O DIREITO PENAL NA PROTEÇÃO DA(S) DIGNIDADE(S) HUMANA(S)

José Aparecido Rigato
Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo – USP.
Professor Adjunto da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD.
E-mail: joserigato@ufgd.edu.br

RESUMO: O Direito Penal conta com inúmeras regras e princípios jurídicos decorrentes da dignidade humana, um valor constitucional supremo, que se configura como núcleo axiológico do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, este artigo enfoca a proteção penal da dignidade da pessoa humana e conclui que esta repousa: i) na dignidade individual da vítima; ii) na dignidade individual do infrator; e iii) na dignidade humana difusa da comunidade.

Palavras-chave: Dignidade Humana; Direito Penal; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: The criminal law has many rules and legal principles born from the concept of human dignity, a supreme constitutional value, which configures the core of values in the Democratic State of Law. Therefore, this paper focuses on the criminal protection of human dignity and concludes that it rests: i) in the individual dignity of the victim; ii) in the individual dignity of the offender; and iii) in the diffuse human dignity of the community.

Keywords: Human dignity; Criminal Law; Democratic State of Law.

INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo é enfocar o sistema jurídico-normativo-penal em alguns de seus princípios e regras a partir do princípio matriz da dignidade humana, considerando-a, enquanto núcleo axiológico do Estado Democrático de Direito, sob a dimensão plurissubjetiva da vítima, do infrator e da comunidade.

Nesse sentido, primeiramente, tece considerações sobre o papel pioneiro do Direito Penal na proteção de bem jurídico "vida", constante no catálogo dos direitos humanos. Em seguida, o destaque será sobre a relação direito e dignidade humana. Após o qual, regras e princípios jurídico-penais decorrentes do princípio da dignidade humana serão abordados e elencados, alguns, em rol não exauriente, evidentemente. Antes, porém, uma advertência impende ser feita. Muito embora as reflexões aqui esboçadas tencionem gravitar em torno da dogmática jurídica, a ela não se reduzem, pois a inquietação intelectual na pesquisa científica caracteriza-se pela incompletude e pelo pluralismo metodológico. E, assim, adotar um viés pretensamente zetético, que por isso não se esgota facilmente, e geralmente se presta para um sem-fim de outras reflexões teóricas. É o que se pretende.

1 DIREITO PENAL: ULTIMA RATIO?

O sistema jurídico, ao longo do tempo, foi se tornando mais complexo na medida em que as relações sociais também são caracterizadas por maiores complexidades. Nuanças jurídicas surgem acentuadamente cada vez mais dadas as inovações, sutilezas e complexidades supervenientes. O Direito Penal, todavia, ao sempre cuidar do mais visível, afrontoso ao convívio social (ou à visão tirânica do monarca), ocupando-se do mais rústico e menos sutil, é o ramo que pioneiramente tem protegido um dos bens jurídicos mais relevantes que é a vida (punindo o homicídio), sem a qual obviamente não se tem direito a ter direitos.

A vida como bem supremo (ARENDT, 1993, p. 326) é a razão primeira daquilo que frequentemente se diz a ultima ratio, a última trincheira, tido como o último direito protetor, quando todos os demais ramos não foram suficientes para garantir a segurança e a paz social. No entanto, o Direito Penal precede cronologicamente aos demais ramos supervenientes do jurídico, cada vez mais numerosos como o constitucional, o trabalhista, o previdenciário, o ambiental, entre outros.

A afirmação da antecedência de normas penais pode ser exemplificada com o Livro V das Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603 por Felipe II, rei de Portugal e Espanha – no período da União Ibérica (1580-1640) – e que vigoraram plenamente no Brasil até 1830, quando ainda não havia o debate, que bem mais tarde, já em meados do século XX, é denominado internacionalmente de Direitos Humanos. Pois bem, o direito penal lá estava, à luz ou às sombras de critérios político-valorativos da época.

