

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

HERTHA URQUIZA BARACHO

RENATA ALMEIDA DA COSTA

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Thiago Allisson Cardoso de Jesus; Hertha Urquiza Baracho; Renata Almeida da Costa.–
Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-525-

6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade Federal do Maranhão -
UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
[www.portais.ufma.br/PortalUfma/
index.jsf](http://www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf)

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Ambiência de riscos, incertezas e paradoxos, a contemporaneidade brasileira é marcada pela efervescência de diversos paradigmas e teorias, influências notáveis para as políticas criminais, (re)dimensionadas a partir de interesses e racionalidades, alguns declarados e outros implícitos, que se desdobram na forma como o Estado, estrutura-estruturante, lida com os problemas penais aqui experimentados, compatibilizando-se com os preceitos constitucionais e de base garantista-humanitária.

Nessa senda, afigura-se a presente obra coletiva como instrumento fecundo para publicização de pesquisas científicas, reunindo os artigos submetidos e aprovados ao Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II para apresentação no XXVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado no período de 15 a 17 de novembro de 2017, na linda Ilha de São Luís, no Estado do Maranhão, com esmero organizado a partir da cooperação entre a Universidade Federal do Maranhão e a Universidade Ceuma, com o tema "Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça".

Na pauta, a dogmática jurídica-penal, as necessárias reflexões zetéticas bem como a reflexividade garantista para (re)pensar institutos, discutir tendências, analisar o processamento criminal como expressão da mão forte do Estado e discutir (in) compatibilidades com a Constituição nessas quase três décadas de construção permanente de um dito Estado Democrático de Direito para o Brasil, marcado por históricas desigualdades sociais, estruturais e veladas.

Nesse sentido, as discussões, no viés do gênero, acerca do direito ao próprio corpo e a tutela penal do aborto; os paradigmas penais e o instituto visionário da Criminal Compliance; a relevância do planejamento familiar como instrumento de prevenção às práticas abortivas; as análises acerca dos descompassos na efetivação de um Direito Penal Juvenil no que refere-se à instrumentalização cível na fase recursal a partir de pesquisas empíricas realizadas; as contextualmente situadas reflexões acerca da força normativa da Constituição e o arcabouço jurídico-fundamental como centro (e núcleo irradiante) do Ordenamento Jurídico Penal bem como o contributo da obra de Vives Antón para as novas percepções (e concepções) sobre a conduta humana, aplicando-se as diversas expressões das ciências penais corroboraram, indubitavelmente, com a diversidade e profundidade dos temas – e dilemas – aqui tão bem enfrentado.

Por conseguinte, as necessárias inferências acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal na mitigação do Estado de Inocência, considerando sua historicidade e o núcleo essencial da garantia fundamental em comento; a (in)efetividade da tutela penal ante os discursos do ódio; as questões controvertidas acerca da audiência de custódia no Brasil; a negação ontológica e as incompatibilidades constitucionais a partir da teoria e adoção do Direito Penal do Inimigo; os descompassos entre a teoria de Luigi Ferrajolli e a lógica perversa da colaboração premiada no processo penal brasileiro; e as considerações a respeito da dignidade humana a partir de Ronald Dworkin para o contexto do Direito Penal fomentaram as discussões de uma tarde tão fecunda da reunião desse Grupo de Trabalho.

Ademais, contributos sobre as nuances do plágio como ofensa ao direito moral do autor, cuja proposta de descriminalização é analisada sob a luz dos princípios da intervenção mínima e da adequação social; as análises acerca da aplicabilidade da Teoria das Janelas Quebradas como um meio para o controle da criminalidade no Brasil; e as discussões sobre os ciberataques na atualidade e os limites do poder punitivo na tipificação de crimes informáticos.

Em suspense, também, questões sobre a Criminologia Cultural e as concepções relacionais entre crime e cultura na dicotomia da teoria do consenso e do conflito; a (in)visibilidade do cárcere feminino; os efeitos do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional para o caso brasileiro a partir da ADPF 347.

Reunindo pesquisadores por excelência, vinculados às diversas Instituições de Ensino Superior - públicas e privadas, nacionais e estrangeiras; a presente obra que ora apresentamos demonstra a qualidade da pesquisa jurídica no Brasil bem como a audácia, o rigor científico e a vivacidade de seus autores em enfrentar temas necessárias para compreender, reflexivamente, os tempos atuais.

