.

Contudo, uma ressalva é por ele feita, no sentido de que deve ser observado que a liberdade moral não deve ser confundida com a liberdade jurídica. Enquanto esta é uma liberdade que deriva exclusivamente de disposição normativa, aquela é uma característica real da vontade:

A liberdade jurídica é mais um âmbito espacial de atividade exterior, que a lei limita e protege. Já a liberdade moral é atributo real da vontade. 'A jurídica termina onde o dever principia; a moral é pensada como um poder capaz de traspassar o linde do permitido'. Nem se confunda livre-arbítrio com liberdade de ação. Esta é mero atributo da decisão. Aquele é capaz de decidir<sup>125</sup>.

Assim, a liberdade pode ser exercida pelo homem de duas maneiras: “na qualidade de ente natural, acha-se casualmente determinado por suas tendências,

---

<sup>122</sup> NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 90.

<sup>123</sup> *Ibidem*, pp. 90-91.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 91.

afetos e inclinações. Como pessoa, é portador de outra determinação, oriunda do reino ideal dos valores”<sup>126</sup>.

Então, em razão da existência de uma escolha livre, como ente natural, existe, também, a consciência da autodeterminação. Há uma certeza individual de que, perante certa situação, o indivíduo pode optar entre executar ou não determinada coisa. A decisão, em cada caso concreto, resultará do entendimento de cada indivíduo<sup>127</sup>.

Para José Renato Nalini, outro sinal da existência da liberdade moral vincula-se à responsabilidade, compreendida como um acontecimento real da vida, associada à consciência de culpa:

A responsabilidade não é só a aparência ou fenômeno. É fato real da vida ética. E quase sempre acompanhada da consciência de culpa. É consequência da ação, filha da violação moral e testemunho de existência de liberdade. A culpa, diz Hartmann, ‘irrompe como uma fatalidade na vida humana. O sujeito não pode livrar-se dela. Aparece de súbito, julgadora, negativa, dominante. E o homem não experimenta essa irrupção como algo estranho. Em seu próprio ser há uma instância que o delata. O que na responsabilidade se encontrava já preparado, a situação interna do tribunal ante o qual o indivíduo comparece, encontrava na consciência da culpa sua forma mais drástica, sua realidade interior mais convincente’<sup>128</sup>.

Já John Dewey afirma que uma sociedade organizada pode criar barreiras para a liberdade, observando que sem a devida organização, não é possível a existência da liberdade efetiva:

É razoavelmente óbvio que a organização pode tornar-se um obstáculo para a liberdade (...). Ao mesmo tempo, devemos admitir que não existe nenhuma liberdade efetiva ou objetiva sem organização. É fácil criticar a teoria do contrato social que declara que os indivíduos renunciam pelo

---

<sup>126</sup> NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 91.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 92.

menos a algumas de suas liberdades naturais a fim de tornar seguras como liberdades civis aquelas que conservarem<sup>129</sup>.

Para Dewey o homem possui uma liberdade natural, ou seja, em alguns aspectos específicos existe uma simbiose entre a energia do homem e o seu ambiente e, portanto a liberdade natural é anterior à liberdade política:

Uma certa liberdade natural é possuída pelo homem. Quer dizer, em determinados aspectos existe harmonia entre as energias de um homem e seu ambiente, de modo que este apoia e executa seus propósitos. Até esse ponto, ele é livre; sem esse apoio natural básico, não podem acontecer dispositivos conscientes da legislação, administração e instituição humana deliberada de ajustes sociais. Nesse sentido, a liberdade natural é anterior à liberdade política e é sua condição<sup>130</sup>.

Dewey prossegue sustentando que essa liberdade natural não pode transmitir segurança em sentido completo. Os pactos e acordos realizados entre os homens são necessários para compensar a liberdade derivada da natureza. E, para atingir efetivar esses acordos, os indivíduos precisam fazer concessões, ou seja, necessitam concordar com a redução de algumas das suas liberdades naturais para que os objetivos da comunidade ou do grupo possam ser alcançados:

Nesse sentido, a liberdade natural é anterior à liberdade política e é sua condição. Mas não podemos confiar inteiramente numa liberdade assim obtida. Ela está à mercê do acaso. Acordos conscientes entre os homens devem complementar e, em determinado grau, suplantam a liberdade de ação que é dádiva da natureza. A fim de poder chegar a esses acordos, os indivíduos são obrigados a fazer concessões. Eles precisam concordar com a restrição de algumas liberdades naturais a fim de que algumas delas se tornem seguras e duradouras. Resumindo, precisam entrar numa organização com outros seres humanos, de modo que se possa contar permanentemente com as atividades dos outros para assegurar regularidade de ação e um longo alcance para os planos e cursos de ação<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> DEWEY, John. *Natureza e conduta humana*. In MORRIS, Clarence. *Os Grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 512.

<sup>130</sup> Ibidem, pp. 512-513.

<sup>131</sup> Ibidem, p. 513.

Para J.J. Gomes Canotilho, o conceito de liberdade ainda é considerado obscuro na Doutrina. Ele explica que o direito de liberdade é constituído pelo “direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, ou seja, o direito de não ser detido ou aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente condicionado”<sup>132</sup>. Segundo essa perspectiva, esse direito acaba sendo compreendido como liberdade pessoal<sup>133</sup>.

Já as demais liberdades, como por exemplo, a liberdade de expressão, de informação e religião, costumam ser descritas como posições de natureza defensiva:

Nesse sentido, as liberdades identificam-se com direitos a acções negativas; seriam *Abwehrrechte* (direitos de defesa). Resulta logo do enunciado constitucional que, distinguindo-se entre <<direitos, liberdades e garantias>>, tem de haver algum traço específico, típico das posições subjectivas identificadas como *liberdades*. Esse traço específico é o da *alternativa de comportamentos*, ou seja, a possibilidade de escolha de um comportamento. Assim, como vimos, o direito à vida é um direito (de natureza defensiva perante o Estado) mas não é uma liberdade (o titular ente <<viver ou morrer>>). A *componente negativa* das liberdades constitui também uma dimensão fundamental (ex: ter ou não ter religião, fazer ou não fazer parte de uma associação, escolher uma ou outra profissão)<sup>134</sup>.

Para Ronald Dworkin, a liberdade pode ser vista por dois ângulos. Pelo primeiro deles, a liberdade é o modo como a sociedade acredita que os indivíduos devem ser livres. Pelo segundo, liberdade e igualdade são coisas indissociáveis<sup>135</sup>. Então, mediante o tratamento igualitário entre as pessoas, é possível alcançar a liberdade.

Contudo, Dworkin observa que liberdade e igualdade são coisas que permitem diversas definições. Para ele, “a liberdade e a igualdade, em outras palavras, são conceitos que admitem diversas interpretações ou concepções. Se

<sup>132</sup> GOMES, Canotilho; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. In CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1259.

<sup>133</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1260.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 1260.

<sup>135</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp.157 e 165.

achamos que a liberdade e a igualdade entram em conflito como ideais dependerá, indubitavelmente, de quais concepções de cada adotamos”<sup>136</sup>.

Assim, Ronald Dworkin verifica que, em algumas situações, é possível identificar a existência de conflito entre igualdade e liberdade. Por isso, lembra a concepção anarquista de liberdade:

Podemos, com facilidade, elaborar uma concepção de liberdade em que esta deve, clara e inevitavelmente, entrar em conflito com qualquer concepção plausível de igualdade. A concepção anarquista extrema de liberdade, por exemplo, que estipulava que as pessoas devem ser livres para fazer tudo que possam desejar, sejam quais forem as consequências para outrem, entraria em conflito com a igualdade, bem como com quase todas as outras virtudes ou metas políticas. Uma sociedade que não proíbe o homicídio, o roubo ou pisar na grama quando isso prejudicaria a propriedade comum não pode ser equânime, nem segura, próspera, poderosa ou agradável<sup>137</sup>.

Mas, qualquer pessoa consciente recusará a concepção anarquista de liberdade, visto como nenhum grupo social poderá subsistir se os seus componentes agirem apenas de acordo com as suas conveniências, sem nenhuma preocupação com a coletividade.

Por último, como destaca Ronald Dworkin, a liberdade é valor de extrema importância e, por essa razão, o governo é responsável por zelar pela liberdade, coisa essencial para vida dos governados<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 166.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 166.

<sup>138</sup> Ibidem, p. 171.

## 2.2 A Evolução Histórica da Liberdade

A ideia de liberdade como valor social surgiu na Grécia e em Roma, civilizações que são consideradas os alicerces do Mundo Ocidental, histórica e culturalmente <sup>139</sup>.

Na Grécia, as cidades-estado mais importantes eram Atenas e Esparta. No início, as cidades gregas eram governadas por um monarca. Depois, este basileu foi substituído por um grupo de grandes proprietários de terras e, desse modo, foi instituído um sistema oligárquico-aristocrático, para o controle do poder na Pólis <sup>140</sup>.

Foi em Atenas que surgiu o ostracismo, instituto restritivo da liberdade, segundo o qual os cidadãos atenienses que fossem considerados uma ameaça à democracia eram exilados por um período de dez anos <sup>141</sup>.

Para Marie Françoise Baslez, a liberdade é um dos aspectos distintivos da civilização grega, exaltado pelas Guerras Médicas, conflito travado entre gregos e persas:

(...) parece que, ao contato com o Império Persa representando a primeira forma organizada e metódica de dominação que conheceram, os gregos compreenderam plenamente, por contraste, que a liberdade era um dos traços distintivos de sua civilização. As Guerras Médicas são apresentadas por Ésquilo e Heródoto como o combate dos cidadãos gregos livres, defensores de suas pátrias, contra os exércitos de escravos bárbaros, tributários do Grande Rei. Para o grego, a lei deverá ser a forma da liberdade, nunca a da dominação <sup>142</sup>.

As contínuas guerras dos gregos contra os persas e povos do Mediterrâneo tiveram como consequência o enfraquecimento das cidades-estado gregas. Diante

<sup>139</sup> VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. *História Geral e do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Scipione, 2010, p. 61.

<sup>140</sup> Ibidem, p. 115.

<sup>141</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>142</sup> BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2005, p. 13.

disso, os macedônios conseguiram invadir a Grécia e ter o domínio sobre a região<sup>143</sup>.

Além de submeterem a Grécia, os macedônios decidiram conquistar o Oriente também. Alexandre, o Grande, foi o responsável por essa expansão. Contudo, em razão de desavenças internas provocadas por essas lutas contínuas no continente asiático, o império de Alexandre não conseguiu sobreviver e teve o seu fim decretado pela ocupação do seu território pelos romanos<sup>144</sup>.

Em Roma, a liberdade era privilégio dos cidadãos (os patrícios) e, com as subsequentes expansões pelos territórios do Mediterrâneo, os povos conquistados se tornavam escravos do Império Romano, consolidando, assim, uma economia escravista<sup>145</sup>.

A enorme dimensão e riqueza do Império Romano despertou a cobiça de todos os outros povos. O fim de Roma foi obra dos bárbaros. Com isso, iniciou-se um novo período da História da humanidade: a Idade Média<sup>146</sup>.

A liberdade, durante os séculos que a Idade Média perdurou, era apenas relativa. Esse período foi marcado pela economia agrária e pelas relações de poder embasadas na subordinação<sup>147</sup>.

Dentro desse contexto, os servos tinham pouca liberdade perante os senhores feudais, a quem, dentre outros deveres, tinham que prestar obrigações tributárias e lealdade. Por outro lado, a ascensão da Igreja Católica Romana e a implantação da filosofia cristã constituíram fatores que também acabaram limitando a liberdade dos indivíduos:

O trabalho na sociedade feudal estava baseado na servidão, relação que mantinha os trabalhadores (servos, ou vilãos ou aldeãos) presos à terra e subordinados a uma série de obrigações em impostos feudais e serviços. Nessa época era comum que as pessoas nascessem, vivessem e morressem sem jamais sair de um lugar, atreladas às obrigações para com o senhor do feudo. (...) A exploração do trabalho servil era legitimada pela Igreja. Para ela, cada membro da sociedade tinha funções a cumprir em sua passagem pela terra, o que disseminava uma mentalidade favorável à condição subordinada dos servos. Segundo essa mentalidade, era função

---

<sup>143</sup> VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. *História Geral e do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Scipione, 2010, p. 124.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 127.

<sup>145</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 186.

do servo trabalhar, do clérigo rezar e do nobre proteger militarmente a sociedade<sup>148</sup>.

Com o aumento populacional, instalou-se a crise na Baixa Idade Média. Então, muitos servos decidiram deixar os feudos, e começaram a ocupar as antigas cidades romanas abandonadas, fazendo surgir entrepostos comerciais chamados de “burgos”, que deram início à retomada da vida urbana pela população.

Então, foram aparecendo no Velho Continente os Estados Absolutistas, cujos reis tinham o total controle do poder, uma vez que centralizavam as ações políticas e de autoridade<sup>149</sup>.

Como exceção, o reino inglês pode ser citado como berço da liberdade. Após sérios e inúmeros conflitos com os seus súditos por conta da insatisfação e do controle exacerbado sobre a população, o rei João Sem-Terra outorgou ao povo a Magna Carta, pela qual o soberano não poderia criar impostos sem a aprovação do clero e da nobreza. Sobre esse marco histórico, Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que:

Destaque especial, todavia, merece a *Magna Carta*, de 21 de junho de 1215. Esta peça básica de constituição inglesa, portanto de todo o constitucionalismo. Apesar de formalmente outorgada por João sem Terra, é ela um dos muitos pactos da história constitucional da Inglaterra, pois efetivamente consiste no resultado de um acordo entre esse rei e os barões revoltados, apoiados pelos burgueses (no sentido próprio da palavra) de cidades como Londres. Se essa Carta, por um lado, não se preocupa com os direitos do Homem mas sim com os direitos dos ingleses, decorrentes da imemorial *law of the land*, por outro, ela consiste na enumeração de prerrogativas garantidas a todos os súditos da monarquia. Tal reconhecimento de direitos importa numa clara limitação do poder, inclusive com a definição de garantias específicas em caso de violação dos mesmos. (...) Nela igualmente está a garantia de outros direito fundamentais: a liberdade de ir e vir (n. 41), a propriedade privada (n. 31), a graduação da pena à importância do delito (n. 20 e 21)<sup>150</sup>.

Dalmo de Abreu Dallari observa que a Magna Carta trouxe significativas restrições às ações dos governos, e maior liberdade aos cidadãos:

<sup>148</sup> VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. *História Geral e do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Scipione, 2010, pp. 202-203.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>150</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 27-28.

Rememorando a colocação de Tocqueville, Wolf-Phillips diz que certamente o eminente autor francês falava da inexistência de um documento escrito chamado “Constituição”, mas também se referia à grande dificuldade para determinar os exatos limites da lei constitucional e os elementos constitutivos da Constituição Inglesa. Isso está ligado, também, à existência da várias acepções da palavra “Constituição” na obra dos teóricos, podendo-se estabelecer, segundo ele, três sentidos básicos: em primeiro lugar, sendo este o sentido mais comum, Constituição pode referir-se a normas de conotação prescrita, dizendo-se habitualmente que é constitucional o que é “liberal”, o que enfatiza as restrições à ação dos governos e que dá máxima liberdade aos cidadãos do Estado; numa segunda acepção, “Constituição” pode referir-se a um documento que cria as estruturas que podem ou não estabelecer normas; por último, a menção à Constituição pode referir-se à atual organização política, sendo a mera descrição das instituições<sup>151</sup>.

Então, com o surgimento dos direitos criados pela Magna Carta, o poder real foi fortemente limitado, o que acabou embaraçando o processo de centralização política<sup>152</sup>.