Desse modo, o Livro V das Ordenações Filipinas, dedicado inteiramente ao Direito Penal, contendo o conjunto de dispositivos legais que definiam os crimes e as respectivas punições aos criminosos, estabelecia, a propósito do bem jurídico vida, nos seguintes excertos, que:

> 35. DOS QUE MATAM OU FEREM, OU TIRAM COM ARCABUZ OU BESTA
>
> Qualquer pessoa que matar outra ou mandar matar, morra por isso morte natural.
>
> Porém, se a morte for em sua necessária defesa, não haverá pena alguma, salvo se nela excedeu a temperança que devera e pudera ter, porque então será punido segundo a qualidade do excesso.
>
> E se a morte for por algum caso sem malícia ou vontade de matar, será punido ou relevado segundo sua culpa ou inocência que no caso tiver.
>
> 1. Porém, se algum fidalgo de grande solar matar alguém, não seja julgado à morte sem no-lo fazer saber, para vermos o estado, linhagem e condição da pessoa, assim do matador, como do morto, qualidade e circunstâncias da morte, e mandarmos o que for serviço de Deus, e bem da República.
>
> 2. E toda a pessoa, que a outra der peçonha para a matar, ou lha mandar dar, posto que de tomar a peçonha se não siga a morte, morra morte natural.
>
> 3. E qualquer pessoa que matar outra por dinheiro, ser-lhe-ão ambas as mãos decepadas, e morra morte natural, e mais perca sua fazenda para a Coroa do Reino, não tendo descendentes legítimos.
>
> E ferindo alguma pessoa por dinheiro, morra por ele morte natural.
>
> E estas mesmas penas haverá o que mandar matar, ou ferir outrem por dinheiro, seguindo-se a morte, ou ferimento.
>
> 4. E se alguma pessoa, de qualquer condição que seja, matar outrem com Besta, ou Espingarda, além de por isso morrer morte natural, lhe serão decepadas as mãos aos pés do Pelourinho.
>
> E se com a dita Espingarda, ou Besta ferir de propósito com Farpão, Palheta, Seta, Viratão, ou Virote ferrado, posto que não mate, morra morte natural.
>
> E se ferir em rixa com cada um dos ditos tiros, posto que não mate, se for escudeiro, e daí para cima, seja degradado dez anos para o Brasil, com um pregão na audiência; e se for peão, seja publicamente açoitado, e degradado, com baraço e pregão pela Vila, por dez anos para o Brasil.
>
> E se tirar de propósito com Espingarda, ou com Besta, ou com cada um dos ditos tiros para matar, ou ferir,

e não ferir, se for peão, seja degradado publicamente pela Vila com baraço e pregão por dez anos para África, e se for escudeiro, e daí para cima, seja degradado com pregão na audiência por dez anos para África.

E se tirar com Espingarda, ou Besta em rixa com cada um dos ditos tiros, e não ferir, se for escudeiro e daí para cima, seja degradado com pregão na audiência para África por dois anos, e se for peão, seja degradado com baraço e pregão pela Vila, por dois anos para África.

5. E o que tirar com Arcabuz de menos comprimento que de quatro palmos de cano, posto que não fira, morra morte natural.

E matando ou ferindo, além da dita pena de morte, perca todos os seus bens para a Coroa, e havendo acusador, haverá a terça parte deles.

6. E se algum preso ferir de propósito outra qualquer pessoa que na cadeia estiver, seja-lhe decepada uma mão e haja a mais pena que merecer, segundo o caso for.

7. E quem mandar dar cutilada pelo rosto com efeito a outra pessoa ou lha der, constando sua intenção e propósito não ser outro senão de lhe dar a dita ferida pelo rosto, será degredado para o Brasil para sempre e perderá sua fazenda para a Coroa do Reino, e se for peão, ser-lhe-á mais decepada uma mão.

E estas mesmas penas haverão os que para isso forem em sua companhia.

Porém não lhes será cortada a mão e, em lugar disso, serão publicamente açoitados, se forem pessoas em que caiba pena de açoites.

E além das ditas penas será julgado ao ferido a injúria, segundo a qualidade de sua pessoa, contanto que não seja menos de dez mil réis, por muito baixa pessoa que seja o ferido.

A qual quantia que lhe for julgada será primeiro tirada da fazenda que assim havemos por perdida.

E o perdimento de fazenda em cada um dos ditos casos não haverá lugar quando o malfeitor tiver ascendentes ou descendentes legítimos.

E por se este delito mais evitar, havemos por bem que quem descobrir quem o fez ou mandou fazer, ou para ele deu ajuda, e der maneira como seja preso, haja a metade das fazendas sobreditas que assim perderem; e posto que fosse participante no caso, lhe perdoamos toda a pena a que pelo malefício por esta ordenação for obrigado; e não podendo provar o dito malefício contra aquele que assim diz que o cometeu, a confissão que de si mesmo fez lhe não prejudicará.