De fato, pesquisar exige cuidados, sobretudo quando a pesquisa chega ao seu ápice! É nesse momento, então, que precisamos deixá-la ir, sem apegos e sem vaidades, inserindo-a no mundo concreto, real, carente de discussões, no qual a Academia, por meio de lutas e resistências, cumprirá o seu desiderato!

Avante!

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus (Universidade Ceuma/ UEMA/ PGCCrim-PUCRS)

Profª.Dra. Hertha Urquiza Baracho (UNIPÊ)

Profª Dra. Renata Almeida da Costa (UNILASSALLE)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA DIGNIDADE HUMANA A PARTIR DE RONALD DWORKIN NO CONTEXTO DO DIREITO PENAL: A EXPLICITAÇÃO DA INEFICIÊNCIA DO SISTEMA PENAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

CONSIDERATIONS CONCERNING HUMAN DIGNITY FROM RONALD DWORKIN IN THE CONTEXT OF CRIMINAL LAW: THE CLARIFICATION OF THE INEFFICIENCY OF THE PENAL SYSTEM IN THE IMPLEMENTATION OF HUMAN RIGHTS

Álisson Da Silva Costa

Resumo

Este artigo apresenta reflexões a respeito da Dignidade Humana no Direito Penal. Sendo a área do Direito voltada para a limitação dos Direitos e Garantias Fundamentais, as sanções penais precisam observar a Dignidade enquanto estruturante do Estado Democrático e limitação do Ius Puniendi. Considerando a pretensão de um direito penal racionalmente adequado à matriz de proteção aos Direitos Humanos, ver-se-á que as contribuições de Ronald Dworkin são plausíveis para a compreensão da Dignidade. A dedução contribuirá para a compreensão desse princípio no contexto penal, reforçando a conclusão, consistente na afirmação da ineficiência do Sistema Penal.

Palavras-chave: Dignidade humana, Sistema penal, Ius puniendi, Princípios, Direitos humanos, Sistema penitenciário

Abstract/Resumen/Résumé

This article presents reflections on Human Dignity in Criminal Law. As the area of Law is directed at limiting Fundamental Rights and Guarantees, criminal sanctions must observe Dignity as structuring the Democratic State and limitation of Ius Puniendi. Considering the pretension of a rationally adequate criminal law to the matrix of protection of Human Rights, it will be seen that the contributions of Ronald Dworkin are plausible for the understanding of Dignity. The deduction will contribute to the understanding of this principle in the criminal context, reinforcing the conclusion, consistent in affirming the inefficiency of the Penal System.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human dignity, Criminal system, Ius puniendi, Principles, Human rights, Penitentiary system

1. INTRÓITO

Na afirmação evidente de que existe, no contexto brasileiro, uma crise que, alhures, esteve anunciada no contexto jurídico, existe uma constatação, não menos evidente, de que essa crise encontra, no campo jurídico-penal, uma de suas maiores expressões.

Enquanto estruturante da sistemática protetiva dos Direitos Humanos, bem como fundamento da República Federativa do Brasil, a Dignidade Humana aparece como verdadeira condição de possibilidade para a efetiva construção de um Estado que se pretende democrático.

Nesse sentido, a justificativa para a presente pesquisa reside na pretensão de se desenvolver uma abordagem da principiologia *do e sobre* o Direito Penal, é dizer, uma abordagem que procure mostrar as possibilidades do princípio da Dignidade Humana no contexto jurídico penal, tomando por base a atual estrutura observada em contextos como o do Sistema Penitenciário.

Para tanto, como movimento inaugural no presente artigo, considerações serão apresentadas a respeito do conceito de Dignidade Humana e sua formatação no Texto Constitucional de 1988, atribuindo ênfase à compreensão desse conceito no contexto penal.

Espera-se, considerando o percurso aqui pretendido, alcançar a confirmação, no movimento seguinte, da insuficiente efetivação do princípio da Dignidade Humana no contexto do Direito Penal, no contexto da pena privativa de liberdade, bem como compreender algumas das razões para a falha na efetivação dessa norma. Além dessas pretensões, o artigo também procura apresentar uma formatação da própria ideia de Dignidade com e a partir de Ronald M. Dworkin, considerando seus últimos escritos publicados a respeito da temática. Diante desse contributo, exsurge a possibilidade da adoção dessa formatação da Dignidade, tal qual pretendida por Dworkin, no contexto do Direito Penal.