Mas, na Europa continental, repita-se, os monarcas detinham todo o poder e restringiam as liberdades individuais com a prática do autoritarismo e às vezes com emprego de violência<sup>153</sup>.

Este período histórico foi chamado de absolutismo, e Thomas Hobbes assim descreve a relação entre súdito e soberano nessa época:

Diz-se que um *Estado* foi *instituído* quando uma multidão de homens concorda e *pactua, cada um com cada um*, que a qualquer *homem*, ou *assembleia de homens*, a quem seja atribuído pela maioria o *direito* de *representar* a pessoa de todo eles (isto é, de ser seu *representante*), todos, tanto aquele que *votou a favor* como aquele que *votou contra*, *autorizarão* todos os atos e decisões desse homem, ou assembleia de homens, como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz entre si e se serem protegidos dos outros homens (...) aqueles que já instituíram um Estado, sendo assim obrigados por um pacto a reconhecer como seus os atos e decisões de um, não podem legitimamente fazer um novo pacto entre si para obedecer a qualquer outro, seja no que for, sem sua permissão. Portanto, aqueles que são súditos de um monarca não podem rejeitar a monarquia sem sua licença... também concederam a soberania àquele que é portador de sua pessoa; portanto, se o depuserem, lhe estarão tirando o

<sup>151</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 187.

<sup>152</sup> VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. *História Geral e do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Scipione, 2010, p. 225.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 309.

que é seu, o que também é injustiça. Além disso, se aquele que tentar depor seu soberano for morto, ou por ele punido por essa tentativa, será o autor de sua própria punição, sendo por instituição autor de tudo que seu soberano fizer (...) não pode haver ruptura do pacto de parte do soberano e, por conseguinte, nenhum de seus súditos pode libertar-se dessa sujeição, sob qualquer pretexto de infração<sup>154</sup>.

No final do século XVIII, desencadeou-se na Europa um processo que levaria à queda desse regime imposto pelos monarcas, tanto com o surgimento das ideias que embasaram a filosofia que se chamou Iluminismo, como com o desenvolvimento do sistema econômico denominado Capitalismo, que tomou corpo com a Revolução Industrial<sup>155</sup>.

Como se sabe, a produção em grande escala derivou da invenção da máquina a vapor e, desse modo, a circulação de mercadorias expandiu-se muito<sup>156</sup>. Todavia, praticamente nada mudou em relação à liberdade das pessoas do povo, pois os operários das fábricas trabalhavam exaustivamente, com muitos deveres e poucos direitos, o que precipitou a criação de associações de trabalhadores que se chamaram sindicatos (*trade unions*), justamente para reivindicar os direitos da classe laborativa:

A industrialização gerou significativas transformações em quase todos os setores da vida humana. Na estrutura socioeconômica, deu-se a separação definitiva entre o capital, representado pelos donos dos meios de produção, e o trabalho, representado pelos assalariados. Na maior parte dos casos, eliminou-se a antiga organização corporativa da produção utilizada pelos artesãos. Os trabalhadores já não eram donos das ferramentas e máquinas, passando a viver da única coisa que lhes pertencia: sua força de trabalho, transformada em mercadoria e explorada ao máximo. Para refletir sobre o quadro social da nova ordem industrial, associaram-se em organizações como as *trade unions* (sindicatos)<sup>157</sup>.

Amartya Sen observa que o processo de industrialização pode, teoricamente, contribuir para ampliar a liberdade humana. E, realmente, o desenvolvimento

<sup>154</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. In MORRIS, Clarence. *Os Grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 116.

<sup>155</sup> VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. *História Geral e do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Scipione, 2010, p. 367.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 397.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 400.

econômico acaba removendo alguns fatores que limitam a liberdade dos seres humanos, como a pobreza, a ausência de assistência social e a fome:

De forma análoga, a industrialização, o progresso tecnológico ou a modernização social podem contribuir substancialmente para expandir a liberdade humana, mas ela depende também de outras influências. (...) O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. (...) Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais<sup>158</sup>.

Mas, é preciso realçar que foi com a Revolução Francesa que a ideia de liberdade, tal como conhecida atualmente, começou a ser esboçada, tendo o ápice desse processo sido alcançado com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

A primeira etapa da Revolução Francesa, conhecida como fase da Assembleia Nacional (1789-1792), caracterizou-se pela atuação da burguesia nas cidades e dos camponeses no interior. A burguesia lutava por conquistas sociais e políticas nas ruas e na Assembleia; os camponeses destituíam autoridades e nobres de seus castelos e repartições. A Assembleia dos Estados-Gerais aboliu os privilégios feudais. Desse modo, tentava restabelecer a ordem dirigindo a insatisfação apenas contra os resquícios do feudalismo. Inspirada na Declaração de Independência dos Estados Unidos, foi aprovada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que estabelecia a igualdade de todos perante a lei, o direito à propriedade privada e o direito de resistência à opressão<sup>159</sup>.

<sup>158</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 16-17.

<sup>159</sup> VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. *História Geral e do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Scipione, 2010, p. 407.

Dalmo de Abreu Dallari enfatiza que a França originou esse processo de afirmação da liberdade, sustentando que:

Na realidade, desde o início do século XIX, em todos os lugares e em todas as ocasiões em que se elaborou uma Constituição com o objetivo autêntico de afirmação da liberdade – e isso ocorreu em diferentes regiões do mundo a partir da segunda década do século XIX – foi e tem sido uma constante a aprovação de uma declaração de direitos, e a origem disso está na Assembleia francesa de 1789<sup>160</sup>.

Nesse sentido, Antônio Carlos Mendes ensina que:

(...) surge, na seqüência da Revolução Burguesa de 1789 e 1848, o que poderia ser chamado de ideal democrático cujo lema em França foi “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” e tendo Lincoln, nos Estados Unidos da América do Norte, cunhado a expressão “Governo do Povo, pelo Povo e para o Povo”. Aparecem, pois, outros elementos que bem demonstram a complexidade conceitual de democracia, especialmente a exigência da isonomia e a sua interação com a liberdade, disciplinando e equilibrando o exercício do poder político. Regulado e limitado tanto no que concerne a investidura dos agentes quanto ao exercício da função pública, o poder político com a feição moldada pelo direito erige-se em pedra angular da construção teórica do Estado Democrático<sup>161</sup>.

Partindo, então, dessa extraordinária conquista da Revolução Francesa, pouco a pouco os demais países ocidentais foram incluindo nas suas respectivas Constituições essa apologia da Liberdade. O longo e penoso caminho percorrido a partir de 1789 atravessou o Século XIX e quase a metade do Século XX, até que, três depois do fim da II Grande Guerra, não por acaso desaguou na Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 1948:

Mas toda essa evolução encontrou o seu coroamento na Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembleia Geral da

<sup>160</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 203.

<sup>161</sup> MENDES, Antônio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros Editora, 1994, p. 16.

Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. (...) Com efeito, nela estão a liberdade pessoal, a igualdade, com a proibição das discriminações, os direitos à vida e à segurança, a proibição das prisões arbitrárias, o direito ao julgamento pelo juiz natural, a presunção de inocência, a liberdade de ir e vir, o direito de propriedade, a liberdade de pensamento e de crença, inclusive religiosa, a liberdade de opinião, de reunião, de associação, mas também direitos “novos” como o direito de asilo, o direito a uma nacionalidade, a liberdade de casar, bem como direitos políticos – direito de participar da direção do país -, de um lado, e , de outro, os direitos sociais – o direito à seguridade, ao trabalho, à associação sindical, ao repouso, aos lazeres, à saúde, à educação, à vida cultural -, enfim, num resumo de todos estes – o direito a um nível de vida adequado (o que compreende o direito à alimentação, ao alojamento, ao vestuário etc.) numa palavra -, aos meios de subsistência<sup>162</sup>.

Então, a liberdade tornou-se definitivamente um valor a ser preservado, respeitado e defendido pelos governantes de todos os povos. Além disto, com a criação da Organização das Nações Unidas em 1945, firmou-se o objetivo de preservar a paz e a segurança mundial, de fomentar a cooperação entre os Estados e de assegurar o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais<sup>163</sup>.

### 2.3 Os Direitos Humanos

Nas últimas décadas, os chamados direitos humanos têm sido invocados com muita frequência, por grupos sociais distintos, para várias e diferentes finalidades. Assim, são eles que embasam os argumentos daqueles que pretendem a proibição da pena de morte ou da tortura, bem como dos que lutam pelo mais fácil acesso à Justiça, ou pela erradicação da fome e da miséria.

E, de fato, ninguém pode negar que todos os seres humanos, apesar das incontestáveis diferenças biológicas e culturais capazes de os distinguirem uns dos outros, possuem direitos básicos que devem ser respeitados por todos e por cada um. Por isso, é de suma importância conhecer a natureza, a base e a estrutura de

---

<sup>162</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

<sup>163</sup> VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. *História Geral e do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Scipione, 2010, p. 653.

tais direitos, para que seja possível determinar corretamente a sua relação com a ideia de Justiça.

Aliás, a temática dos direitos humanos é ponto central para a compreensão do fenômeno do aparecimento do chamado Estado Democrático, onde há claro limite da intervenção estatal na esfera individual, fruto dos movimentos voltados para o constitucionalismo<sup>164</sup>.

Cabe agora destacar a preciosa opinião de Amartya Sen sobre a efetividade dos direitos humanos:

É evidente que a “existência” de direitos humanos não se compara à existência, por exemplo, do Big Ben no centro de Londres. E tampouco se compara à existência de uma lei legislada contida em um código. As proclamações de direitos humanos, mesmo que sejam formuladas reconhecendo a *existência* de coisas chamadas direitos humanos, são declarações éticas realmente fortes sobre o que deve ser feito. Elas exigem que se reconheçam determinados imperativos e indicam que é preciso fazer alguma coisa para concretizar essas liberdades reconhecidas e identificadas por meio desses direitos. Por outro lado, não pretendem que esses direitos humanos já sejam direitos *legais* estabelecidos, consagrados pelo direito positivo ou pelo direito costumeiro (...).

Se assim entendermos os direitos humanos, surgem de imediato duas perguntas, sobre o conteúdo e a viabilidade. A primeira é relativa ao conteúdo da afirmação ética feita implicitamente através da declaração de um direito humano. Numa breve resposta (baseada tanto na teoria quanto na prática), a afirmação ética se refere à importância fundamental de certas liberdades (como estar livre da tortura ou de não passar fome) e, por extensão, à necessidade de aceitar alguns deveres sociais de promover ou salvaguardar essas liberdades. (...)

A segunda pergunta se refere à viabilidade das reivindicações éticas envolvidas numa declaração de direitos humanos. Como em outras reivindicações éticas defendidas por seus proponentes, há o pressuposto implícito, ao se fazer um pronunciamento sobre os direitos humanos, de que as afirmações éticas subjacentes resistirão a um exame aberto e informado<sup>165</sup>.

No capítulo anterior, ficou registrado que uma das condições necessárias para a sobrevivência humana é a vida em grupo e, para tanto, é imprescindível a

<sup>164</sup> SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 21-22.

<sup>165</sup> SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, pp. 393-394.

existência do chamado pacto social, que irá estabelecer as regras para a vida em sociedade dos seres livres e dotados de direitos, definindo os limites da atuação de cada pessoa, que os próprios pactuantes consentem aceitar. Assim, é evidente que não podem todos os membros de um grupo social, ao mesmo tempo, exercer a totalidade dos seus direitos naturais sem que daí advenha a balbúrdia, o conflito<sup>166</sup>.

A respeito do pacto social, Manoel Gonçalves Ferreira Filho adverte que:

O pacto social prescinde de um documento escrito. Entretanto, nada proíbe que seja reduzido a termo, em texto solene. Isto, inclusive, tem a vantagem da clareza e da precisão, bem como um caráter educativo. Tal documento o século XVIII cuidou de formalizar. Não é ele a Constituição que já presume existente. É a *declaração* de Direitos<sup>167</sup>.

No pensamento político oitocentista, a chamada declaração de direitos, de um lado, os explicita e, de outro, enuncia as limitações deles, sem o que não se poderia cogitar de vida harmônica em sociedade.

Fábio Konder Comparato destaca que

(...) essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada<sup>168</sup>.

Luigi Ferrajoli entende que os direitos humanos são uma espécie de contrapoder dos indivíduos contra os abusos do Estado, do meio privado, ou, até mesmo, da esfera doméstica, representando a lei do mais fraco contra a lei do mais

<sup>166</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22.

<sup>167</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>168</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo, Saraiva: 2013, p. 24.

forte. Para ele, a dignidade humana é referência estrutural para o que chama de constitucionalismo mundial, dando validade a qualquer ordenamento jurídico, não somente dentro do Estado, mas também fora dele<sup>169</sup>.

Diante disto, conclui-se que não foi por mero acaso que as antigas colônias inglesas da América do Norte, ao romper o vínculo com a metrópole, tiveram o cuidado de formular logo a sua declaração de direitos. Manoel Gonçalves Ferreira Filho adverte que

Não é por capricho que essas colônias adotam declarações (a primeira, da Virgínia, em 1776), antes de estabelecer as próprias Constituições, e muito antes de se unirem pelas instituições confederativas (em 1781) e federativas (em 1787), com a Constituição dos Estados Unidos da América. O mesmo ocorre em relação a esses Estados quando se unem. Primeiro vem a declaração de direitos, no caso embasando a própria declaração de independência (1776), bem antes, portanto, da vigência dos Artigos de Confederação (1781) e promulgação da Constituição da Filadélfia (1787). E o mesmo ocorreu na França. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é de 1789; a primeira Constituição, de 1791<sup>170</sup>.

Essas declarações éticas de conteúdo político e pertencentes a uma declaração de direitos humanos podem partir de pessoas ou de instituições, e são apresentadas, geralmente, como comentários individuais ou como enunciados sociais. Elas também podem ser elaboradas por grupos específicos encarregados de examinar essas questões (como os redatores da Declaração de Independência Americana e da Declaração Francesa dos Direitos do Homem ou, ainda, pelo Comitê das Nações Unidas, quando presidido por Eleanor Roosevelt, que elaborou a Declaração Universal de 1948)<sup>171</sup>.

Paralelamente aos direitos humanos, e a fim de que se possa compreender a abrangência desses direitos e das lutas por sua efetivação como forma de limitação de poder, existe a dignidade humana.

<sup>169</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*. Roma, Laterza: 2002, pp. 279-338.

<sup>170</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

<sup>171</sup> SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 394.

O primeiro postulado ético de Immanuel Kant deu um contorno real e efetivo ao conceito e à importância da dignidade humana na sociedade civil, ao considerar que só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação das leis ou princípios<sup>172</sup>.

Para Immanuel Kant:

(...) podemos agora explicar-nos facilmente como sucede que, ainda quando nos representamos sob o conceito de dever uma sujeição à lei, possamos achar, não obstante, simultaneamente, uma certa sublimidade e *dignidade* na pessoa que cumpre todos os seus deveres. Pois enquanto ela está *submetida* à lei moral, não há nela sublimidade alguma; mas há-a sim na medida em que ela é ao mesmo tempo *legisladora* em relação a essa lei moral e só por isso lhe está subordinada. Também mostrámos (...) como não é nem o medo nem a inclinação, mas tão-somente o respeito à lei, que constitui o móbil que pode dar à acção um valor moral. A nossa própria vontade, na medida em que agisse só sob a condição de uma legislação universal possível pelas suas máximas, esta vontade que nos é possível na ideia, é o objecto do respeito, e a dignidade da humanidade consiste precisamente nesta capacidade de ser legislador universal, se bem que com a condição de estar ao mesmo tempo submetido a essa mesma legislação<sup>173</sup>.