37. DOS DELITOS COMETIDOS ALEIVOSAMENTE

Aleivosia é uma maldade cometida traiçoeiramente, sob mostrança de amizade, e comete-se quando alguma pessoa sob mostrança de amizade mata ou fere, ou faz alguma ofensa ao seu amigo sem com ele ter rixa nem contenda, como se lhe dormisse com a mulher, filha ou irmã, ou lhe fizesse roubo ou força. E se algum, vivendo com senhor por soldada ou a benfazer, lhe dormisse com a mulher, filha ou irmã, ou o ferisse ou matasse ou lhe fizesse outra ofensa pessoal, ou algum grande furto ou roubo.

1. E nestes casos e outros semelhantes, em que se cometerem essa maldade atraiçoada e aleivosamente, a pena corporal será muito mais grave e maior do que se daria em outro semelhante malefício em que tal qualidade de aleivosia não houvesse.

2. E somente no caso em que algum matasse o senhor com que vivesse, além da pena corporal serão seus bens confiscados, posto que o condenado tenha filhos ou outros descendentes ou ascendentes.

3. E em todos os delitos cometidos atraiçoada e aleivosamente, não gozará o acusado de privilégio algum para não dever ser metido a tormento ou para não haver pena vil.

E para ser metido a tormento bastarão mais pequenos indícios que onde tal qualidade não concorrer. E as pessoas que nos outros casos não podem ser testemunhas, neste o poderão ser e valerão seus testemunhos. Porém, se a testemunha for inimigo capital do acusado ou amigo especial do acusador, seu testemunho não será muito crido, mas diminuir-se-lhe-á o crédito, segundo a qualidade do ódio ou da amizade.

38. DO QUE MATOU SUA MULHER POR A ACHAR EM ADULTÉRIO

Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assim a ela como o adúltero, salvo se o marido for peão e o adúltero fidalgo ou nosso desembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adultério, não morrerá por isso mas será degredado para a África com pregão na audiência pelo tempo que aos julgadores bem parecer, segundo a pessoa que matar, não passando de três anos.

1. E não somente poderá o marido matar sua mulher e o adúltero que achar com ela em adultério, mas ainda os pode licitamente matar sendo certo que lhe cometerem adultério; e entendendo assim provar, e provando depois o adultério por prova lícita e bastante conforme a direito, será livre sem pena alguma, salvo nos casos sobreditos, onde serão punidos segundo acima dito é.

2. E em caso que o marido matar sua mulher licitamente, não a achando porém no adultério, não haverá coisa alguma dos bens que em dote lhe fossem dados ou por sucessão ou doação a mulher houvesse; e se tiverem outros bens que ambos houvessem adquirido, estes haverá o marido in solidum, sem os herdeiros da mulher haverem parte alguma; porque somente haverá os bens todos da mulher quando a acusar pelo adultério e for por ele condenada à morte, ou quando a matar juntamente com o adúltero, pelos achar ambos no adultério.

3. E, se o marido que matar sua mulher, quando se pôs em livramento, confessou que a matara por ser sua mulher e lhe ter feito adultério, e por não provar sua defesa for condenado que morra morte natural por a matar sem causa, os herdeiros da mulher vencerão os bens do marido, não tendo ele filhos ou descendentes outros de sua mulher que por nossas ordenações ou direito civil lhe possam suceder. E sendo caso que o marido seja condenado em outra pena que não seja morte natural, os herdeiros não vencerão os bens do matador.

4. E no caso que o marido matar sua mulher ou o adúltero por lhe fazer adultério, será necessário para ser livre da dita morte sem pena alguma que prove o casamento por testemunhas que ouvissem as palavras do recebimento.

E não havendo as tais testemunhas que ouvissem as palavras do recebimento, bastará provar-se que o marido e a mulher foram à porta da igreja perante o cura ou qualquer outro clérigo que estivesse em ato para os receber e como casados tornaram para casa e em voz e fama de casados viveram daí por diante em uma casa teúda e manteúda como marido e mulher, e juntamente oferecer certidão autêntica do cura , tirada do livro dos casados, por que se prove o casamento.