Reconhecidamente como a área do Direito mais intimamente voltada para a limitação dos Direitos e Garantias Fundamentais, a incidência das sanções penais precisa

observar a necessária efetivação da Dignidade enquanto princípio estruturante do Estado Democrático de Direito e clara norma de observância inarredável por parte de todo o Sistema Penal¹.

Para tanto, a pesquisa adotará o raciocínio dedutivo, tomando por premissa inicial posições mais gerais a respeito desse contexto para suscitar sua plausibilidade no que se refere aos casos mais específicos relacionados à Dignidade Humana. Não menos importante, o raciocínio dialético também será considerado, especialmente em razão das argumentações que circundam o discurso jurídico-penal e a própria crise de legitimação de tal discurso.

No que se refere ao procedimento, o artigo adota a pesquisa bibliográfica, considerando obras de referência, revistas especializadas e sítios eletrônicos. Esse procedimento é operacionalizado considerando a apresentação dos objetivos a partir do método descritivo/explicativo, o que acaba por evidenciar a abordagem de pesquisa qualitativa, voltada ao aprofundamento a respeito da questão da Dignidade no contexto jurídico-penal.

2. A DIGNIDADE COMO PRINCÍPIO REITOR NO DIREITO PENAL

Enquanto integrante da ciência jurídica, o Direito Penal aparece como sendo a área jurídica responsável pela maior intervenção na esfera individual dos indivíduos, especialmente em razão da possibilidade da aplicação de sanções consistentes em privações de liberdade, ou mesmo de restrição de outros direitos constitucionalmente assegurados.

Desde o século XVIII, (Bitencourt, 2001; Foucault, 1987), quando o direito procurou atribuir uma disciplina diferente ao tratamento da prisão, a preocupação maior com a dignidade, bem como com a busca por uma humanização no cumprimento das penas, aparecem como finalidades pretendidas.

¹ Aqui entendido em um sentido amplo, tal qual pretendido por Zaffaroni (2015).

Esse contexto aparece representado nas preocupações de Cesare Beccaria (1997), que na continuidade dos ideais propugnados no contexto do Iluminismo, sustentava total reprovação aos suplícios e crueldade observados no âmbito das penas. Uma de suas contribuições aparece no sentido de se limitar ao máximo a interferência da sanção na esfera corporal do indivíduo, algo que, até aquele momento, aparecia como legitimado.

Considerando os aportes do pensador italiano, questões como a proporcionalidade e a própria humanização das penas, aparecem de grande importância para a verificação da imprescindibilidade da fundamentação do Direito Penal a partir do princípio da Dignidade Humana. Dessa forma, “É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las que, guardadas as devidas proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu” (BECCARIA, 1997, p. 62).

Bitencourt (2001), destacando essa importância do pensamento de Beccaria, reconhece que seus escritos fornecem “algumas ideias sobre a prisão que contribuíram para o processo de humanização e racionalização da pena privativa de liberdade. Não renunciou à ideia de que a prisão tem um sentido punitivo e sancionador, mas já insinuava uma finalidade reformadora da pena privativa de liberdade.” (BITENCOURT, 2001, p. 37-38).

Quando considerada a configuração da Dignidade enquanto princípio constitucional do Direito Penal, duas considerações básicas devem ser consideradas: seu caráter normativo e sua tarefa de limitar a incidência do *Ius Puniendi*.

Em termos de limitação, a Dignidade aparece como impedimento àquelas respostas penais que direcionem sua incidência para uma dimensão cruel e degradante no universo das penas. Some-se a isso a exigência de condições mínimas de respeito à integridade física, psíquica e à própria autodeterminação do indivíduo quando de eventual cumprimento da pena privativa de liberdade.

No que se refere ao seu caráter normativo, além das importantes disposições constitucionais no caso brasileiro, também merece destaque uma série de documentos internacionais que determinam a tutela da Dignidade, como, a título exemplificativo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a Convenção Americana sobre

Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (1969) e, não menos importante, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes (1984).