Eusébio Fernández García, por seu turno, esclarece que a dignidade humana é fruto de um longo processo sociocultural, definido como o respeito mínimo à própria condição de existência natural do ser humano em cada momento histórico. Ele complementa seu pensamento afirmando que é justamente esse respeito à causa impeditiva para que a sua integridade seja substituída por qualquer outro valor<sup>174</sup>.

Fábio Konder Comparato sintetiza esse raciocínio ao reconhecer que o homem é o único ser que dirige sua vida em função de suas preferências valorativas, sendo que a pessoa humana é ao mesmo tempo o legislador universal,

<sup>172</sup> SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103.

<sup>173</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Porto: Porto Editora, 1995, p. 77.

<sup>174</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusébio. *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita: cuadernos Bartolomé de las Casas 21*. Madrid: Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III, 2001, pp. 19-20.

em função dos valores éticos que aprecia e, então, se submete voluntariamente às normas valorativas<sup>175</sup>, acrescentando que

(...) o homem é o único ser vivo que dirige a sua vida em função de preferências valorativas. Ou seja, a pessoa humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas. A compreensão da realidade axiológica transformou, como não poderia deixar de ser, toda a teoria jurídica. Os direitos humanos foram identificados como os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação. Por outro lado, o conjunto dos direitos humanos forma um sistema correspondente à hierarquia de valores prevalecente no meio social: mas essa hierarquia axiológica nem sempre coincide com a consagrada no ordenamento positivo. Há sempre uma tensão dialética entre a consciência jurídica da coletividade e as normas editadas pelo Estado<sup>176</sup>.

Sobre a conquista e o exercício dos direitos humanos, José Geraldo Brito Filomeno enfatiza que

A grande conquista, primeira para o exercício pleno do que chamamos de direitos humanos, direitos individuais, foi a conquista da liberdade. Essa foi a grande conquista dos direitos humanos. Quer dizer, o homem ser livre, solto, isto é, ser apenas aquilo que a sua consciência diz, claro que regulamentado pelo direito – como lembra bem o professor Romano de Locke, Rousseau, os grandes contratualistas: um dizendo que o homem nasce mau e outro dizendo que o homem nasce bom, mas que de qualquer forma, para viver em sociedade haveria a necessidade de um grande pacto social em que cada um abria mão de parte de sua liberdade em prol da manutenção da paz e da harmonia social<sup>177</sup>.

A dignidade humana parece, então, ser o único conceito reconhecido de maneira universal e incontroversa como fundamento dos direitos humanos nos

<sup>175</sup> SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105.

<sup>176</sup> COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo, Saraiva: 2013, p. 39.

<sup>177</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos humanos na educação e saúde – a atuação do Ministério Público*, In FELIPPE, Kenarik Boiujikian (Org.). *Direitos Humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Método Editoração e Editora, 2001, p. 149.

próprios textos jurídicos internacionais. Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano observam que

Já no preâmbulo dos pactos internacionais — tanto nos que envolvem direitos civis e políticos (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966) como nos referentes a direitos econômicos, sociais e culturais (Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966) — se reconhece textualmente que estes direitos nascem da dignidade inerente da pessoa humana. Pode-se dizer, portanto, que a ideia de dignidade é apriorística na teoria e na filosofia dos direitos humanos — ou seja, é seu antecedente lógico. A dignidade é, em síntese, um bem jurídico universalmente prometido à pessoa, em âmbito doméstico ou internacional, a ponto de sua simples pronúncia evocar em todos uma ideia de força e respeitabilidade<sup>178</sup>.

Essa acepção dos direitos humanos e da dignidade humana vem sendo exposta nos textos legais. Cumpre destacar, ainda, que essas declarações são atos solenes, por meio dos quais organizações governamentais, regionais ou mundiais, ou organizações não governamentais de direitos humanos, acabam proclamando sua adesão, apoio e aceite aos princípios gerais desses direitos, sem, contudo, a formalidade e o valor jurídico vinculante que caracterizam os tratados internacionais e as normas jurídicas dos Estados<sup>179</sup>.

A despeito de bem-redigidas e de suas boas intenções, as declarações são documentos relativamente frágeis, não possuindo a mesma força vinculante de um tratado internacional. Resoluções, acordos, recomendações e diretivas adotados por organizações internacionais, tanto de caráter universal como regional, possuem baixa exigibilidade embora sejam considerados fontes de direito internacional — o que é importantíssimo na medida em que, mesmo não sendo diretamente obrigatórias para os Estados do ponto de vista do Direito Internacional Público tradicional, as declarações cumprem importante papel ao orientar decisões relativas às legislações internas no sentido de uma justicialização eficaz de tais direitos. Isto porque os Estados se obrigam, ainda que indiretamente, a incluí-los nas

---

<sup>178</sup> SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 104-105.

<sup>179</sup> Ibidem, p.106.

Constituições, convertendo-os em direitos fundamentais e, portanto, exigíveis e garantidos<sup>180</sup>.

### Flávia Piovesan complementa o raciocínio:

Nesse contexto, os tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, ao mesmo tempo que afirmam a personalidade interna do indivíduo e endossam a concepção universal dos direitos humanos, acarretam aos Estados que os ratificam obrigações no plano internacional. Com efeito, se, no exercício de sua soberania, os Estados aceitam as obrigações jurídicas decorrentes dos tratados de direitos humanos, passam então a se submeter à autoridade das instituições internacionais, no que se refere à tutela e fiscalização desses direitos em seu território. Sob esse prisma, a violação de direitos humanos constantes dos tratados, por significar desrespeito a obrigações internacionais, é matéria de legítimo e autêntico interesse internacional, o que vem a flexibilizar a noção tradicional de soberania nacional<sup>181</sup>.

Como explicitado anteriormente, os direitos e as liberdades não foram conquistados pacificamente, mas por meio de árduas batalhas. Baseiam-se, historicamente, no modelo ocidental, e são constituídos pelos fatos históricos, as ideologias filosóficas, os textos normativos - que vem da Antiguidade Clássica até os nossos dias -, compondo um corpo jurídico de instituições e normas de caráter internacional e de direito fundamental constitucional<sup>182</sup>.

Nesse diapasão, verifica-se ser indissociável a relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Com efeito, os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade da pessoa humana que, por consequência, insere em cada direito fundamental um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa humana<sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup> SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 106-107.

<sup>181</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 71.

<sup>182</sup> SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Op. cit.*, p. 184.

<sup>183</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 101.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos), muito embora — importa repisar — nem todos os direitos fundamentais (pelo menos não no que diz com os direitos expressamente positivados na Constituição Federal de 1988) tenham um fundamento direito na dignidade da pessoa humana. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade, o que nos remete à controvérsia em torno da afirmação de que ter dignidade equivale apenas a ter direitos (e/ou ser sujeito de direitos), pois mesmo em se admitindo que onde houver direitos fundamentais há dignidade, a relação primária entre dignidade e direitos, pelo menos de acordo com o que sustenta parte da doutrina, consiste no fato de que as pessoas são titulares de direitos humanos em função de sua inerente dignidade. Aliás, a partir de tais premissas, há como investir na diferenciação entre direitos humanos, no sentido de direitos fundados necessariamente na dignidade da pessoa, e direitos fundamentais, estes considerados como direitos que, independentemente de terem, ou não, relação direta com a dignidade da pessoa humana, são assegurados por força de sua previsão pelo ordenamento constitucional positivo (...)<sup>184</sup>.

Ademais, no tocante às normas internas brasileiras a respeito da constitucionalização da dignidade da pessoa, é importante destacar os ensinamentos de Ricardo Hasson Sayeg e Wagner Balera:

Este ideário constitucional e metaconstitucional, do qual a dignidade humana é a suma, exige que o Estado a considere nas normas que vier a editar ou aplicar em qualquer de seus distintos níveis ou esferas de atuação. Postas tais premissas, a forçosa conclusão é de que há competência comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios até para legislar, mas principalmente para executar a concretização dos direitos humanos em todas as suas dimensões. Todos os entes federativos estão obrigados a implementar universalmente a dignidade da pessoa humana. Enfim, entre todos os entes federativos e em todas as suas atribuições, de modo constitucionalmente implícito, há competência comum quanto ao poder/dever de concretizar os direitos humanos e até de legislar em prol destes, ressaltando-se a respectiva

---

<sup>184</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 102.

competência negativa quanto a afrontar tais direitos em qualquer hipótese<sup>185</sup>.

Nesse sentido, a ordem jurídica brasileira é integralmente dirigida pelos valores consagrados da dignidade da pessoa humana, numa manifestação de concretização multidimensional dos direitos humanos. Dessa concepção surge a necessidade de que a Constituição explicita tais valores, afirmando-os positivamente para seus fins estruturantes<sup>186</sup>.

No atual contexto social do país, marcado muitas vezes pela ausência de perspectivas causadas pela repercussão de uma crise socioeconômica, a perda de referenciais éticos e morais com altos níveis de corrupção, violência e desvalorização de valores públicos, acaba gerando na população uma implícita sensação de que o agravamento das reprimendas é ferramenta hábil para combater os altos índices de violência.

Nas palavras de Maria Bierrenbach:

É legítima a indignação das pessoas contra os assassinatos bárbaros e crimes violentos. Agrego-me às vozes que clamam por justiça e exigem o fim da impunidade. É preciso dar um basta à insegurança generalizada e recuperar a tranquilidade perdida, provavelmente na perversidade de um equivocado crescimento e acelerada concentração urbana<sup>187</sup>.

E, diante do problema da efetivação dos direitos humanos, Norberto Bobbio faz a seguinte alerta sobre a necessidade de se buscar por novos elementos relacionados ao desenvolvimento conjunto da civilização humana:

---

<sup>185</sup> SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista*. Petrópolis: KBR Editora Digital, 2011, p. 47.

<sup>186</sup> Ibidem, p. 46.

<sup>187</sup> BIEREENBACH, Maria Ignês de Souza. *A favor da vida*. Reflexões sobre a pena de morte. São Paulo: Cortez Editora, 1993, p. 125.

É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica<sup>188</sup>.

Sendo assim, observa-se que para que haja não apenas a regulamentação normativa dos direitos humanos, mas também a efetiva proteção social pelos mesmos direitos, é preciso que a própria sociedade e cada qual de seus componentes estejam mutuamente dispostos a cooperar entre si, a fim de garantir o equilíbrio do convívio social.

#### 2.4 Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988

Todas as Constituições brasileiras, em maior ou menor grau, mas sem exceção, enunciaram declarações de direitos. As duas primeiras Cartas Magnas concentraram-se nas chamadas liberdades públicas, claramente expressas como restrição ao Poder<sup>189</sup>.

Sobre a titularidade dessas liberdades públicas é interessante notar que a primeira Constituição brasileira, de 1824, reconhecia-os apenas aos “cidadãos brasileiros”, no seu artigo 179. Já a Constituição Republicana que a seguiu, de 1891, referiu-se aos detentores de tais direitos expressamente como “brasileiros e estrangeiros residentes no país”, no seu artigo 72, expressão que ficou registrada na História do país, sendo reafirmada pela Constituição de 1988<sup>190</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet faz a seguinte análise:

---

<sup>188</sup> BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 45.

<sup>189</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 121.

<sup>190</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 375.

Traçando-se um paralelo entre a Constituição da República de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Além disso, inédita a outorga aos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente, do *status* jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional<sup>191</sup>.

No que tange ao processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, foram de fundamental importância as circunstâncias em que a nova ordem foi formatada.

Após um período de vinte e um anos de regime de governo militar, que perdurou de 1964 a 1985, foi deflagrado o processo de democratização do país.

Sobre esse momento histórico, Flávia Piovesan destaca que

Ainda que esse processo tenha se iniciado, originalmente, pela liberalização política do próprio regime autoritário — em face de dificuldades em solucionar problemas internos —, as forças de oposição da sociedade civil se beneficiaram do processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas. A transição democrática, lenta e gradual, permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. Exigiu ainda a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político-social. Tal processo culminou, juridicamente, na promulgação de uma nova ordem constitucional — nascia assim a Constituição de outubro de 1988<sup>192</sup>.

A Carta de 1988 institucionalizou a instauração do regime político democrático no Brasil. Introduziu avanços na consolidação legislativa da garantia dos direitos

<sup>191</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 63.

<sup>192</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 85-86.

fundamentais e, também, na proteção de setores considerados vulneráveis da sociedade brasileira<sup>193</sup>.

Sob esse prisma, Antônio Carlos Mendes afirma que

No regime inaugurado pela Constituição Federal de 1988, implica reconhecer que o Estado de Direito brasileiro é republicano, democrático e social. Isso decorre da interpretação estrita dos princípios e preceitos constitucionais. Destacam-se, nessa Carta, princípios fundamentais adotados pelo direito constitucional positivo, especialmente aqueles que inspiram o exercício dos direitos públicos subjetivos e a prática de direitos políticos, como, por exemplo, a liberdade, a segurança, a igualdade, o sufrágio universal, igual, direto e secreto, o pluralismo político e o pluripartidarismo<sup>194</sup>.

No que concerne aos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet acrescenta:

Tais características consensualmente atribuídas à Constituição de 1988 podem ser consideradas (ao menos em parte) como extensivas ao título dos direitos fundamentais, nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente. Com efeito, é preciso reconhecer que, em face do seu grande número de dispositivos legais (246 artigos e 74 disposições transitórias), a Constituição de 1988 se enquadra no rol das assim denominadas Constituições analíticas (...)<sup>195</sup>.

Salta aos olhos a preocupação do legislador constituinte com os valores da dignidade humana e do bem-estar de todos, como imperativo de Justiça social.

Sob esses aspectos, a Constituição de 1988 apresentou algumas variações em relação ao modelo tradicional adotado pelas anteriores. Manoel Gonçalves Ferreira Filho enfatiza que

---

<sup>193</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 86.

<sup>194</sup> MENDES, Antônio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros Editora, 1994, pp. 22-23.

<sup>195</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 64.

Em primeiro lugar, ela enumera os direitos e garantias fundamentais logo num Título II, antecipando-os, portanto, à estruturação do Estado. Quis com isso marcar a preeminência que lhes reconhece. Em segundo lugar, nesse Título II, no capítulo inicial enuncia o que chama de “direitos e deveres individuais e coletivos”, enquanto no seguinte trata dos “direitos sociais”, para nos subsequentes reger as questões concernentes à nacionalidade, aos direitos políticos e, afinal, aos partidos políticos. Mas, em terceiro lugar, deve-se registrar que noutros pontos da Constituição são apontados direitos fundamentais, como é o caso da seção relativa às limitações do poder de tributar. Qual critério que ditou essa distribuição de assuntos, ninguém sabe. Questão de técnica — dir-se-á — ou de falta de técnica, o que é mais provável.

Grosso modo, no capítulo sobre os direitos e deveres individuais e coletivos (onde não se encontram deveres) estão os direitos da primeira geração, mais as garantias, no seguinte obviamente os direitos econômicos e sociais, a segunda geração. Quanto à terceira, esta se faz representar pelo solidário direito ao meio ambiente (art. 225)<sup>196</sup>.

Análise interessante sobre as disposições consagradas na Carta Constitucional de 1988 foi elaborada por Ricardo Hasson Sayeg e Wagner Balera. Os referidos autores afirmam que

No Brasil, em razão de seu gigantismo e como paradigma a sistemas afins, para concretizar os direitos humanos no ambiente capitalista, à luz da dignidade da pessoa humana, cumpre considerar o federalismo, pois conforme o Artigo 1º da Constituição Federal a nação corresponde à união indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Há no modelo federal brasileiro uma pluralidade de ordens jurídicas, implicando uma ordem jurídica total e ordens jurídicas parciais. A Constituição Federal reparte as competências conferindo explícita e implicitamente os poderes nela enumerados, o que está reconhecido em vários precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) sob a relatoria do ministro Celso de Mello, como se vê nas ADIs 2.995, 3.189, 3.293 e 3.148.