Porém, não provando por cada um destes modos o matrimônio e provando-o na forma que dissemos no título 25: Do que dorme com mulher casada, não morrerá morte natural, mas será degredado para sempre para o Brasil.

E não provando o matrimônio como dito é no dito título, posto que mostre instrumento dotal e provem estarem em voz e fama de marido e mulher, morrerá morte natural, pois por si quis tomar vingança, não tendo cada uma das ditas provas.

5. E declaramos que no caso em que o marido pode matar sua mulher ou o adúltero, como acima dissemos, poderá levar consigo as pessoas que quiser para o ajudarem, contanto que não sejam inimigos da adúltera ou do adúltero por outra causa afora a do adultério.

E estes que consigo levar se poderão livrar como se livraria o marido, provando o matrimônio e adultério. Porém, sendo inimigos serão punidos segundo direito, posto que o marido se livre.

> 41. DO ESCRAVO OU FILHO QUE ARRANCAR ARMA CONTRA SEU SENHOR OU PAI
>
> O escravo, ora seja cristão ora o não seja, que matar seu senhor ou filho de seu senhor, seja atenazado e lhe sejam decepadas as mãos, e morra morte natural na forca para sempre; e se ferir seu senhor sem o matar, morra morte natural. E se arrancar alguma arma contra seu senhor, posto que o não fira, seja açoitado publicamente com baraço e pregão pela vila, e seja-lhe decepado uma mão.
>
> 1. E o filho ou filha que ferir seu pai ou mãe com intenção de os matar, posto que não morram das tais feridas, morra morte natural.

O que importa aqui, depois de quatro séculos, é tentar extrair os traços rudimentares da proteção penal da vida (infelizmente ainda que de apenas alguns) em época selvagem e tirânica se comparada aos dias atuais. Por isso, a proposta deste artigo é pensar, retro e prospectivamente, na dignidade humana (sem tiranos nem escravos), focando-a em três dimensões subjetivas: a da vítima, a do infrator e a da comunidade.

Para hoje abrir essa perspectiva doutrinária, inúmeras são as regras e princípios penais decorrentes do princípio matriz da dignidade humana, e que adiante serão mencionados. Todos da dignidade humana decorrentes, mas enquanto nominado princípio jurídico seu uso é mais recente. Há, pois, uma simetria cronológico-terminológica que pode ser vazada no binômio anterior/posterior, vida/mínimo existencial, direito subjetivo (facultas agendi)/direitos humanos e princípios penais/princípio da dignidade humana.

Na atualidade, a propósito do debate referente ao conteúdo jurídico do mínimo existencial, cabe reconhecer o óbvio, que neste contexto não pode faltar do rol de direitos o direito à vida – bem jurídico que pré-existe e condiciona enquanto conditio sine qua non o todo ou o mínimo do mínimo existencial. Antigo, o Direito Penal se revitaliza protegendo o que se denomina como sendo direito fundamental (de primeiríssima geração) que é a vida. E todos os enfoques no âmbito dos direitos fundamentais (de segunda, terceira e quarta gerações) gravitam, direta ou indiretamente, em torno de bens jurídicos como a vida, a liberdade, entre outros, tendo na sua base o princípio maior da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2005, p. 59).

Enfim, tudo dialoga numa dialética sucessiva, imbricando-se e completando-se, de modo que algumas expressões jurídicas são

mais recentes que outras. Nesse universo, o Direito Penal configura protagonismo mais longevo, outrora menos civilizado e cidadão, mas inegavelmente sem ter sido a última razão ou trincheira.

2 O DIREITO E A DIGNIDADE HUMANA

Antes e acima de tudo, cabe reconhecer kantianamente que todo ser humano possui dignidade e deve ser tratado como um fim em si mesmo e não como meio. Se as coisas têm preço e podem ser trocadas, os seres humanos têm valor e devem ser respeitados, quer individual quer como parte da Humanidade – daí a provocação deste artigo quanto à dignidade humana individual e difusa.

Sob a dimensão individual, levando-se em conta a vítima do delito e pari passu o seu autor. Sob o aspecto difuso, a comunidade. Nessa pluralidade subjetiva em que esses três sujeitos são igualmente reconhecidos como dotados de dignidade própria. Vítima e infrator, cada qual individualmente, e a comunidade de modo difuso, todos, portanto, possuidores de essencialidade humana e de dignidade.