Como destaque, o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra que

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum. [...] Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos de homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla. [...]. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948, Preâmbulo)

A compreensão de Dignidade, enquanto princípio jurídico, esbarra em complexidades discursivas. Sem ignorar a importância dos aportes de possíveis outras contribuições para sua configuração, as considerações de Piovesan (2006), aparecem como adequadas. Para a autora, a Dignidade aparece como um valor de cariz ético, que se consubstancia em uma exigência de justiça. Outra contribuição que também fornece luzes para a formatação de um coerente sentido para o princípio da Dignidade é a de Sarlet (2002). Para mencionado autor, a dignidade humana seria aquilo que diz respeito

à qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecer do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2002, p. 62).

Nesse sentido, o Texto Constitucional estabelece uma série de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos quando da incidência do *Ius Puniendi*, todos fundados na proteção da Dignidade Humana como, por exemplo, a disposição do art. 5º, III, CR/88, que proíbe que alguém seja submetido à tortura, a tratamento desumano ou degradante

(BRASIL, 1988). Além dessa disposição Constitucional, também merece destaque a disposição do mesmo artigo, no caso, o inciso XLIX, segundo o qual “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 1988). Some-se aos mencionados, a disposição do inciso XLVII, que proíbe a cominação de penas de trabalhos forçados e a prisão perpétua (BRASIL, 1988).

Com isso,

a proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a *dessocialização* dos condenados são corolários do princípio de humanidade.” (grifos do autor). (BITENCOURT, 2012, p. 30).

Em razão dessa compreensão, é-nos possível sustentar que a incidência desse princípio resulta na constatação da “inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie uma deficiência física (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica inapagável do delito” (ZAFFARONI, 1991, p. 139).

Considerando tais argumentos acima apresentados, a incidência das normas do Direito Penal, como, por exemplo, a pena privativa de liberdade precisa observar um revestimento que impeça as violações à Dignidade. A exigência, nesse sentido, reflete a própria eficácia imediata de tais normas, considerando que as normas constitucionais que definem direitos fundamentais, possuem o que se denomina eficácia plena e aplicabilidade imediata. (Silva, 2007).

3. AS INSUSTENTABILIDADES NO SISTEMA CARCERÁRIO: A perda da legitimação.

Apesar de toda a previsão normativa voltada ao reconhecimento da Dignidade Humana como essencial à própria legitimação do Poder Punitivo, a lógica presente na própria ideia da prisão, inicialmente adequada enquanto calcada na base humanizadora da pena, verificou uma verdadeira negação de toda a discursividade nesse sentido.

O ano de 2017, as constantes reportagens veiculadas pela mídia nacional, além, claro, de todo o clamor da população, são evidências que destacam os problemas que perfazem a insustentabilidade do atual discurso jurídico-penal nos tempos hodiernos.

Um ponto que costumeiramente aparece destacado na abordagem do Sistema Carcerário brasileiro está relacionado com sua posição na estrutura social: um espaço para a marginalização e um destino atrelado ao descaso.

Percebe-se, de forma bem explícita, o descompasso de toda a proteção constitucional à Dignidade do Preso, com destaque para o artigo 5º do Texto Constitucional (BRASIL, 1988), assim como a própria tutela internacional.

As pretensões do Discurso jurídico-penal, especialmente no que se refere à pena, aparecem atreladas à compreensão de que a prisão

poderia ser um instrumento idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu, e atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o *objetivo ressocializador* da pena privativa de liberdade [...]. (BITENCOURT, 2006, p. 129).

Em razão dessa situação, o encaminhamento do indivíduo ao sistema penitenciário, com destaque para o caso brasileiro, tem representado uma grande ofensa à sua Dignidade, especialmente em razão da própria ineficiência, não raras vezes verificada, do próprio Estado em criar condições minimamente satisfatórias para a efetivação das finalidades propostas pela pena de prisão, ineficiência essa percebida em contextos como o da superlotação dos presídios.

Entretanto, apesar de uma crescente conscientização de segmentos da sociedade, ainda é possível verificar que o Sistema Penitenciário brasileiro “constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado” (Bitencourt, 2006, p. 135).