Como se sabe, a ordem jurídica brasileira é integralmente dirigida pelo vetor da dignidade da pessoa humana como concretização multidimensional dos direitos humanos. Daí que a Constituição explicita ambos os valores, realizando essa afirmação formal e positiva para seus fins estruturantes<sup>197</sup>.

<sup>196</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 121-122.

<sup>197</sup> SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista*. Petrópolis: KBR Editora Digital, 2011, p. 46.

Cumprе destacar, ademais, que a Constituição passou a enunciar no seu artigo 6º, alguns direitos sociais, que são também direitos fundamentais: a educação, o trabalho, o lazer, a segurança e a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, aos quais a Emenda Constitucional nº 26/2000 incorporou ao texto original o direito à moradia<sup>198</sup>.

Contudo, essa ênfase dada à prevalência dos direitos humanos como princípio orientador da vida em sociedade, ressaltada pela Carta de 1988, não pode ser entendida como uma espécie de licença capaz de orientar a compreensão e a interpretação de todo o sistema constitucional a favor de indivíduos que desprezam os direitos dos demais componentes do grupo social.

---

<sup>198</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 130.

## CAPÍTULO 3

### A DIGNIDADE HUMANA

#### 3.1 A Igualdade

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que o princípio da igualdade, também denominado de isonomia, foi uma das importantes conquistas da Revolução Francesa e das demais revoltas liberais<sup>199</sup>, recordando que antes disso a condição jurídica dos indivíduos era diferenciada:

O princípio da igualdade, ou melhor, o princípio da igualdade perante a lei, isonomia, é o segundo dos princípios do Estado de Direito. Foi ele uma das principais reivindicações a que atenderam a Revolução Francesa e outras revoluções liberais. Convém lembrar, com efeito, que antes delas – no *Ancien Régime* - não era uno o estatuto jurídico dos indivíduos. Na França – que se pode tomar por referência – diferenciavam-se três “estados”, segundo a condição jurídica de que gozavam os indivíduos. Os que estavam submetidos ao direito comum compunham o terceiro estado – o povo. Privilégios de variada ordem favoreciam os camponeses do segundo estado – a nobreza. Outros privilégios caracterizavam o primeiro estado – o clero. Este clero, portanto, e a nobreza eram classes privilegiadas relativamente ao povo.

Assim, um dos primeiros movimentos da Revolução Francesa foi a eliminação dos privilégios, formalmente previsto no art. 6º, da Declaração de 1789: “...Todos os cidadãos são iguais a seus olhos (da lei) e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”<sup>200</sup>.

---

<sup>199</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 139.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 139.

Vladmir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano também apontam que o marco inicial da igualdade surgiu em decorrência da Revolução Francesa, mais especificamente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789:

As declarações francesas emergem do processo revolucionário que abarcou o período entre maio de 1789 e novembro de 1799 – englobando o período da revolução burguesa ou queda do Antigo Regime (...) Na primeira etapa, o Terceiro Estado (...) declarou-se em Assembleia Nacional Constituinte e debateu sobre a oportunidade de elaborar o documento, daí se originando a célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, a exemplo da Declaração de Virgínia, destacou-se pela solenidade e pela retórica em seus 17 artigos e preâmbulo, onde se afirma com insuperável magnificência que “a ignorância, o descuido ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos (...)”. A declaração reza ainda que os direitos explicitados em seu artigo 2º (a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão) são “naturais, inalienáveis e sagrados”. Os direitos e garantias fundamentais, por outro lado, foram estabelecidos no corpo articulado da declaração, que reconheceu a igualdade de direitos (art. 1º), a participação na elaboração da lei (art. 6º), o direito ao devido processo judicial (arts. 7º a 9º), a liberdade religiosa (art. 10), a liberdade de expressão (art. 11) e a participação na verificação das contribuições públicas (art. 14), entre outros direitos<sup>201</sup>.

Sabe-se, a propósito, que a cidadã francesa Olympe de Gouges, naquele final do Século XVIII, resolveu cuidar também dos interesses femininos, lavrando a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, em 28 de outubro de 1791<sup>202</sup>. Para que se tenha idéia do tom por ela utilizado, basta transcrever o artigo 10 dessa Declaração: “Ninguém deve ser hostilizado por suas opiniões, mesmo as fundamentais; a mulher tem o direito de subir ao cadafalso; ela deve igualmente ter o direito de subir à tribuna; contanto que suas manifestações não perturbem a ordem pública estabelecida pela Lei”<sup>203</sup>. Não será preciso recordar, por certo, que Olympe de Gouges morreu na guilhotina.

---

<sup>201</sup> SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 138-140.

<sup>202</sup> GOUGES, Olympe de. *Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã*. Funchal: Editora Nova Delphi, 2001.

<sup>203</sup> Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/mulheres.htm>. Acesso em: 11/07/2014.

Lenise Antunes Dias de Almeida diz que uma lei não pode desconsiderar o princípio da igualdade, como também não pode originar privilégios, dado que a sua função é, precisamente, regular e limitar a vida de cada um dos indivíduos que vivem em sociedade. Prova disto são os inúmeros exemplos do ordenamento jurídico pátrio que Lenise menciona, lembrando que o princípio da igualdade encontra-se insculpido na nossa Carta constitucional:

Quanto ao princípio da igualdade entende-se, então, que este é destinado não somente aos cidadãos, mas também ao Estado, em suas funções legislativa, executiva e judicial. (...) Em consequência do mesmo princípio, encontra-se no corpo da Carta Magna: proibição de diferenças de salário, de exercícios de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (artigo 7º, XXX), proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (artigo 7º, XXXI), a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e nos termos da lei (artigo 14), princípio da igualdade na tributação – a carga tributada deve ser distribuída na medida da capacidade econômica dos contribuintes (artigo 145, parágrafo 1º e artigo 150, II, da CF/1998), a educação, direito de todos e dever do Estado e da família (artigo 205), dentre outros. Então, percebe-se que por várias vezes a Constituição brasileira ratifica e destaca a igualdade como um dos fundamentos<sup>204</sup>.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, os indivíduos serem tratados de forma igual perante a lei não tem somente o significado da aplicação igual da lei, uma vez que a própria lei deve tratar igualmente todos os indivíduos. Canotilho enfatiza que o princípio da igualdade é dirigido ao legislador, que está obrigado a criar um direito igual para todas as pessoas<sup>205</sup>.

Contudo, criar um direito igual para todos os membros da sociedade não é um trabalho de fácil execução. Assim, José Joaquim Gomes Canotilho entende que o princípio da igualdade pode ser compreendido sob três aspectos. O primeiro é a igualdade na própria lei, o segundo é a exigência de igualdade material por meio da lei e o último é a igualdade justa<sup>206</sup>.

---

<sup>204</sup> ALMEIDA, Lenise Antunes Dias de. *Liberdade, igualdade e propriedade: breve análise das teorias de John Locke e da Constituição brasileira de 1988*. In FACHIN, Zulmar (Coord.). *Direitos fundamentais e cidadania*. São Paulo: Método, 2008, pp. 151-152.

<sup>205</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 426.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 426.

A igualdade na própria lei é uma premissa de raciocínio prático: “para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos”<sup>207</sup>.

O segundo aspecto, ou seja, a exigência de igualdade material por meio da lei resume-se à ideia de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais:

Exige-se uma **igualdade através da lei**, devendo tratar-se por <<igual o que é igual e desigualmente o que é desigual>>. Diferentemente da estrutura lógica formal de *identidade*, a *igualdade* pressupõe diferenciações. A igualdade designa uma *relação* entre diversas pessoas e coisas. Reconduz-se, assim, a uma *igualdade relacional*, pois ela pressupõe uma relação tripolar (Podlech): o indivíduo *a* é igual ao indivíduo *b*, tendo em conta determinadas características. Um exemplo extraído da jurisprudência portuguesa: o indivíduo *a* (casado) é igual ao indivíduo *b* (solteiro) quanto ao acesso ao serviço militar na Marinha, desde que reúna as condições de admissão legal e regulamentarmente exigidas (características C1, C2 e C3). (Cfr. Ac TC 336/86 e, mais recentemente, Acs. TC 186/91, 400/91)<sup>208</sup>.

Por último, a igualdade justa é examinada com a indagação sobre se uma lei pode tratar os indivíduos de modo igualmente justo. Para responder isso, Canotilho usa como base a proibição geral do arbítrio, ressaltando que o princípio da igualdade existe quando as pessoas ou as situações semelhantes não são arbitrariamente tratadas como desiguais:

A questão da igualdade justa pode colocar-se nestes termos: o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade? Uma possível resposta, sufragada em algumas sentenças do Tribunal Constitucional, reconduz-se à proibição geral do arbítrio: existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade<sup>209</sup>.

<sup>207</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 427.

<sup>208</sup> *Ibidem*, pp. 427-428.

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 428.

Já André Ramos Tavares entende que um tratamento diferente aos indivíduos pode ser compatível com a Constituição e com o princípio da igualdade: “A primeira afirmação a ser feita aqui é a de que os tratamentos diferenciados podem estar em plena consonância com a Constituição. É que a igualdade implica o tratamento desigual das situações de vida desiguais, na medida de sua desigualação. Aliás, trata-se de exigência contida no próprio princípio da Justiça”<sup>210</sup>.

O recurso diferenciador instituído como motivo da desigualdade deve atingir uma finalidade e, esta precisa corresponder a um objetivo adotado pelo Direito: “O elemento discriminador erigido como causa da desequiparação deve estar predisposto ao alcance de uma finalidade. Esta, por sua vez, deve corresponder exatamente a algum objetivo encampado pelo Direito, seja, expressa, seja implicitamente”<sup>211</sup>.

André Ramos Tavares também afirma que deve haver uma proporcionalidade entre os meios utilizados pelo legislador para alcançar essa finalidade<sup>212</sup>.

Ademais, para Tavares a ideia de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais é uma fórmula hipotética, pois nem sempre é possível distinguir os desiguais dos iguais. Em razão disso, é necessário estabelecer um critério para que se possa aplicar um tratamento igual ou desigual: “É preciso, portanto, encontrar um critério capaz de legitimamente apartar essas duas categorias genéricas e abstratas de pessoas. É necessário saber quais são os elementos ou as situações de igualdade ou desigualdade que autorizam, ou não, o tratamento igual ou desigual”<sup>213</sup>.

Paralelamente, André Ramos Tavares afirma que uma lei pode atingir um único indivíduo, sem violar o princípio da igualdade: “É o caso de regra que estabeleça: “Matar o Presidente da República em exercício. Pena: 30 anos de reclusão e multa. Ou ainda: Será condecorado com as honrarias da República aquele que descobrir a cura da *aids*. Ora, é evidente que nesses casos será contemplado um único indivíduo ou um único grupo deles, sem ferir o princípio da isonomia”<sup>214</sup>.

---

<sup>210</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 453.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 453.

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 453.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 454.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 456.

Assim, em resumo, a máxima aristotélica no sentido de que a verdadeira igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais, na proporção dessa desigualdade, acabou sendo adotada, aqui e alhures, por juristas como Ruy Barbosa, José Joaquim Gomes Canotilho e André Ramos Tavares, para citar, apenas, alguns dos expoentes da Ciência do Direito deste Século e do Século passado.

### 3.2 As Infrações e a Resposta Penal

Não há dúvida de que, nos dias que correm, o aumento da criminalidade é um triste e concreto fator de inquietação social. Todas as pessoas se preocupam e se sentem ameaçadas com a crescente ousadia e com a bestial crueldade dos criminosos.

Diariamente, os veículos de comunicação destacam a ocorrência das mais diversas práticas criminosas, relatando, inclusive, os novos métodos utilizados, como por exemplo, os delitos praticados por meio eletrônico e a atuação do crime organizado<sup>215</sup>.

Aliás, a criminalidade é um fenômeno que preocupa a sociedade desde o início da existência dos grupos sociais, pois onde há seres humanos, também haverá crime:

(...) a criminalidade é um processo social indissociável das relações humanas. Onde houver sociedade haverá necessariamente crime. Essa criminalidade pode ocorrer de várias formas na sociedade (individual ou organizada). (...) O homem por ser um ser racional, pensante e adaptável as novas condições sociais, possui certas regras ou padrões de comportamentos indispensáveis para a convivência social. Não há como dissociar o homem do seu meio social<sup>216</sup>.

---

<sup>215</sup> BARBOSA, Raimundo Pascoal. *Criminalidade violenta e culpabilidade*. Revista Juízes para a Democracia, São Paulo, v. 5, n. 16, p. 5, jan./fev. 1999.

<sup>216</sup> SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Criminalidade e direitos humanos*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 36, pp. 401-402, dez./abr. 2002/2003.

Para que haja convivência harmônica e pacífica entre as pessoas, a sociedade criou padrões de comportamento para todos, mas a obediência a esses padrões, chamadas de normas costumeiras, não é obrigatória. Quando um indivíduo age contra o padrão normal estabelecido, esse modo de agir é considerado como um desvio de comportamento:

A sociedade sempre estabelece os padrões de comportamento de seus membros. Isso obedece a motivos de ordem prática, em que a conveniência de uma certa uniformidade de modos de agir e de pensar torne viável o convívio. Tais padrões não são, todos, obrigatórios. Uma parte variável dos modos de comportar-se é insuflada sem exigências maiores. Os membros do grupo aprendem “*bons modos*”, ouvem recomendações de “*boa conduta*” e informações sobre os modos mais aconselháveis de agir, no interesse próprio e das boas relações com o meio a que pertencem. São as manifestações costumeiras. A habitualidade desses modos de atuar incorpora-se a própria maneira de ser do grupo e de seus componentes. (...) A acomodação baseada em normas costumeiras de maior ou menor força condicionante faz com que se defina como “*normal*” ou “*anormal*”. Esta última compõe-se das práticas em colisão com as primeiras e a elas se denominou “*comportamentos de desvio*”. Estes revelam-se pelo afastamento do indivíduo ou de seu grupo daqueles padrões ideias dos grupos e dos comportamentos individuais. Desvia-se o agente dos modelos gerais adotando práticas em desacordo com eles, em maior ou menor grau (...). Os comportamentos típicos *anormais* são os que representam a categoria mais aguda dos comportamentos de desvio<sup>217</sup>.

Contudo, as normas costumeiras nem sempre conseguem ser eficazes. Então, para controlar os desvios de comportamento ou de conduta, ou seja, da criminalidade, foi necessária a criação do Direito. Luis Paulo Sirvinskas afirma que, na Antiguidade, o Direito era exercido pela violência:

O direito é uma forma de controle social. Toda sociedade necessita de um direito que possa regulamentar as condutas sociais. Na antiguidade, o direito era exercido pela violência. Assim, o mais forte subjugava o mais fraco pela violência nas lutas individuais ou nas guerras coletivas, tornando-o, às vezes, escravo. Era, como se vê, o mais forte quem dominava o mais fraco pela força<sup>218</sup>.

<sup>217</sup> ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Criminalidade e violência global*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 11-12.

<sup>218</sup> SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Criminalidade e direitos humanos*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 36, p. 402, dez./abr. 2002/2003.

Com o passar do tempo, atribuiu-se ao Estado a tarefa de fazer valer o Direito, e o controle da criminalidade é realizado pelas leis, que legitimam a punição do infrator.

Felippe Augusto de Miranda Rosa diz que a criminalidade, analisada sob o ângulo lógico-jurídico, consiste numa conduta reprovada pelo grupo social, de sorte que, para a preservação do bem estar coletivo, o Estado aplica a correspondente punição: “Do ponto de vista lógico-jurídico, ela é o exemplo mais característico dos comportamentos reprovados pelo grupo e para os quais a organização do Estado reserva medidas punitivas de variado grau, segundo o nível de reprovação”<sup>219</sup>.