É por essa razão que a ordem jurídica, em sua teia de regras e princípios penais, titulariza direitos e responsabilidades em nome de todos esses sujeitos na contradição ou complementariedade de seus interesses, tendo algo maior subjacente: a dignidade humana.

Juridicamente dita, a dignidade se caracteriza numa tripla dimensão normativa como sendo um postulado, princípio e regra.

> i) um postulado normativo interpretativo, quando atua como diretriz a ser observada na criação, interpretação e aplicação das demais normas;
>
> ii) um princípio, por impor aos poderes públicos a proteção da dignidade e a promoção dos valores, bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna (mínimo existencial); e,
>
> iii) uma regra, a qual determina o respeito à dignidade, seja pelo Estado, seja por terceiros, no sentido de impedir o tratamento de qualquer pessoa como um objeto, quando decorrente de uma expressão do desprezo por aquele ser humano. (NOVELINO, 2010, p. 342).

Trata-se essencialmente de um valor constitucional supremo, que informa e conforma toda a sistemática principiológica concernente ao direito de punir (jus puniendi), bem como toda a sistemática da persecução penal – jus persequendi in judicio – (RIGATO, 2010). Há quem entenda, no entanto, que não se trata de um princípio penal. (NUCCI,

2009, p. 342). Em todo caso, é inegável que do Estado Democrático de Direito parte um gigantesco tentáculo a regular todo o sistema penal, consubstanciado no princípio da dignidade humana de tal forma que toda e qualquer incriminação que o viole é substancialmente inconstitucional (CAPEZ, 2007, p. 10).

Cabe ressaltar de modo enfático que a dignidade não decorre do direito, mas o inverso. É pressuposta, decorre da condição humana, informando e conformando todo o direito, enquanto conjunto de normas jurídicas de comportamento, que, para ser legítimo, há de ser apenas seu reflexo. Não é por outra razão que a dignidade humana, cujo reconhecimento vem refletido em documentos jurídico-normativos tanto inter quanto intranacional, é a ideia-chave dos direitos humanos.

No âmbito da comunidade internacional, as referências à dignidade humana encontram-se, sobretudo, nos preâmbulos. Na Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, consta: "Nós, os povos das Nações Unidas – afirmamos com firmeza, (...) nossa crença nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da personalidade humana (...) e no compromisso de renovadamente fortalecê-los (...)".

Bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948: "(...) o reconhecimento da dignidade inerente a todos os componentes da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis (...)". E o art. 1°, por sua vez, dispõe que: "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Eles são portadores de razão e de consciência e devem tratar uns aos outros com espírito de fraternidade".

Demais disso, o preâmbulo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966, afirma que "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da sociedade humana (...) compõem o fundamento da liberdade, justiça e paz mundial, no reconhecimento de que esses direitos derivam da dignidade inerente aos homens". E, por fim, no Estatuto da UNESCO, de 16 de novembro de 1945, logo de início, colhe-se a seguinte passagem: "os governos dos Estados (...) declaram em nome dos seus povos: (...) que a grande e terrível guerra (...) fez-se possível em virtude da negação dos princípios democráticos da dignidade, igualdade e respeito mútuo entre os homens (...)".

A propósito, da Segunda Grande Guerra foram oriundos os Tribunais de Nuremberg (1945) e de Tóquio (1946) para apurar a responsabilidade criminal de indivíduos por crimes internacionais face os

horrores e atrocidades cometidas. É mais uma vez a dignidade humana sob a proteção penal incipiente. Eram tribunais "ad hoc", porém com a virtude de demonstrar que o indivíduo é responsável criminalmente no plano internacional.

Hoje, o sistema de proteção penal, por força do Tratado de Roma, o qual deu origem ao Tribunal Penal Internacional, conta com a garantia do juiz natural para complementar as jurisdições penais nacionais. Seu estatuto faz referência explícita à dignidade humana no art. 8º, b, xxi: "ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes". Ainda nesse art. 8º, c, ii: "ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes". Além de outra referência já no art. 68, 1: "O Tribunal adotará as medidas adequadas para garantir a segurança, o bem-estar físico e psicológico, a dignidade e a vida privada das vítimas e testemunhas".