Por essa razão, o exercício do poder no contexto dos sistemas penais aparece com características bem explícitas e que, segundo Zaffaroni (2015), são características estruturais desse exercício. Para o jurista argentino, a seletividade e a reprodução da violência, por exemplo, aparecem como constitutivas de toda a sistemática punitiva.

Em relação à pena, quando o indivíduo é enviado à prisão, o mesmo é

ferido na sua auto-estima de todas as formas imagináveis, pela perda de privacidade, de seu próprio espaço, submissões a revistas degradantes, etc. A isso juntam-se as condições deficientes de quase todas as prisões: superpopulação, alimentação paupérrima, falta de higiene e assistência sanitária, etc., sem contar as discriminações em relação à capacidade de pagar por alojamentos e comodidades. (ZAFFARONI, 2015, p. 136).

Seguindo essa coerência argumentativa, a ineficácia da pena de privativa de liberdade no que se relaciona com a ressocialização do preso encontra os seguintes fundamentos, segundo Bitencourt (2001, p. 154-155),

a) Considera-se que o ambiente carcerário, em razão de sua antítese com a comunidade livre, converte-se em meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso. [...] b) Sob outro ponto de vista, menos radical, porém igualmente importante, insiste-se que na maior parte das prisões do mundo as condições materiais e humanas tornam inalcançável o objetivo reabilitador. Não se trata de uma objeção que se origina na natureza ou na essência da prisão, mas que se fundamenta no exame das condições reais em que se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade. (BITENCOURT, 2001, p. 154-155).

Some-se a isso a constante abertura ao conhecido “Direito Penal de Emergência”, destacado por Zaffaroni (2005). A título exemplificativo, algumas das características estruturais dos discursos de emergência, tais como o armamentismo² do discurso e a disparidade dos inimigos aparecem como pontos de destaque que reforçam uma realidade na qual os tradicionais institutos do Direito Penal não conseguem resolver as demandas envolvendo a complexidades das sociedades nos dias atuais, especialmente no contexto de países como o Brasil.

4. A CONTRIBUIÇÃO DE RONALD M. DWORKIN AO DEBATE

² Nesse sentido, Zaffaroni (2005) entende que em razão do próprio armamentismo do inimigo, o discurso de emergência também precisaria desse armamentismo.

A importância de Ronald Dworkin, na compreensão das discussões no campo da Teoria do Direito e também da Filosofia do Direito aparece como uma resultante reconhecida por vários juristas na atualidade.³

A Teoria de Dworkin apresenta uma importante qualidade, pois, “consiste em explicar a ideia de uma consideração imparcial de todos os sinais característicos relevantes de uma situação.” (GÜNTHER, 2004, p. 405). Sua abordagem teórica não está restrita à interpretação da lei, mas à própria norma, que novamente introduzida no campo da justificação, associa-se com outras realidades, como a Constituição e o direito escrito, ou seja, a Legislação.

Em uma de suas últimas obras, *Justice for Hedgehogs*, publicada em 2011, Dworkin desenvolve uma série de considerações mais aprofundadas e, por assim dizer, radicais em relação a certos pontos de sua teoria.

Considerando o recorte pretendido no presente artigo, e reconhecendo a amplitude de assuntos abordados por esse pensador, as considerações de Dworkin a respeito da Dignidade aparecem como instigantes e possuidoras da capacidade e repensar a própria configuração da ideia de Dignidade.

Segundo Dworkin, “o conceito de dignidade foi rebaixado por seu uso frouxo e excessivo na retórica⁴ política: todo político defende essa ideia da boca para fora e quase todos os pactos de direitos humanos lhe atribuem lugar de honra.” (DWORKIN, 2014, p. 22). Essa ideia mostra a questão envolvendo a distância que se percebe entre as previsões no contexto normativo e as efetivações das normas que reconhecem a Dignidade Humana.

Embora seja uma construção de difícil estruturação, Dworkin entende que sua existência é necessária. Não apenas necessária, mas associada à “sua irmã, a ideia de

³ Esse ponto é interessante, visto ser Dworkin o típico pensador “ouriço”, conforme percebemos de seu próprio enquadramento quando da publicação de uma de suas últimas obras, *Justice for Hedgehogs*. Como bom crítico, Dworkin reuniu uma série de interlocutores, ao longo das décadas em que esteve desenvolvendo sua teoria, como Hart e Posner, por exemplo. Tais interlocutores contribuíram para o enriquecimento dos estudos a respeito de questões fundamentais na compreensão do Direito.