Luis Paulo Sirvinskaskas afirma que “A punição da criminalidade deve servir de exemplo à sociedade, demonstrando que o Estado estará presente para tomar as medidas adequadas contra a criminalidade”<sup>220</sup>.

Gustav Radbruch explica que, segundo a teoria da aquiescência ou do consentimento, é plenamente válido aplicar a pena a um indivíduo que transgride a lei:

[...] a *teoria da aquiescência* ou do consentimento, foi defendida ao início por Feuerbach como presunção de consentimento efetivo do delinquente real com sua pena: quem, conhecendo a lei penal - exigida por Feuerbach como pressuposto da pena -, ainda assim comete um delito, consente com o condicionado, e a pena lhe pode ser imposta com o mesmo direito com que se pode exigir o cumprimento de um contrato<sup>221</sup>.

Frédéric-Jérôme Pansier concorda com Emile Durkheim no sentido de que a pena é uma reação de intensidade gradual que a sociedade exerce sobre os indivíduos que violam as regras de conduta e estabelece que a pena possui três funções:

---

<sup>219</sup> ROSA, Felippe Augusto de Miranda. *Criminalidade e violência global*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 23.

<sup>220</sup> SIRVINSKASKAS, Luis Paulo. *Criminalidade e direitos humanos*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 36, p. 402, dez./abr. 2002/2003.

<sup>221</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, pp. 236-237.

Selon Emile Durkheim, la peine est <<une reaction personnelle, d'intensité graduée, que la société exerce par l'intermédiaire d'un corps constitué sur ceux de ses membres qui ont violé certaines règles de conduite>><sup>222</sup>.

A primeira função da pena é a neutralização do infrator, tirando-lhe a possibilidade de reiterar o desvio de conduta e, deste modo, garantir um ambiente mais seguro para a ordem pública e para a comunidade:

La première fonction sociale est *la neutralisation du sujet*, i.e. sa mise hors de capacité de réitérer l'acte déviant, ce qui est de loin le plus sécurisant pour l'ordre public et la communauté<sup>223</sup>.

A segunda função da pena é a intimidação abstrata, que difunde o efeito dissuasivo da reprimenda a todos os outros membros da sociedade, especialmente sobre os potenciais infratores:

La deuxième fonction sociale est *l'intimidation abstraite*, ce que les Anglo-saxons nomment *deterrence*, i.e. effet dissuasif de la peine sur les autres membres du corps social et en particulier sur les délinquants potentiels<sup>224</sup>.

A última função da pena é restaurar o equilíbrio social, pois a infração cria uma perturbação na ordem pública e, desse modo, a pena tende a restabelecer o equilíbrio provocado pelo crime e, também neutraliza a tentação primária de uma vingança:

---

<sup>222</sup> PANSIER, Frédéric-Jérôme. *La peine et le droit*. Paris: Presses universitaires de France, 1994, p. 9. Tradução: “De acordo com Emile Durkheim, a pena é uma reação pessoal, de intensidade gradual, que a sociedade exerce por intermédio de um corpo constituído por eles sobre aqueles de seus membros que violaram certas regras de conduta”.

<sup>223</sup> Ibidem, p. 38. Tradução: “A primeira função social é a neutralização do sujeito, ou seja, tirar a capacidade de reiterar o ato desviante, que é de longe o mais seguro para a ordem pública e a comunidade”.

<sup>224</sup> Ibidem, p. 40. Tradução: “A segunda função social é a intimidação abstrata, a qual os Anglo-saxões chamam de dissuasão, ou seja, o efeito dissuasivo da pena contra outros membros da sociedade e, em especial, sobre os potenciais agressores”.

La troisième fonction sociale est le rétablissement de l'équilibre social: l'infraction commise a créé un trouble à l'ordre public. (...) La peine a pour fonction de rétablir l'équilibre rompu par le crime et tend, du même mouvement, à neutraliser toute tentation de réaction primaire de vengeance<sup>225</sup>.

Mas, há estudiosos que entendem que a simples aplicação da pena não é suficiente resposta, e que o indivíduo que viola as regras penais deve ser considerado como inimigo da sociedade. Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá dizem que a partir do momento em que um indivíduo comete um crime, ele rompe com o contrato social estabelecido que estabeleceria com a sociedade e, por esse motivo, não pode ser considerado mais como membro daquele grupo social:

São especialmente aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, entendem o delito no sentido de que o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica. Em correspondência com isso, afirma Rousseau que qualquer <<malfeitor>> que ataque o <<direito social>> deixa de ser <<membro>> do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. A consequência diz assim: << ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão>>. De modo similar, argumenta Fichte: <<quem abandona o contrato do cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano>> (...) Para Rousseau e Fichte, todo delinquente é, *de per sí*, um inimigo<sup>226</sup>.

Desse modo, o indivíduo que não respeita o convívio estabelecido pela sociedade em que vive deve ser segregado e tratado como inimigo. Tal entendimento baseia-se no fato de que o Estado tem o dever de proteger a segurança da coletividade em face dos indivíduos que insistem em cometer crimes:

---

<sup>225</sup> PANSIER, Frédéric-Jérôme. *La peine et le droit*. Paris: Presses universitaires de France, 1994, p. 42. Tradução: "A terceira função social é a restauração do equilíbrio social: a infração cometida criou uma perturbação à ordem pública. [...] A função da pena é restabelecer o equilíbrio rompido pelo crime e tende, do mesmo movimento, a neutralizar toda tentação de reação primária de vingança".

<sup>226</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 25, 26 e 28.

Consequentemente, quem não participa na vida em um <<estado comunitário-legal>>, deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser <<tratado>>, como anota expressamente Kant, <<como um inimigo>>. (...) Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia da segurança é uma instituição jurídica. Ainda mais: os cidadãos tem direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, têm um direito à segurança, com base no qual Hobbes fundamenta e limita o Estado: *finis oboedientiae est protectio*<sup>227</sup>.

Portanto, para combater a criminalidade é necessário segregar os indivíduos infratores e aplicar a pena. Esta pena deve ser de caráter rigoroso, pois caso contrário, a aplicação de uma pena leve pode estimular o indivíduo a cometer um crime mais grave, segundo entende Felipe Augusto de Miranda Rosa:

Conta-se que Oscar Wilde, em debate com estudantes após uma conferência, foi indagado sobre se o certo e bom é começar por baixo na vida, para, com trabalho e dedicação, chegar ao topo no devido tempo. Wilde respondeu que não; o bom e certo, disse ele, é começar por cima e ficar por lá. A ideia de escada a subir na vida, com sua gradação entre um começo modesto e um final glorioso me faz lembrar a teoria de um amigo a respeito das penas. “Não faz sentido começar com penas suaves para os crimes menores”, afirmava ele. O certo e bom “é aplicar logo a pena máxima para o primeiro delito cometido”. Sustenta ele que as penas leves são um estímulo, “uma espécie de escola”. O criminoso tende a seguir um curso dos criminosos considerados “menores”. Furta depois rouba, em seguida assalta e, após, mata<sup>228</sup>.

Santo Tomás de Aquino afirmava que até a pena de morte é válida como punição para aquele que corrompe as normas da sociedade, fazendo o seguinte raciocínio: se ao cirurgião é lícito amputar o braço de um doente, para que todo o corpo possa recuperar a saúde, também é lícito ao Estado aplicar a pena de morte a um criminoso, tendo em vista o bem de toda a coletividade:

Mas, posto que todo homem se ordena, como seu fim, à sociedade inteira, da que forma parte, segundo já se há demonstrado antes, pode suceder que a mutilação de um membro, ainda que redunde em detrimento de todo

<sup>227</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 28-29.

<sup>228</sup> ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Criminalidade e violência global*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 85.

o corpo, se ordene, no entanto, ao bem da sociedade, enquanto se impõe a alguns como castigo, para advertência dos pecadores. Por conseguinte, assim como, pelo poder público, pode alguém ser lícitamente privado totalmente da vida por certas culpas maiores, assim também pode ser privado de um membro por algumas culpas menores<sup>229</sup>.

Aliás, até mesmo os membros do crime organizado têm um Estatuto que prevê rígidas penalidades para aqueles que apresentem desvios de conduta, tendentes a prejudicar a organização da *societas sceleris*, que são aplicadas por um arremedo de tribunal. Uma das principais organizações criminosas brasileiras é o Comando Vermelho, e o artigo 4º do respectivo Estatuto prevê o seguinte: “4. Não serão aceitas mais guerras particulares, muito menos desavenças. Qualquer amigo que atentar contra a vida de outro amigo pagará com a vida”<sup>230</sup>.

### 3.3 A Presunção de Não Culpabilidade

O princípio da presunção de não culpabilidade, impropriamente chamado por alguns de princípio da presunção de inocência - uma vez que é inconcebível desencadear-se a persecução criminal contra alguém que seja presumivelmente inocente, como dizia Manzini<sup>231</sup> - surgiu na Inglaterra, com a promulgação da Magna Carta de 1215, que previa que ninguém poderia ser preso até ser julgado pela lei inglesa<sup>232</sup>.

Hoje em dia, o princípio da presunção de não culpabilidade estabelece que ao acusado é garantido o direito de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, entendimento que surgiu somente após a Revolução Francesa.

<sup>229</sup> CONCEIÇÃO, David A. *Punição para estupradores*. Disponível em: <http://www.tradicaoemfococomroma.com/2012/05/punicao-para-estupradores.html>. Acesso em: 20/08/2014.

<sup>230</sup> PORTO, Roberto. *Crime organizado e sistema prisional*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 86.

<sup>231</sup> MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. 1. vol. Torino: Editrice Torinese, 1931.

<sup>232</sup> ROSA, Dêneron Dias. *Presunção de Inocência em relação a Débitos Fiscais*. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3466](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3466), acesso em 09/03/2014.

Assim, séculos depois da elaboração da Magna Carta, os filósofos iluministas, inspiradores da célebre Revolução - que faziam severas críticas ao modelo inquisitivo de persecução penal -, conseguiram tornar efetiva a presunção de não culpabilidade, inserindo-a na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

O procedimento inquisitivo, em sua versão medieval, desde seu resgate da cultura romana (séc. XII), passando por sua inserção paulatina e sua primazia como sistema mais usado (séc. XIII), até sua incidência, com quase exclusividade, em toda Europa Continental (até o último terço do séc. XVIII), teve quase seis séculos e meio de história. (...) Os anseios iluministas não desconsideraram, para fazer severas críticas, como o espírito inquisitivo forjou e utilizou o processo penal (inquisitivo) como instrumento de exercício do poder político estatal para imposição de seus desígnios e controle (aparentemente legalizado) dos seus adversários (opositores e hereges). (...) Dentre todas as revoltas do século XVIII, a mais significativa para a história é a Revolução Francesa, da qual, ao que importa ao presente trabalho, defluiu a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (1789). (...) Nessa declaração francesa, destinada a fixar preceitos fundamentais ao cidadão e invioláveis pelo Estado, foi inserida, legalmente, pela primeira vez, a concepção de “presunção de inocência”, em vernáculo: “9. Todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado; se julgar-se indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário para prendê-lo, deverá ser severamente reprimido pela lei”<sup>233</sup>.

Depois disto, nas Constituições dos demais povos ocidentais e na elaboração de diversos tratados internacionais, nunca mais deixou de ser considerado o princípio da presunção de não culpabilidade nascido com a histórica Declaração francesa.

Talvez o mais famoso desses acordos internacionais seja a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que dispõe, no seu artigo XI, número 1, o seguinte: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”<sup>234</sup>.

---

<sup>233</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 69, 70 e 77.

<sup>234</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm). Acesso em: 09/03/2014.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8º, número 2, também prevê o princípio da presunção de não culpabilidade: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”<sup>235</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da presunção de não culpabilidade estava previsto, ainda que de forma menos incisiva, na Constituição do Império de 1824, cujo artigo 179, inciso VIII, era vazado nos seguintes termos: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei: e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, atenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por ele assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as”<sup>236</sup>.

Cumprido destacar que o princípio da presunção de não culpabilidade ganhou relevo no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Cidadã, que reza: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A propósito, Márcio Geraldo Britto Arantes Filho destaca que

Portanto, na ordem constitucional instaurada em 1988, a não-consideração prévia de culpabilidade foi consagrada sem restrições: em favor da liberdade, o Poder Constituinte não inseriu qualquer ressalva no texto normativo constitucional. Cuida-se de opção garantista tendente ao resguardo da dignidade da pessoa humana<sup>237</sup>.

---

<sup>235</sup> Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf). Acesso em: 09/03/2014.

<sup>236</sup> Constituição do Império de 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em 09/03/2014.

<sup>237</sup> ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. *Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira*. Revista Liberdades, São Paulo, n. 4, mai./ago., 2010, p. 33.

Maurício Zanoide de Moraes, nessa mesma linha de raciocínio, observa que o princípio de não culpabilidade nas Constituições e nos tratados internacionais, é considerado como uma garantia da dignidade da pessoa humana e, por via de consequência, um direito fundamental da pessoa humana:

Pode-se afirmar, pelo exposto, dentro do maior rigor que nos foi possível, que a *mens legislatoris* formadora de nossa atual Constituição colocou, em seu inciso LVII do art. 5º, todo o conteúdo e força juspolítica da “presunção de inocência”. A *mens legislatoris* transforma-se, inegavelmente, em *mens legis fundamentalis*. A Constituinte incorpora o princípio fundamental humanitário concebido após o período das trevas da Inquisição, revitalizado e revivificado como primado humano universal, pela comunidade internacional, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. (...) A partir dessa expansividade dirigida ao enunciado normativo da presunção de inocência (inciso LVII do art. 5º da CR), possibilitada pela doutrina dos direitos fundamentais, percebe-se a desnecessidade de qualquer debate sobre o nível hierárquico das previsões internacionais daquela expressão ao ingressarem no direito brasileiro. Não se descarta, com isso, a excelência argumentativa da doutrina que também justifica a natureza da presunção de inocência como direito fundamental por força da interação entre o art. 5º, § 2º, da Constituição da República com o art. 8º, número 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prevê expressamente aquele direito<sup>238</sup>.

Mesmo assim, não se pode afirmar que esse direito deva ser absoluto, não só porque não existe na Ciência do Direito nenhuma norma absoluta, mas porque precisa existir a efetiva possibilidade da restrição do princípio da presunção de não culpabilidade diante, por exemplo, de um direito fundamental:

Como já foi explicitado, é pelo “âmbito de proteção” de uma norma de direito fundamental que se estabelece a extensão de tutela da norma-princípio, dentro da qual se deve incluir todo o segmento da vida que o constituinte quis assegurar aos cidadãos. Essa tutela extensa e tendencialmente expansível, contudo, não significa que todo o seu campo de cobertura será protegido de forma absoluta e permanente em todas as hipóteses concretas, pois ele foi estabelecido *prima facie*<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 220 e 247.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 360.

Maurício Zanoide de Moraes explica que existem duas teorias para restringir os direitos fundamentais: a teoria interna e a teoria externa. A teoria interna defende que o direito fundamental constitui um direito definitivo e, por isso, não pode sofrer restrição:

Para a “teoria interna” não há dois elementos distintos, a norma *prima facie* (o direito restringível) e a restrição, mas apenas um único elemento: o direito já em sua formação definitiva e, portanto, já previamente determinado em sua extensão e limites. Para essa teoria, na norma-princípio constitucional a noção de restrição é substituída pela de limite, o qual já vem insito ao “direito definitivo”; são os denominados “limites imanentes”. O direito já nasce limitado no plano legislativo e em sua configuração definitiva, impassível, portanto, de restrição; na verdade esta existiria após a edição legal. Para tal teoria, o direito já é formado em moldes definitivos e, portanto, feitas as reduções em sua formatação, torna-se a partir desse ponto um “direito definitivo”, irrestingível por qualquer condição fática ou jurídica peculiar à situação ou ao comportamento concretos. A “teoria interna” é um modelo de “pré-formação” em que o “âmbito de proteção” e o “direito definitivo” ou a “garantia efetiva” são idênticos<sup>240</sup>.