Outros instrumentos, tanto normativos quanto institucionais, sejam no âmbito do sistema global ou regional de proteção dos direitos humanos, também merecem ser lembrados. Dentre eles, o preâmbulo da Convenção das Nações Unidas sobre Tortura, de 1984, referindo-se ao "reconhecimento de que esses direitos derivam da dignidade inerente aos homens". Da "dignidade inerente a todos os membros da comunidade humana", assim menciona a Convenção sobre o Direito das Crianças, de 1989. A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (28 de junho de 1981), em seu art. 5º dispõe: "Todo o indivíduo tem direito ao respeito à dignidade inerente à pessoa humana". Já no âmbito comunitário europeu, o preâmbulo da Declaração das Liberdades e Direitos Fundamentais (adotada pelo Parlamento Europeu em 12 de abril de 1989) estabelece que: "é indispensável para a Europa reafirmar a existência de uma comunidade de direito fundada sobre o respeito à dignidade e aos direitos fundamentais". E o art. 1º da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia (2000) o qual contém a cláusula da dignidade humana, além de haver, inclusive, referência no art. 31, inciso I, da mesma Carta.

Pois bem, a Carta da Organização dos Estados Americanos, que entrou em vigor em 13 de dezembro de 1951, dispõe no art. 45: "a) Todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, nacionalidade, credo ou condição social, têm direito ao bem-estar material e a seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade, dignidade, igualdade de oportunidades e segurança econômica; b) O trabalho é um direito e um dever social; confere dignidade a quem o realiza (...)".

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, em seu preâmbulo: "Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana (...)"; e mais, o seu art. 10: "1. Toda a pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana". Há, inclusive, tanto preâmbulo quanto texto do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 16 de dezembro de 1966, no art. 13: "Os Estados-parte no presente Pacto (...) concordam em que a educação deverá ser orientada para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade, e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais".

Finalmente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, art. 5, 2: "Ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda a pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano"; art. 6, referente à proibição da escravidão e da servidão: "[...] O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso"; art. 11, 1: "Toda a pessoa tem o direito de ver a sua honra respeitada e a sua dignidade reconhecida".

Ao modo que na seara intranacional, o sistema jurídico-normativo brasileiro consagra na Constituição Federal de 1988, artigo 1°, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Além de no art. 5°, inciso III, estabelecer que ninguém será submetido à tortura e a tratamento desumano ou degradante. É desse contexto que emergem os princípios penais que amalgamam o sistema jurídico atual, dentre os quais cabe destacar os constitucionais explícitos: legalidade (ou reserva legal); anterioridade; retroatividade da lei penal benéfica; personalidade ou da responsabilidade pessoal; individualização da pena; humanidade. E constitucionais implícitos: intervenção mínima (subsidiariedade); fragmentariedade; culpabilidade; taxatividade e proporcionalidade.

Todos esses princípios penais são desdobramentos da dignidade inerente à condição humana, que deve sempre ser considerada como um valor supremo, sem o qual nenhum Estado de Direito poderia autoproclamar-se ou ser reconhecido como democrático. Ademais, o ordenamento jurídico como um todo só é lícito, legítimo, autenticamente democrático se resultante do fluxo e influxo do estado de direito na exata

medida em que respeita, protege e promove os direitos fundamentais da pessoa humana.

Nesse sentido, é oportuno salientar que o direito penal democrático, ao regular o uso da violência por parte do Estado, não surge coativamente, mas sim espontaneamente tramitado no Parlamento, e depois de abstratamente editado (a lei é abstrata e impessoal) é, posteriormente, aplicado a casos concretos, também democraticamente, pelo juiz natural. Eis a previsão abstrata e a aplicação concreta, ambas de forma democrática. E, além da forma, o conteúdo também deve ser materialmente aceitável, sendo o leitmotiv para isso a dignidade humana, o respeito aos seres humanos.

2.1 DIGNIDADE HUMANA DA COMUNIDADE, DA VÍTIMA E DO INFRATOR

Se é certo que a dignidade humana é una e indivisível, não é menos certo porém que várias são suas manifestações. Para assentar as múltiplas faces de manifestação da dignidade humana, no âmbito penal, é necessário considerá-la em sua pluralidade subjetiva. Primeiro, considerando que o crime ofende diretamente a dignidade da vítima. Portanto, é a dignidade humana na individualidade da vítima a ser protegida pelo direito penal.