⁴ Certamente aqui podemos considerar o chamado sentido “pejorativo” atribuído a esse termo, vez que a ideia de retórica resulta em uma importante contribuição para o pensamento jurídico.

respeito por si mesmo, para entender nossa situação e nossas ambições.” (DWORKIN, 2014, p. 22).

Diante disso, Dworkin encontra amparo na fundamentação kantiana em termos de valorização da pessoa humana. Ou seja, Dworkin entende que “uma pessoa pode atingir a dignidade e o respeito próprio que são indispensáveis para uma vida bem sucedida apenas se ela mostrar respeito pela própria humanidade em todas suas formas.”⁵ (2001, p. 19).

A efetivação da Dignidade pressupõe uma postura bem determinada do Estado em relação aos cidadãos, mediante o reconhecimento de dois princípios que são fundamentais na política (Dworkin, 2011), quais sejam, “a exigência de que o Estado trate com igual consideração pessoas por ele governadas e a exigência de que ele respeite – pois agora podemos usar estes termos – as responsabilidades éticas de seus cidadãos.” (DWORKIN, 2014, p. 23).

Essa posição de Dworkin encontra harmonização com a consideração segundo a qual,

Seja qual for a perspectiva a partir da qual se queira fundamentar o direito penal de autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, *mas que também respeite* a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora da conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 119).

Logo, o tratamento com igual de todos os cidadãos, no contexto jurídico-penal, reforça a necessidade da reestruturação do discurso jurídico penal, especialmente em razão de problemas característicos da configuração desse discurso⁶, dentre os quais podemos destacar a seletividade penal (Zaffaroni, 1991; 2015).

Para Dworkin, “a dignidade e o respeito por si mesmo – o que quer que esses termos signifiquem – são condições indispensáveis do bem viver. Encontramos as provas dessa alegação no modo como a maioria das pessoas gostaria de viver: caminhando de

⁵ No original, em inglês: “a person can achieve the dignity and self-respect that are indispensable to a successful life only if he shows respect for humanity itself in all its forms”. (DWORKIN, 2011, p. 19).

⁶ Essa visão desenvolvida pelo jurista argentino aparece direcionada aos por ele chamados “países marginais” (Zaffaroni, 2015).

cabeça erguida enquanto luta por todas as outras coisas que deseja.” (DWORKIN, 2014, p. 23).

Essa lógica de igual respeito e consideração por todos também é encontrada na reflexão de Rocha (2004), a respeito da Declaração dos Direitos Humanos, com destaque para o artigo 1º:

Gente é tudo igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com as agonias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente-se igual. (ROCHA, 2004, p. 13).

Nesse contexto, exsurge como tarefa primordial do Estado a incessante preocupação com a redução das violações em termos de Direitos Humanos no contexto prisional, principalmente se considerarmos os reiterados casos de afronta a tais direitos.

Apesar de inicialmente estranho,

É absurdo pretender que os sistemas penais respeitem o princípio de legalidade, de reserva legal, de culpabilidade, de humanidade e, sobretudo, de igualdade, quando sabemos que, estruturalmente, estão preparados para os violar a todos. O que se pode pretender – e fazer – é que a agência judicial empregue todos os seus esforços de forma a reduzir cada vez mais, até onde o seu poder permitir, o número e a intensidade dessas violações, operando internamente a nível de contradição com o próprio sistema, a fim de obter, desse modo, uma constante elevação dos níveis reais de realização operativa desses princípios. (ZAFFARONI, 2001, p. 235, grifos do autor).

Essa compreensão contribui para a afirmação de que o indivíduo precisa ser tratado pelo Sistema Punitivo a partir da consideração, por este sistema, de que sua vida está revestida de uma importância em si mesma. (Dworkin, 2014).

Sobre esse ponto, Dworkin sustenta que “seus julgamentos devem ser baseados, finalmente, em algo que não é relativo: o seu julgamento sobre as condições da dignidade humana e as ameaças que o poder coercitivo oferece para com a dignidade.”⁷ (DWORKIN, 2011, p. 338-339).