Já para a teoria externa o direito fundamental e a restrição possuem natureza autônoma e, por essa razão, é possível restringir o direito fundamental para harmonizar os direitos individuais e o bem coletivo:

A “teoria externa”, por sua vez, entende que “direitos fundamentais” e “restrição” são categorias autônomas e sem uma relação necessária. Para ela não há “nenhuma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição. A relação é criada apenas devido a uma necessidade, externa ao direito, de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos assim como também os direitos individuais e os bens coletivos”. (...) para os sectários da teoria externa, devido ao fato de defenderem uma construção ampla do “âmbito de proteção”, há uma irrefragável necessidade de se empreender uma redução daquele espectro projetado *prima facie*, o que se faz por força de formas de intervenção estatal justificadas constitucionalmente e da proporcionalidade em face do caso concreto. Intervenção estatal que, nesses moldes, configura-se legítima (restrição)<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 286.

<sup>241</sup> *Ibidem*, pp. 286-288.

Desse modo, uma das formas de intervenção estatal que reduz o direito fundamental do princípio da presunção de não culpabilidade é a prisão provisória e, *ipso facto*, observa-se que o interesse de garantir a segurança da coletividade prevalece sobre o direito de liberdade de um indivíduo:

Uma outra corrente doutrinária entende que a prisão por essas razões processuais deve ser decretada sempre, porém também aceita a prisão provisória por motivos materiais e, para confirmar seus argumentos, justifica que a legislação processual penal prevê essa hipótese quando insere os conceitos de “ordem pública” e “ordem econômica” no art. 312 do Código de Processo Penal. Afirma, ainda, essa corrente doravante denominada “materialista”, que no cotejo do interesse público da segurança (ou defesa social) com o interesse privado da liberdade do indivíduo o primeiro sempre (ou quase sempre) deve prevalecer. (...) Por isso não ser inconstitucional a previsão legal de espécies de prisões provisórias ou de outras medidas constritivas de sua liberdade, de seu patrimônio ou do exercício de alguns outros direitos<sup>242</sup>.

Assim, aplicar a medida que restringe a presunção de não culpabilidade, ou seja, que legitima a prisão provisória, não implica em retrocesso de uma garantia constitucional e nem, muito menos, poder-se-ia dizer que essa medida é incompatível com o Estado de Direito. Como exemplo de que a prisão provisória é providência constitucionalmente aceitável e plenamente compatível com a Democracia e com o Estado de Direito é o sistema americano, que prevê o encarceramento do acusado se houver, durante a investigação, elementos suficientes de autoria e materialidade, bem como a previsão de que, após ser condenado em primeira instância, o réu não poderá recorrer em liberdade, como regula:

Apenas a título de exemplificação, para não se pensar que se sugere o impossível, atualmente, nos EUA, a regra de se responder ao processo em liberdade passa a ser exceção quando se angariam, durante a investigação, elementos suficientes de autoria e materialidade capazes de sustentar a acusação. Nesse momento, em algumas hipóteses, poderá o juiz permitir ao réu responder ao processo em liberdade, sempre mediante o pagamento de uma fiança substancial (que dependerá da natureza do delito e do patrimônio do acusado). Contudo, caso o indivíduo seja condenado em

---

<sup>242</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 383 e 503.

primeira instância, apenas poderá recorrer preso, salvo raríssimas exceções<sup>243</sup>.

Marcelo Cunha de Araújo observa que, na prática processual penal, o princípio da presunção de não culpabilidade acaba sendo fato gerador de impunidade, na medida em que retarda a efetiva punição dos acusados: “Em realidade, o princípio apenas se presta a impossibilitar a punição a pessoas aptas a prolongar o processo pelo máximo tempo possível (normalmente os acusados ricos, com uma boa assessoria advocatícia)”<sup>244</sup>.

Em suma, pode-se dizer que o princípio da presunção de não culpabilidade está longe de constituir um direito fundamental absoluto, não só porque, como já se disse, na Ciência do Direito inexitem regras absolutas, como porque é perfeitamente possível restringir a liberdade do réu antes da sentença condenatória, para que possa prevalecer a segurança da coletividade.

E, com efeito, a Jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo inclina-se nesse sentido:

“(...) convém lembrar que as várias espécies de prisão processual em nada contrariam o disposto pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (**‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’**), diante do que estabelece o próprio inciso LXI, do mesmo dispositivo constitucional (**‘ninguém será preso senão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei’**). E, diga-se a bem da verdade, há uma significativa diferença entre o fato de **‘não ser considerado culpado’** e o de **‘ser considerado inocente’**.” (*Habeas Corpus* nº 0140253-87.2013.8.26.0000)<sup>245</sup>.

“Assim, o princípio da presunção de inocência não obsta a prisão processual. “Os direitos fundamentais estão necessariamente sujeitos a limites, ainda que de natureza e grau muito diversos. Não há liberdades absolutas; elas aparecem, pelo menos, limitadas pela necessidade de assegurar as liberdades dos outros” (Jorge Miranda, em *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*, pág. 174, Quartier Latim, São Paulo, 2006). Assim, a presunção de inocência, como os demais direitos – constitucionais ou não – deve ser harmonizada com o restante do

<sup>243</sup> ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *A presunção de inocência como geradora de impunidade*. Boletim do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 7, n. 89, p. 3, jul./ago. 2008.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>245</sup> Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 22 de novembro de 2013.

ordenamento jurídico, de modo a permitir a exata extensão de seu conteúdo. E o estudo sistemático do Processo Penal Constitucional conduz à possibilidade de prisão cautelar decretada por juiz ou em flagrante (artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal), sem mácula ao princípio da presunção de inocência. Aliás, há muito está afastada a tese da prisão cautelar violar o princípio da presunção da inocência, consoante tranquila orientação do Supremo Tribunal Federal: *“Ementa: Penal. Processual penal. Habeas corpus. Questão nova. Prisão preventiva. Fuga do réu. Presunção de inocência (cf, art. 5º, LVII). I. – Por conter questão nova, não apreciada pelo superior Tribunal de Justiça, o habeas corpus não pode ser conhecido, sob pena de supressão de instância. II – A fuga do réu do distrito da culpa, por si só, justifica o decreto de prisão preventiva. III – A presunção constitucional de não-culpabilidade não desautoriza as diversas espécies de prisão processual, prisões inscritas em lei para o fim de fazer cumprida a lei processual ou para fazer vingar a ação penal. IV – H.C. conhecido, em parte, e, nessa parte, indeferido”* (Habeas Corpus nº 81.468/SP – Relator Ministro CARLOS VELLOSO). Na mesma linha está o aresto proferido no Habeas Corpus n.º 1.010.218-3/6.” (Habeas Corpus nº 2056034-73.2014.8.26.0000)<sup>246</sup>.

### 3.4 A Impunidade

É sabido que os agrupamentos sociais não são organismos estáticos, estão sempre em movimento, dado que o ser humano está sempre insatisfeito, à procura de uma forma melhor de viver.

De outra parte, o Bem Comum não é usufruído equitativamente por todos, até porque não se descobriu a fórmula da organização social ideal. A desigualdade sempre existiu, sempre inquietou o espírito humano, que sempre perseguiu valores como a Igualdade, a Liberdade, em suma, a Justiça Social, como resultado da Fraternidade que deve reinar entre os seres humanos. Por isso, vão cambiando, com o passar do tempo, as concepções acerca da ordem jurídica ideal, na medida em que vão aflorando as imperfeições da organização social. A propósito, José Raul Gavião de Almeida esclarece que

Um interesse diz-se público, por ser maior em sua aderência à sociedade, quando é pontuado como fundamental a todos. Todavia, na matiz constitucional há interesses privados que têm nível de direito público, do que é exemplo a privacidade, direito restrito a um, mas de interesse social. A escala de importância, entre público e privado, com relação hierarquizada, tem variado, flutuando no curso da história em função mesmo das diversas

<sup>246</sup> Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 15 de abril de 2014.

valorações sobre diferentes concepções de mundo e de vida. Assim, o critério de classificação do direito, em público ou privado, que se tem assentado na natureza da relação jurídica, dá predominância a um destes interesses, sobre o que só a ordem constitucional pode dispor<sup>247</sup>.

Com efeito, o Estado, como já se disse anteriormente, é meio para a consecução do Bem Comum, que não pode ser alcançado sem a preservação mútua dos direitos de cada membro integrante da sociedade. Nesse contexto, José Carlos Ataliba Nogueira assim apresenta a finalidade do Estado:

(...) o seu fim é a segurança dos direitos individuais, da liberdade e conservação e aperfeiçoamento da vida social. É seu fundamento a natural necessidade de um organismo para as funções assecuratórias dos direitos individuais e conservadoras e aperfeiçoadoras dos interesses da vida coletiva<sup>248</sup>.

A palavra bem, em sentido amplo, é tudo aquilo que se nos representa como digno, útil, necessário e valioso. Os bens são, portanto, coisas reais ou objetos dotados de valor, ou seja, coisas materiais e objetos imateriais que além de serem o que são, valem<sup>249</sup>.

Assim, a ordem jurídica está direcionada para a proteção de determinados objetos, identificados como bens jurídicos, que representam tudo aquilo que o grupo social deseja, e que o Direito precisa e quer garantir contra lesões.

Francisco de Assis Toledo acrescenta:

Dentro desse quadro, se considerarmos que cada indivíduo leva consigo um sistema de preferências e desdêns, armado e pronto a disparar, contra ou a favor de cada coisa, uma bateria de simpatias e de repulsões, não será difícil compreender que, sem um conjunto de medidas aptas a proteger certos bens, indispensáveis à vida comunitária, seria impossível a manutenção da paz social<sup>250</sup>.

<sup>247</sup> ALMEIDA, José Raul Gavião de. *Anotações acerca do direito à privacidade*. In: MIRANDA, Jorge. *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 679.

<sup>248</sup> NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, pp. 148-149.

<sup>249</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 15.

<sup>250</sup> *Ibidem*, pp. 15-16.

A paz social, em última análise, depende do efetivo respeito ao pacto firmado por todos os membros da coletividade. O rompimento desse compromisso, pela prática de crimes - as mais graves violações ao pacto social - gera o rompimento do equilíbrio essencial para a sobrevivência da sociedade. E, com efeito:

Cada vez mais podemos dizer que o crime é um fenômeno social. Em regra, a sociedade gera seus próprios crimes em um lento processo de inadequação às suas próprias mutações. Hoje, um dos mais graves problemas sociais se encontra no crime organizado. Ao menos no Brasil, devemos agradecer a ditadura, pela existência do crime organizado. Este fato se explica facilmente, os grandes grupos criminosos surgem no final da década de 70 em nosso país e isto ocorre por uma simples razão, mistura traficantes, assassinos e outras espécies de criminosos com presos políticos. Quando foi feito isto no Brasil, o sistema deu cérebro a força bruta e a partir daí a história conta <sup>251</sup>.

Nos últimos anos, os brasileiros têm acompanhado pela mídia notícias sobre a ocorrência da mais variada gama de crimes graves, dolosos ou culposos, envolvendo tanto pessoas conhecidas, quanto pessoas comuns. Crescem, assustadoramente, o número de latrocínios, homicídios, roubos, tráfico de drogas, associação criminosa, paralelamente aos chamados crimes de trânsito, todos causadores de enormes transtornos à organização social e ao próprio erário público.

Preocupam a todos as invasões aos distritos policiais e às cadeias, para o fim de resgatar presos, e os danos ao patrimônio público e privado, promovidos por desordeiros.

Em decorrência desses episódios, a população se sente cada vez mais acuada e assombrada pelo fantasma da impunidade, que paira acima das Instituições e da própria ideia de Justiça.

Para Sergio Adorno,

Há no Brasil a sensação forte de que, independentemente de classe, riqueza ou poder, os crimes cresceram e se tornaram mais violentos, porém há impunidade. Nesses momentos as pessoas acham que a solução são leis mais severas e mais tempo de prisão. (...) O sentimento de impunidade

---

<sup>251</sup> SANTOS, Sandro Schmitz dos. *A impunidade como violação dos direitos humanos*. Boletim dos Procuradores da República. São Paulo. v. 5, n. 60, pp. 27-30, abr. 2003, p. 30.

gera descrença nas instituições democráticas encarregadas de aplicar a lei e a ordem, proteger os direitos civis dos cidadãos, consagrados na Constituição, em especial o direito à segurança<sup>252</sup>.

Assim, esse sentimento acaba sendo diretamente vinculado à completa ausência de respeito às regras de convívio social, notadas nas investidas criminosas, cada vez mais ousadas. Esse fenômeno produz vários efeitos indesejáveis, como por exemplo, a fragilização do sistema penal, o rompimento da isonomia constitucional em nível normativo, o aumento sistemático da violência e o descrédito da sociedade no sistema penal<sup>253</sup>.

Nesse sentido, Kai Ambos afirma que a impunidade, em sentido amplo, implica a ausência de persecução penal de condutas deletérias para o equilíbrio social que se enquadrem nas regras do Direito Penal<sup>254</sup>.

Virgílio Luiz Donnici acrescenta que

Quando uma estrutura social não funciona normalmente, quando há um rompimento do consenso entre cidadãos, com uma constante infringência às normas de direito afetando o controle social, ocorre o fenômeno da desorganização social e “suas causas estão na pobreza, na delinquência juvenil, na criminalidade, etc”<sup>255</sup>.

O Estado tem o dever de garantir o bem da coletividade, que, todavia, não pode ser alcançado sem a preservação dos direitos de todos os integrantes da própria sociedade.

Quando há violação dos mais relevantes e fundamentais direitos de um indivíduo por outro integrante do grupo social, o Estado pode e deve intervir.

O próprio Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, tido como o pai da humanização do Direito Penal, diz que

---

<sup>252</sup>ADORNO, Sergio. *A justiça da impunidade*. Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/2013/07/12/a-justica-da-impunidade/>. Acesso em 24/2/2014.

<sup>253</sup>SANTOS, Sandro Schmitz dos. *A impunidade como violação dos direitos humanos*. Boletim dos Procuradores da República. São Paulo. v. 5, n. 60, pp. 27-30, abr. 2003, p. 27.

<sup>254</sup>AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 35.

<sup>255</sup>DONNICI, Virgílio Luiz. *Brasil: um país invadido pela violência, pela impunidade e pelos abusos do poder econômico*. Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro, n. 33, pp. 171-189, jan./jun. 1982, p. 181.

Quando o soberano concede graça a um celerado, não se deveria dizer que sacrifica a segurança do povo a de um particular e que, por uma atitude de cega benevolência, pronuncia um decreto geral de impunidade? Que as leis sejam, portanto, inexoráveis, que sejam os seus executores inflexíveis (...)<sup>256</sup>.

Entretanto, muitas vezes, as sanções previstas na legislação são insuficientes, falhas, ou meramente simbólicas, de maneira que surge no infrator a fundada expectativa de que o seu ato de violação ao direito do próximo não será punido, ou, caso seja, será de forma tão branda que nem sentirá os efeitos da sanção penal.

No ordenamento jurídico brasileiro existem inúmeras formas de beneficiar os acusados do cometimento de crimes, desde a liberdade provisória até o indulto pleno, passando pela progressão de regime prisional, pelas saídas temporárias, pela detração etc., institutos que acabam desmoralizando e, até mesmo, tornando letra morta a decisão condenatória transitada em julgado que desfavoreceu o delinquente.