Concomitantemente, o crime também ofende a dignidade da comunidade. Daí a dignidade humana no senso difuso da comunidade, que em seu nome e interesse também são editadas, democraticamente, as normas jurídico-penais. O infrator, ao ser condenado, por sua vez, também se protege sob o manto de sua dignidade, embora sujeito às sanções do Direito Penal, as quais não podem ser cruéis nem perpétuas.

Eis que então, do princípio da dignidade humana irradiam-se os princípios penais retromencionados, em rol meramente exemplificativo, e que serão a seguir cada qual e sucintamente analisados para triplamente, sob o aspecto penal, proteger: i) a dignidade individual da vítima; ii) a dignidade individual do infrator; e iii) a dignidade humana difusa da comunidade. Longe de ser um exagero pensá-la no plural (em função de três perspectivas: comunidade, vítima e infrator), é antes uma exigência de clareza tratá-la em suas múltiplas singulares subjetividades e, então, por que não dizer em dignidades?

3 PRINCÍPIOS E REGRAS JURÍDICO-PENAIS DECORRENTES DA DIGNIDADE HUMANA

Inicialmente, cabe trazer uma proposta conceitual de regras e princípios jurídicos no sentido de que

> As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.
>
> Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2009, p. 78-79).

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EXPLÍCITOS

3.1.1 Legalidade (ou Reserva Legal)

Não há crime sem lei que o defina e comine pena. Dúplice legalidade: de definição e cominação.

É o princípio da legalidade protegendo a tríplice dimensão da dignidade humana. Pois todo e qualquer bem jurídico tutelado pelo Direito Penal é da vítima (individualidade desta), de todos (difusidade) e que o infrator, só assim o é considerado, porque seu comportamento é tipificado como crime (individualidade deste). Eis, então, o princípio penal da legalidade, normatizado na Constituição Federal, em seu artigo 5ª, inciso XXXIX, e abrindo o Código Penal, já no artigo 1°.

3.1.2 Anterioridade

Pelo princípio penal da dupla anterioridade da lei definindo o que é crime e qual é a pena, a dignidade difusa da comunidade é protegida contra o arbítrio. Vale reiterar: nenhum membro imputável da comunidade humana poderá ser apenado por lei que não anterior ao fato.

Por isso, não há que se falar em dignidade humana do infrator, pois não há infrator se a lei incriminadora é posterior.

Este princípio, tal como o da legalidade, está normatizado no art. 5°, inciso XXXIX, da Constituição Federal, e também disposto no art. 1° do Código Penal.

3.1.3 Retroatividade da lei penal benéfica

Pelo princípio da anterioridade, a lei penal não se aplica a fatos pretéritos. Tal regra é excepcionada pelo disposto no art. 5°, inciso XL, da Lei Maior e art. 2°, parágrafo único do Código Penal, os quais admitem a retroatividade da lei penal quando for benéfica ao agente do fato praticado anteriormente a sua vigência. É o princípio penal da retroatividade da lei mais favorável ao infrator, já condenado ou não, em razão de sua dignidade humana individual.

E dado o caráter geral, impessoal e abstrato da lei penal mais favorável, também respeitada é a dignidade difusa da comunidade, porquanto se trata de comando normativo erga omnes.

3.1.4 Personalidade ou da responsabilidade pessoal

A dignidade difusa da comunidade implica que a responsabilidade penal não pode atingir nenhum membro desta que não o infrator. Pelo princípio penal da personalidade ou da responsabilidade pessoal, somente a pessoa do agente deve arcar com as consequências de sua conduta. Impede, consequentemente, que aqueles que não participaram ou contribuíram para a prática delitiva sejam apenados.

Assim, nenhuma pena passará da pessoa do condenado, conforme dicção do inciso XLV, do artigo 5ª, da Constituição Federal.

3.1.5 Individualização da Pena

A lei regulará a individualização da pena conforme determina o art. 5°, inciso XLVI, da Carta Magna. Tal individualização (Código Penal, art. 59) estabelece que o juiz atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: i) as penas aplicáveis dentre as cominadas; ii) a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; e iii) a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível.

Isto significa dizer que a dignidade humana individual do

infrator e também a difusa da comunidade serão respeitadas na medida em que a pena, cominada a toda a comunidade, for aplicada àquele dentro das balizas estabelecidas no artigo 59, incisos I, II e IV, do Código Penal.