⁷ No original em inglês: “But your judgments must be grounded finally in something that is not relative: your judgment about the conditions of human dignity and the threats that coercive power offers to that dignity.”

Diante disso, a ideia defendida por Dworkin de que a Dignidade exige igual preocupação pelo destino de todos e também o respeito pela responsabilidade pessoal aparece como uma pretensão em âmbito universal. Ou seja, quando estamos diante da consideração do sistema prisional, se for possível a crença em Direitos Humanos, então o reconhecimento e adoção desse princípio é fundamental. Mais que uma defesa jurídica em normas internas ou internacionais, sua adoção encontra respaldo na crença de que se está diante de algo verdadeiro.

5 LINHAS CONCLUSIVAS: DE QUE MANEIRA A DIGNIDADE DEVE SER CONSIDERADA NO CONTEXTO JURÍDICO-PENAL

Cada vez mais os princípios que estruturam o Direito Penal e o exercício do *Ius Puniendi*, aparecem como normas que estão voltadas para a promoção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Em razão da própria natureza do Direito Penal, a Dignidade aparece como limitador determinante desse campo jurídico, de modo que as sanções encontram sua legitimidade no arcabouço normativo pautado no Sistema de Proteção dos Direitos Humanos. Tal sistema fixa como exigência inarredável o compromisso das instituições do Sistema Penal na tutela dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

No entanto, a lógica do Sistema Carcerário brasileiro acaba reproduzindo a exclusão e a consideração do sentenciado ou do reabilitado como um indivíduo perigoso sendo que, no primeiro caso, deveria ser afastado do convívio social e, no segundo, punido como aquele que estaria com a pecha de algo que lhe diminui igual reconhecimento enquanto cidadão.

Diante das constantes insuficiências do discurso penal em alcançar uma efetividade em termos de finalidade da prisão, especialmente em razão da situação crítica do sistema prisional brasileiro, as contribuições de Ronald Dworkin aparecem como adequadas, especialmente no sentido de aumentar a exigência do respeito à Dignidade, vista como o núcleo fundante de toda uma concepção objetiva a respeito do modo pelo qual as pessoas vivem.

Consequentemente, sua aceitação independe do modelo proposto, ou mesmo dos discursos, supostamente, justificadores das constantes violações de Direitos Humanos. Trata-se de uma compreensão de algo verdadeiro e que aparece como verdadeira condição de possibilidade para a própria afirmação do indivíduo. Ou seja, não se sustenta, especialmente no contexto atual, apenas a garantia ao direito à vida, mas, sobretudo, o direito à vida digna, o que significa, obviamente, a vida digna do sentenciado pela prática de um crime.

Aceitar e compreender Dworkin na discussão da interpretação e aplicação do Direito Penal significa sustentar a crença nos ditames constitucionais, assim como na existência de respostas corretas, pautadas na proteção dos Direitos Humanos. Pois, é consideravelmente complicado pensarmos na sustentação de posturas, ainda presentes, por parte das chamadas “agências penais”, que procuram identificar e movimentar toda a engrenagem estatal no intuito de estabelecer uma vingança ao que se tem reconhecido como “classes inimigas”.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro : Revan, 2002.

BEITZ, Charles. **The idea of human rights**, New York: Oxford University Press, 2009.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **DOU**, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 10 agosto de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **DOU**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 agosto de 2017.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. de Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. (Clássicos)

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal : parte geral**, 1 / Cezar Roberto Bitencourt. – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Teoria Constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da Dogmática penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 15 ago. 2017.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**, Cambridge/London: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of American Constitution**. 3ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Law' empire**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 24. ed. Trad. de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**, São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

MORVAN, Patrick. Princípios (Verbetes). In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. **Dicionário de Cultura Jurídica**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Interesse Público**, v.1, n. 4, p. 23-48, out-dez, 1999.

ROCHA, Carmem Lúcia. Antunes. **Direito de Todos e para Todos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. Barcelona, Bosch, 1972.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia da repressão: uma critica ao positivismo em criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal: Parte General**. 6. ed., Buenos Aires: Ediar, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 4. Reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal.** Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de f. Colección: Maestros del Derecho Penal, n. 18, 2005.