Rubens Rodrigues vai além:

Levando-se em conta que qualquer que seja o benefício tem ele a finalidade de amenizar a forma de cumprimento da pena, ou até mesmo de facilitar a vida de um indivíduo que ainda esteja sendo processado, o certo é que mesmo que seja criteriosamente aplicado, dá ao já condenado, ou até ao suposto delinqüente a sensação de impunidade. Essa sensação é muito maior na sociedade, que passa a desconfiar se a lei é falha (...)<sup>257</sup>.

A respeito dessa questão, já o Marquês de Beccaria havia refletido:

A perspectiva de um castigo moderado, porém inflexível, provocará sempre a impressão mais forte do que o vago temor de um suplício horrendo, em relação ao qual aparece alguma esperança de impunidade<sup>258</sup>.

<sup>256</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. p. 65. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acesso em 13/2/2014.

<sup>257</sup> RODRIGUES, Rubens. *A impunidade: sua avaliação criminológica*. A força policial: órgão de informação e doutrina da instituição policial militar. São Paulo, v. 37, n. 37, pp. 37-39, jan./mar. 2003, p. 17.

<sup>258</sup> BECCARIA, Cesare. *Op. cit.* p. 113. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acesso em 13/2/2014.

Assim, é até despiciendo destacar que a impunidade incentiva e contribui muito para o crescimento vertiginoso da criminalidade e para a descrença generalizada no Estado, nas suas Instituições e nas próprias pessoas encarregadas de zelar pela ordem social.

### 3.5 A Proteção de Cada Membro do Grupo Social

O exercício da equivalência entre os valores é o que há de mais difícil na tarefa de se fazer Justiça. Essa atividade prática de se estabelecer a preponderância desse ou daquele valor constitui o que se chama de retribuição justa<sup>259</sup>.

Goffredo Telles Junior faz a distinção entre as duas espécies de justo: o justo por convenção e o justo por natureza. Segundo ele, o justo por convenção é justo por ser conforme a lei positiva, ou seja, é justo porque assim se convencionou. O justo por natureza, por seu turno, é aquilo que é justo por ser conforme a própria natureza das coisas.

Diante disto, Goffredo ensina que:

Em favor da vida normal e pacífica da sociedade, necessário é convencionar, para muitas circunstâncias, o que deve ser considerado como justo. Esta é uma contingência de que os homens não se podem livrar. Fora dela, impossível seria a convivência. Ela é condição da sociedade humana. (...) Não é sempre fácil a prática da justiça. A prática da justiça convencional é a mais simples. Mas melindrosa é a situação de quem é chamado a lidar com os imponderáveis mistérios da alma, e a dar a cada um o que é seu, segundo a verdadeira natureza das coisas<sup>260</sup>.

Nesse sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu:

---

<sup>259</sup> TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Filosofia do Direito*. Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1967, p. 517.

<sup>260</sup> *Ibidem*, pp. 517-518.

“(...) No mais, independentemente de estar errado, teoricamente, aplicar o privilégio do artigo 155, parágrafo 2º, do Código Penal ao furto qualificado, percebe-se que o Juiz sentenciante agiu conscientemente, não deixando a sociedade sem resposta, mas procurando castigar **VICTOR HUGO** com moderação, tanto que acabou, ainda, como a Lei também lhe possibilitava, reduzindo a pena já mitigada por conta da semi-imputabilidade do infrator (laudo psiquiátrico de fls. 14/16 do apenso). Assim sendo, melhor será manter a sentença vergastada, que - se não é perfeita - guarda, ao menos, inteira coerência com o entendimento de que não há Justiça sem Caridade” (Apelação Criminal nº 0026228-41.2011.8.26.0482)<sup>261</sup>.

Para a concretização do justo e a realização da Justiça, é necessário, antes de tudo, conhecer e sopesar as regras convencionadas para a existência harmônica e pacífica do grupo social. Aqui precisam ser lembradas as considerações que Raul Renato Cardozo de Mello Tucunduva fez à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no já longínquo mês de março de 1935, na defesa de sua tese intitulada “Dos Juizes e da Hereditariedade”, quando ali disputou a cátedra de Direito Judiciário Civil:

“Para que um juiz applique a lei a um facto, precisa elle de conhecel-a, bem como a occorrença.  
Para saber a lei, necessita o juiz de não lhe ignorar a letra, bem como de sondar-lhe o espirito.  
Não lhe ignorar a letra é facil; sondar-lhe o espirito, entretanto, é tarefa assás difficil.  
Si não é simples saber-se, as mais das vezes, o que uma lei disse, avalie-se, então, o que não será o indagar-se o que ella pretendeu dizer...”<sup>262</sup>.

Aliás, a propósito dessa necessidade de criação de normas e de limites para a existência pacífica da sociedade, Jean-Jacques Rousseau apontou o pacto social como sendo o instrumento de autopreservação dos integrantes da coletividade, e qual seria a melhor forma de aplicá-lo.

Segundo Rousseau,

<sup>261</sup> Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 26 de agosto de 2014.

<sup>262</sup> TUCUNDUVA, Raul Renato Cardozo de Mello. *Dos Juizes e da Hereditariedade*. Defesa de tese proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em março de 1935.

O problema é encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda força comum a pessoa e os bens de cada associado e em que cada qual, embora se una ao todo, possa obedecer apenas a si mesmo e continuar tão livre quanto antes. (...) De imediato, em lugar da personalidade individual de cada parte contratante, esse ato de associação cria um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos forem os votantes da assembléia, que recebe desse ato sua unidade, sua identidade comum, sua vida e sua vontade<sup>263</sup>.

O surgimento do Estado, aliado ao estabelecimento dessas normas pelos membros do grupo, implica, necessariamente, na abdicação de liberdades individuais em prol da manutenção da paz e do bem estar social.

Nesse mesmo sentido, Thomas Hobbes acrescenta que

Renunciar ao direito a alguma coisa é privar-se da liberdade de impedir outro de beneficiar-se de seu próprio direito à mesma coisa. Porque aquele que renuncia ou abandona seu direito não dá a outro homem um direito que ele não tivesse antes; porque não há nada a que um homem não tenha direito por natureza; mas apenas sai de seu caminho para que ele possa desfrutar de seu direito original, sem impedimento de sua parte, mas não sem impedimento de outros. De modo que o efeito que redundava para um homem da renúncia de outro a seu direito nada mais é que uma diminuição dos impedimentos ao uso de seu próprio direito original<sup>264</sup>.

Mas, no fundo, talvez esse altruísmo seja apenas aparente. Muitas vezes, quando um homem transfere um direito a alguém ou a ele renuncia, tem em vista alcançar algo de bom para si mesmo.

Sobre as decisões de cada membro do grupo social, José Carlos Ataliba Nogueira diz que

O indivíduo, igual em direitos a todos os mais, tem a sua independência coarctada exclusivamente pelos direitos dos seus semelhantes. Sua liberdade só encontra limites na igual liberdade dos demais. (...) Use o indivíduo de sua liberdade para o bem ou para o mal, pouco importa ao estado, cuja missão é garantir-lhe o exercício dela. Contanto que todos

---

<sup>263</sup> MORRIS, Clarence (Org). *Os Grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 216-217.

<sup>264</sup> *Ibidem*, pp. 106-107.

gozem da sua liberdade, sem ofender igual direito de outrem, não entra o estado na apreciação do modo por que é exercido tal direito<sup>265</sup>.

Então, o motivo e o fim pelo qual se opera essa renúncia e consequente transferência de direitos é a segurança de cada um, envolvendo sua própria vida e os meios de preservá-la.

Para José Carlos de Ataliba Nogueira,

É o estado a união de famílias, cooperando para o bem estar temporal comum, sob o mesmo supremo poder. (...) Não se exaure na família a necessidade social do homem, porque ela é impotente diante da humana fragilidade, contra as paixões, as discórdias, o egoísmo, que pedem a existência do estado como poder assegurador, ordenador e pacificador. Assim, considerando que nem a iniciativa individual, nem a iniciativa familiar são suficientes à satisfação de tôdas as necessidades humanas, impõe-se a cooperação de todos, por meio de princípio unitivo, que é o poder comum, que coordena e dirige as energias esparsas para o fim preestabelecido, fim êste que faz do estado também fator da prosperidade comum<sup>266</sup>.

Em todos os grupos, a norma legal constitui a espinha dorsal da ordem interna. Esse é o suporte mais forte da sua organização.

Para Eugen Ehrlich,

(...) aquele que tem necessidade do suporte do círculo ao qual pertence — e quem não tem? — age de forma sábia se se ajusta, pelo menos de maneira geral, às suas normas. Aquele que se recusa... irá pouco a pouco ser abandonado, evitado, excluído... (...) Se a lei não tivesse sanção, ou para expressar de forma precisa, não tivesse a coerção efetuada pela pena e pela execução compulsória, seria, de fato, como Jhering pensa, apenas um fogo que não queima?<sup>267</sup>

<sup>265</sup> NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 89.

<sup>266</sup> *Ibidem*, pp. 87-88.

<sup>267</sup> MORRIS, Clarence (Org). *Os Grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 453-454.

A propósito, segundo Édson Luís Baldan,

O cidadão deve atuar, simultaneamente, como autor e como destinatário da norma. Nisso a autonomia pública conjuga-se à autonomia privada, cada qual como parte da autonomia comunicativa na compreensão comunicativa da coordenação de ações<sup>268</sup>.

Da vida social de cada indivíduo decorrem efeitos que interessam aos demais componentes da sociedade. O bom convívio social está condicionado a esse *modus vivendi* individual e, portanto, é essencial que haja respeito mútuo às regras de convivência estabelecidas e aos direitos dos demais membros da coletividade.

Goffredo Telles Junior adverte que em todo grupo social há duas espécies de normas: as de garantia e as de aperfeiçoamento. As primeiras visam conferir ao grupo social a forma condizente com a sua razão de ser. Como exemplos de normas de garantia, Goffredo indica as normas do Código Civil, as de um estatuto de uma sociedade anônima, as de um pacto antenupcial.

Prosseguindo, Goffredo diz que as segundas - as normas de aperfeiçoamento - são as que visam aprimorar a comunhão humana de um grupo social, grupo este já ordenado pelas normas de garantia. Como exemplos desse tipo de normas, Goffredo cita as seguintes: “Amarás teu próximo como um sêr igual a ti”, ‘Praticarás a caridade’, ‘Pedestre! Conserve a direita’<sup>269</sup>.

De capital importância são as observações que Goffredo faz, a seguir:

---

<sup>268</sup> BALDAN, Édson Luís. *Intertipicidade penal*. 2007. 358 f. Tese de Doutorado em Direito Penal – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 317. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp060018.pdf>>. Acesso em: 3/8/2014.

<sup>269</sup> TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Filosofia do Direito*. Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1967, p. 424.

É claro que a obediência às normas de aperfeiçoamento não é essencial à preservação da sociedade. O grupo social não deixará de existir só pelo fato de não serem tais normas seguidas<sup>270</sup>.

Em seguida, Goffredo Telles Junior conclui:

(...) o que devemos assinalar, com o máximo destaque, é que a violação sistemática das normas de garantia acarretaria a decomposição e o aniquilamento do grupo social. Ora, a sociedade é um bem intermediário necessário a todos os homens. Não podem, pois, os homens concordar com a sua destruição<sup>271</sup>.

Goffredo Telles Junior ensina, também, que as normas de garantia possuem uma singular característica, denominada atributividade, que é assim definida:

*Atributividade* é a QUALIDADE, INERENTE À NORMA DE GARANTIA, DE ATRIBUIR, A QUEM SERIA LESADO PELA VIOLAÇÃO DESSA NORMA, A FACULDADE DE EXIGIR DO VIOLADOR, POR MEIO DO PODER PÚBLICO, O CUMPRIMENTO DELA, OU A REPARAÇÃO DO MAL SOFRIDO. (...) Da eficácia dessa ordenação no meio social, decorre a *ordem jurídica*<sup>272</sup>.

Pois bem, é certo que as leis penais constituem uma das espécies de normas de garantia. Todavia, só o Direito Penal, isoladamente, não poderá resolver o problema da criminalidade, que, sabidamente, possui múltiplas e complexas causas, de maneira a exigir providências por parte do governo, em várias áreas de atuação, especialmente nas da Educação e da Saúde:

---

<sup>270</sup> TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Filosofia do Direito*. Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1967, p. 424.

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 424.

<sup>272</sup> *Ibidem*, pp. 424-426.

Não é ignorado que somente o Direito Penal, atuando de modo isolado, não é instrumento capaz de reduzir a criminalidade, resultados de complexas e múltiplas causas. De há muito se abandonou a ideia de que só o Direito Penal, somente ele, seria suficiente para impedir a prática de infrações. Francisco de Assis Toledo, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, já havia dito que é um equívoco do leigo “supor que a luta contra a criminalidade é uma missão exclusiva do Direito Penal, enfatizando que o “complexo fenômeno do delito deve ser objeto de muitas regras a nível de Governo, com áreas bem definidas de atuação e disponibilidade de recursos materiais”<sup>273</sup>.

Além disso, é preciso ter em mente ser indispensável que os Três Poderes, conjuntamente, encetem providências no sentido de possibilitar que a resposta penal seja mais rápida e mais eficiente, para que a sensação de impunidade que atormenta a todos vá, paulatinamente, diminuindo.

Essa tarefa, contudo, não é fácil de ser cumprida. Damásio Evangelista de Jesus, a propósito, diz que

A astúcia audaciosa e métodos usados pelos delinquentes adultos para amedrontar a pacífica e desarmada população e o inacreditável número de crimes cometidos todos os dias por adolescentes retratam uma guerra civil. Há milhares de vítimas diariamente produzidas por essa revolução interna. A perspectiva é preocupante<sup>274</sup>.

Nos outros países, a situação não é diferente. Aumentam o número de crimes de todas as espécies e toma corpo a criminalidade organizada. A atuação dos criminosos, especialmente nos maiores centros urbanos, impressiona. Pode-se dizer que um novo grupo social está se formando, em todas as partes do mundo: a casta dos criminosos<sup>275</sup>.

Prosseguindo o seu raciocínio, Damásio Evangelista de Jesus afirma que

---

<sup>273</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Justiça e criminalidade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 2, n. 5, pp. 77-85, jan./mar. 1994, p. 85.

<sup>274</sup> Ibidem, p. 79.

<sup>275</sup> Ibidem, p. 79.

O crime se torna uma profissão lucrativa (...). Nós vemos um campo de batalha: de um lado, os delinquentes armados e organizados, usando armas de alto potencial ofensivo, obtidas por contrabando, atuando ostensivamente com astúcia e insolência; de outro lado, a população ordeira, inofensiva, despreparada e sem armas, lembrando-nos da fábula do lobo e do cordeiro. Em meio a isso, está o Poder Público, incapaz de reprimir ou cessar a violência<sup>276</sup>.

Damásio Evangelista de Jesus aponta a descrença na Justiça como uma das causas que incrementam a criminalidade. Dentre outros fatores que alimentam esse descrédito popular, cita os seguintes: a multiplicidade de leis definindo a mesma conduta criminosa; o fato de as penas de multa não serem pagas; a falta de fiscalização da execução das penas restritivas de direitos, do cumprimento das condições do *sursis* e do livramento condicional; os institutos da prescrição retroativa, da fiança, da liberdade provisória, da possibilidade de recorrer em liberdade; as más condições dos estabelecimentos prisionais; a lentidão dos processos<sup>277</sup>.

### 3.6 A responsabilidade de cada indivíduo para a manutenção do equilíbrio social

A construção de uma sociedade justa não pode prescindir do envolvimento de cada componente do grupo social com a comunidade, de forma que o próprio grupo precisa encontrar uma forma de inculcar em cada um dos seus membros a preocupação com o todo, em busca do Bem Comum. A isto - o afastar das noções puramente individualistas -, chamamos cultivar a virtude cívica<sup>278</sup>.

É esta, também a proposta de John Rawls:

<sup>276</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Justiça e criminalidade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 2, n. 5, pp. 77-85, jan./mar. 1994, p. 79.

<sup>277</sup> Ibidem, pp. 79-85.

<sup>278</sup> SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 325.

Pessoas razoáveis — é isto que estamos dizendo — não são motivadas pelo bem comum como tal, e sim desejam, como um fim em si mesmo, um mundo social em que elas, na condição de pessoas livres e iguais, possam cooperar com todos os demais em termos que todos possam aceitar. Elas insistem em que a reciprocidade prevaleça nesse mundo, de modo que cada pessoa se beneficie juntamente com as demais. Em contraste, as pessoas não são razoáveis nesse mesmo aspecto mais básico quando planejam envolver-se em esquemas cooperativos, mas não estão dispostas a honrar, nem mesmo a propor, exceto como um expediente necessário de simulação pública, quaisquer princípios ou critérios gerais que especifiquem termos equitativos de cooperação. São aquelas que estão sempre prontas a violar esses termos de cooperação, quando as circunstâncias o permitem, segundo as próprias conveniências<sup>279</sup>.

Esse esforço, todavia, é corrompido pela ação dos criminosos, que pensam e agem sempre de acordo com as suas próprias conveniências. Stanton Samenow explica que todos os seres normais gostam que as coisas sejam como desejam, mas desde cedo se aprende que não há controle absoluto senão sobre as nossas próprias ações. Quanto à incapacidade do criminoso de compreender essa dinâmica e de colocar-se no lugar do próximo, ele afirma que

Essa incapacidade é uma das características da mente criminosa, mas o que resulta no cometimento do delito é um conjunto delas. Em primeiro lugar, o criminoso se enxerga como alguém com um poder total sobre os outros<sup>280</sup>.

Damásio Evangelista de Jesus complementa:

O criminoso sempre acha que seu crime não será descoberto; se for, supõe que não será condenado; se condenado, tentará evitar o cumprimento da pena, procurando os benefícios da legislação<sup>281</sup>.

<sup>279</sup> RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 59.

<sup>280</sup> SAMENOW, Stanton. *Como pensam os criminosos*. Revista Veja, São Paulo: Editora Abril, pp. 22-23, 6 de novembro de 2013.

<sup>281</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Justiça e criminalidade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 2, n. 5, pp. 77-85, jan./mar. 1994, p. 84.

O que se tem observado é que a maioria dos criminosos potenciais não deixa de levar a cabo os seus intentos ilícitos ou de dar vasão a seus impulsos, diante da simples previsão legal da pena.

Francisco de Assis Toledo acrescenta:

Não menos provável, porém, é que bom número deles deixe de concretizar o projeto criminoso, ou se iniba, diante de um guarda ou do policiamento ostensivo em local próximo ao daquele em que seria cometido o crime, o que, segundo assinalamos, não deixa de ser consequência da previsão legal da pena.

Se, de um lado, não se deve generalizar a eficácia do caráter intimidativo-pedagógico da pena, pela simples existência da cominação legal, de outro, parece-nos igualmente irrealístico deixar de admitir que a prevenção geral do crime, por meio da elaboração dos tipos e da cominação das penas, é algo, do ponto de vista do Estado e do indivíduo, bem mais concreto do que meros artigos de lei colocados sobre o papel<sup>282</sup>.

Seja como for, é certo que o criminoso faz pouco caso dos limites e dos deveres que a Lei estabelece para ele, como componente do grupo social.

Quanto a esses deveres que todos os integrantes da sociedade possuem, Ingo Wolfgang Sarlet afirma:

Os *deveres* fundamentais — como já referido — guardam íntima (embora não exclusiva) vinculação com a assim designada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Com efeito, já foi assentado que os direitos fundamentais, além de dizerem respeito à tutela e promoção da pessoa na sua individualidade, considerada como titular de direitos, representam valores da comunidade no seu conjunto, valores estes que o Estado e a sociedade devem respeitar, proteger e promover. É neste sentido que não se deveria esquecer que direitos (fundamentais ou não) não podem ter uma existência pautada pela desconsideração recíproca. Não é à toa que a máxima de que direitos não podem existir sem deveres segue atual e mais do que nunca exige ser levada a sério, ainda mais quando na atual CF houve menção expressa, juntamente com os direitos, a deveres fundamentais, como dá conta o art. 5º, *caput*, ao se referir aos direitos e deveres individuais e coletivos, isto sem levar em conta outras referências diretas a deveres ao longo do texto constitucional<sup>283</sup>.

---

<sup>282</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 4-5.

<sup>283</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 227.

Ingo Wolfgang Sarlet ainda diz que a arguição e proteção, tanto de direitos quanto dos deveres fundamentais, implica em um empenho solidário e de responsabilidade social no exercício da liberdade individual. Essas circunstâncias levam à existência de deveres de respeito entre as pessoas, justificando, inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais, quando alguém descumprir o contrato social<sup>284</sup>.

Essa ideia é complementada por José Raul Gavião de Almeida, quando afirma que os direitos fundamentais do indivíduo não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos interesses privados, mas também, do ponto de vista da coletividade:

Os direitos fundamentais do indivíduo, como a liberdade de locomoção e a privacidade, têm tamanho relevo para a própria sociedade, pois permite considerá-los como integrantes do próprio direito público, afastando, assim, a idéia simplista de superioridade deste último interesse. Ou seja, *“os direitos privados não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins a que esta propõe”*<sup>285</sup>.

Por isso mesmo é que os órgãos estatais encarregados de manter a ordem pública - Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e Administração dos Presídios - não podem tergiversar no trato com os criminosos, nem ignorar os anseios da população honesta e trabalhadora, que pretende vê-los impedidos de continuar esgarçando o tecido social impunemente, sob a pretensa proteção de direitos fundamentais, que, na verdade, a eles não podem ser aplicados, uma vez que deixaram de cumprir os seus deveres fundamentais.

É assim que tem entendido o Tribunal de Justiça de São Paulo:

*“(...) todos sabem que os interesses sociais são, no mínimo, tão importantes quanto os interesses individuais e, sem dúvida, incumbe aos órgãos de segurança pública em sentido lato - Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e Administração dos Presídios - zelar pela segurança de todos,*

<sup>284</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 228.

<sup>285</sup> ALMEIDA, José Raul Gavião de. *Anotações acerca do direito à privacidade*. In: MIRANDA, Jorge. *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp 680-681.

ainda que isto implique no desconforto de um só, aquele mesmo que, por desrespeitar as regras de convivência, foi processado criminalmente e a quem, ao final, acabou sendo aplicada medida de segurança detentiva. Em suma, não há constrangimento ilegal para ser reparado, posto que o princípio constitucional da dignidade humana, se protege o infrator, o que é discutível, também tem que proteger todos os outros componentes da sociedade, um a um” (*Habeas Corpus* nº 2037707-17.2013.8.26.0000)<sup>286</sup>.

E, realmente, o Estado deve responder de forma coerente e proporcional ao desrespeito às normas estabelecidas para o bom convívio social.

Na verdade, soa de forma estranha e incongruente a preocupação quase que exclusiva de alguns estudiosos com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais dos criminosos, que, ao praticarem delitos, não respeitam a condição existencial do seu semelhante, como se uma convivência social equilibrada pudesse ser desenvolvida numa via de mão única. Ao contrário, a vida em sociedade tem que se desenrolar numa via de mão dupla, e o sonhado equilíbrio social decorre, necessariamente, do peso correto que se atribua aos direitos e às obrigações de cada membro da sociedade, nos exatos termos da vetusta advertência do Direito Romano, no sentido de que JUS ET OBLIGATIO CORRELATA SUNT.

---

<sup>286</sup> Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 12 de fevereiro de 2014.

## CONCLUSÕES

1. A dignidade humana e o bem-estar de todos e de cada um dos componentes da sociedade são valores imperativos para que exista Justiça social.

2. A ordem jurídica, concretizada pela realização do Direito, não permite, e nem poderia permitir, priorizar os interesses individuais - menos, ainda, os daqueles que infringem as normas de garantia, especialmente a Lei Penal -, em detrimento dos interesses coletivos, por certo tão importantes quanto aqueles. Esta verdade (ou, melhor, esta obviedade), não pode ser esquecida, sob pena de se ferir de morte o próprio organismo social, que não tem como resistir aos ataques sistemáticos ao ordenamento jurídico que regula as relações da sociedade, uma vez que a repetida violação das normas de garantia esgarça o tecido social.

3. Paralelamente aos direitos fundamentais, há os deveres fundamentais, segundo estabelece a Constituição da República, em consonância com o velho axioma *jus et obligatio correlata sunt*. E, efetivamente, direitos não podem existir sem que existam deveres.

4. O direito à segurança, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, é um direito social e, também, um direito fundamental.

5. Quando há violação dos mais relevantes e fundamentais direitos de um indivíduo por outro integrante do grupo social, o Estado pode e deve intervir. Essa intervenção implica, necessariamente, na compatibilização da liberdade individual e dos direitos fundamentais do violador com a manutenção da paz e do bem estar social.

6. O princípio da Dignidade Humana, fundamento da República, não proíbe, não permite, e nem, tampouco, exige algo em termos de “tudo ou nada”, como as regras. Sendo um princípio, sua função é indicar a direção a ser tomada, que vai ser, ao final, estabelecida exatamente pela regra.

7. A harmonização dos direitos fundamentais tem por objetivo compatibilizar os direitos individuais e o bem coletivo. *Ipsa facto*, é legítima, por exemplo, a

intervenção estatal que harmoniza o direito fundamental contido no princípio da presunção de não culpabilidade com a decretação da prisão provisória, cujo escopo é garantir a segurança da coletividade - também um direito fundamental -, que prevalece sobre o direito de liberdade de um indivíduo. Aliás, o que caracteriza o Direito é ser concebido para a prática.

8. Tal harmonização não implica em desrespeito a direitos constitucionais e nem, muito menos, pode ser tachada de medida incompatível com o Estado Democrático de Direito, simplesmente porque não existe direito subjetivo contra direito objetivo.

9. O princípio da Dignidade Humana, numa perspectiva ampla de isonomia, se socorre aquele que viola a Lei Penal, tem que socorrer cada um dos ofendidos por essa violação, sob pena de comprometimento da manutenção do equilíbrio social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sergio. *A justiça da impunidade*. Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/2013/07/12/a-justica-da-impunidade/>. Acesso em 24/2/2014.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALMEIDA, José Raul Gavião de. *Anotações acerca do direito à privacidade*. In MIRANDA, Jorge. *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira*. Revista Liberdades, São Paulo, n. 4, mai./ago., 2010.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *A presunção de inocência como geradora de impunidade*. Boletim do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 7, n. 89, jul./ago. 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BALDAN, Édson Luís. *Intertipicidade penal*. 2007. 358 f. Tese de Doutorado em Direito Penal – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp060018.pdf>>. Acesso em: 3/8/2014.

BARBOSA, Raimundo Pascoal. *Criminalidade violenta e culpabilidade*. Revista Juízes para a Democracia, São Paulo, v. 5, n. 16, jan./fev. 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. p. 65. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf> . Acesso em 13/2/2014.

BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BIEREENBACH, Maria Ignês de Souza. *Reflexões sobre a pena de morte*. São Paulo: Cortez Editora, 1993.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_, Norberto. *Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política*. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1995.

\_\_\_\_\_, Norberto. *O filósofo e a política: antologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Caloust Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo, Saraiva: 2013.

CONCEIÇÃO, David A. *Punição para estupradores*. Disponível em: <http://www.tradicaoemfococomroma.com/2012/05/punicao-para-estupradores.html>. Acesso em: 20/08/2014.

Constituição do Império de 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em 09/03/2014.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf). Acesso em: 09/03/2014.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/mulheres.htm>. Acesso em: 11/07/2014.

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm). Acesso em: 09/03/2014.

DONNICI, Virgílio Luiz. *Brasil: um país invadido pela violência, pela impunidade e pelos abusos do poder econômico*. Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro, n. 33, jan./jun. 1982.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Massachusetts: Harvard, 2011.

\_\_\_\_\_, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Bloomsbury, 2013.

FACHIN, Zulmar *et alli*. *Direitos fundamentais e cidadania*. São Paulo: Método, 2008.

FELIPPE, Kenarik Boiujikian (Org.). *Direitos Humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Método Editoração e Editora, 2001.

FERNANDÉZ GARCÍA, Eusébio. *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita: cuadernos Bartolomé de las Casas 21*. Madrid: Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*. Roma, Laterza, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Ética — Ética empírica. Ética de bienes. Ética formal. Ética valorativa*. 3. ed. México: Porrúa, 1953.

GOUGES, Olympe de. *Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã*. Funchal: Editora Nova Delphi, 2011.

GUARIGLIA, Osvaldo. *Una ética para el siglo XXI — Ética y derechos humanos em um tiempo posmetafísico*. 2. reimp. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2006.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Justiça e criminalidade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 2, n. 5, jan./mar. 1994.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Portugal: Porto, 1995.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa, Fundação Calouste Gulberkian, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de História do Direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2013.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. 1. vol. Torino: Editrice Torinese, 1931.

MENDES, Antônio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros Editora, 1994.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORRIS, Clarence (Org). *Os Grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PAIM, Antonio. *A problemática do culturalismo*. Porto Alegre: Edipucrs, 1995.

PANSIER, Frédéric-Jérôme. *La peine et le droit*. Paris: Presses universitaires de France, 1994.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PISSARA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento. *Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007.

PORTO, Roberto. *Crime organizado e sistema prisional*. São Paulo: Atlas, 2007.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Rubens. *A impunidade: sua avaliação criminológica*. A força policial: órgão de informação e doutrina da instituição policial militar. São Paulo, v. 37, n. 37, jan./mar. 2003.

ROSA, Dênerson Dias. *Presunção de Inocência em relação a Débitos Fiscais*. Disponível em : [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3466](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3466), acesso em 09/03/2014.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Criminalidade e violência global*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ROSS, Alf. *Directives and Norms*. London: Routledge & Kegan Paul, 1968.

RUSS, Jacqueline. *Pensamento ético contemporâneo*. São Paulo: Paulus, 1999.

SAMENOW, Stanton. *Como pensam os criminosos*. São Paulo: Revista Veja. São Paulo: Editora Abril, 6 de novembro de 2013.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Mario Ferreida dos. *Filosofia concreta dos valores*. São Paulo: Loos, 1985.

SANTOS, Sandro Schmitz dos. *A impunidade como violação dos direitos humanos*. Boletim dos Procuradores da República. São Paulo. v. 5, n. 60, abr. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista*. Petrópolis: KBR Editora Digital, 2011.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

\_\_\_\_\_, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Márcio Bolda da. *Rosto e alteridade*. São Paulo: Paulus, 1995.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Criminalidade e direitos humanos*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 36, dez./abr. 2002/2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Filosofia do Direito*. Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1967.

\_\_\_\_\_, Goffredo. *Filosofia do Direito*. Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1967.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TUCUNDUVA, Raul Renato Cardozo de Mello. *Dos Juizes e da Hereditariedade*. Defesa de tese proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em março de 1935.

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. *História Geral e do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Scipione, 2010.

VILLEY, Michel. *La Nature et la Loi*. Paris: Les éditions du Cerf, 2014.

VIGO, Rodolfo Luis. *Perspectivas iusfilosóficas contemporâneas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012.