3.1.6 Humanidade

A proteção penal da dignidade individual do infrator resulta do seguinte: não será condenado a penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis. Penas, essas, inegavelmente violadoras dos direitos humanos, incompatíveis com o princípio da dignidade humana, ressaltando que tal princípio da humanidade está disposto na Constituição Federal, no art. 5ª, inciso XLVII.

Mais ainda, com a tipificação penal da tortura (Lei nº 9.455 de 7 de abril de 1997), incorre na pena de reclusão de dois a oito anos quem submete pessoa presa ou sujeita à medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal (art. 1ª, §1º). Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos (§2º), caso ainda resulte em lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta em morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos (§3º).

Eis a vertente do Direito Penal democrático, muito diferente daquele de quatro séculos atrás e citado por meio das Ordenações Filipinas, no Cap. 1, se usarmos os parâmetros atuais do que seja democrático.

3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS

3.2.1 Intervenção Mínima (Subsidiariedade)

Está relacionado com a natureza interventiva do Direito Penal na liberdade humana, que por isso deve intervir somente se e quando estritamente necessária a manutenção da paz, segurança e justiça social.

A intervenção penal, quando maior que necessária, afetaria a dignidade da comunidade, em sua paz, segurança e justiça, pois haveria para além do uso o abuso do Direito Penal.

3.2.2 Fragmentariedade

Haja vista que a intervenção penal na liberdade humana há de ser mínima, ou seja, proteger bens jurídicos sim, mas nem todos penalmente, dada a possibilidade de suficiente proteção jurídica extra-penal, fala-se,

então, na ideia, no princípio da fragmentariedade.

Tal princípio apenas protege alguns bens jurídicos, aqueles mais vitais para a comunhão humana. Apenas alguns fragmentos, e não a totalidade de todos os bens jurídicos. Senão, o mínimo passa a ser máximo e a parte (fragmento) vira o todo, desaguando em um Estado Penal onipresente, demasiado e, portanto, não protetor da dignidade humana individual e difusa.

3.2.3 Culpabilidade

Tal princípio consiste na exigência do elemento subjetivo, volitivo, consciencial para vincular o agente ao fato. Por ele, ninguém será punido por fato quando incapaz ou sem potencial consciência da ilicitude de sua conduta, bem como sendo do agente inexigível comportamento diverso, ou seja, requerendo uma conduta dolosa ou culposa do agente. Não há responsabilização penal objetiva, mas sim subjetiva (nullum crimen sine culpa).

Em decorrência desse princípio, dispõe o Código Penal, no artigo 18, que, salvo os casos expressos em lei (de negligência, imprudência e imperícia), ninguém será punido por fato previsto como crime, senão quando praticado dolosamente.

3.2.4 Taxatividade

O princípio penal da legalidade se completa com o princípio da taxatividade. Eis que, ao ser definido o crime, sua tipificação há de ser clara, precisa, com vistas a não permitir discricionariedades, arbitrariedades e também ser de fácil compreensão para os membros imputáveis da comunidade, destinatários da norma.

A definição do que será crime há de ser a priori taxativa. Do contrário, a dignidade difusa da comunidade é ameaçada e violada.

3.2.5 Proporcionalidade

O princípio penal da proporcionalidade se conecta de modo lógico com o da individualização da pena. Ao cominar a pena e ao aplicá-la, deve-se levar em conta a gravidade da infração penal, configurando-a como um meio necessário e suficiente para atingir seus fins retributivos, preventivos e de ressocialização, com isso evitando excessos na punição e também a impunidade por insuficiência da intervenção estatal.

Assim, atende o princípio penal da proporcionalidade a dignidade humana tanto da comunidade quanto do infrator.

3.2.6 Diversos outros Princípios Penais e Regras Jurídicas igualmente decorrentes da Dignidade Humana

Diversos princípios penais poderiam ser elencados e explicitados, com maior cientificidade e profundidade, sobretudo considerando a vertente doutrinária do garantismo (FERRAJOLI, 2010, p. 93) a exemplo das variantes do princípio da legalidade dentre outros.

No entanto, a perspectiva ideológica deste artigo em todo caso não se alteraria, pois a normatividade jurídico-penal (princípios e regras) na atualidade democrática terá sempre como base fundante a dignidade humana, aqui vista sob o protagonismo da vítima, do infrator e da comunidade.

Por outro lado, tudo quanto restou dito sobre ser decorrência do princípio da dignidade as regras e princípios jurídico-penais acima mencionados, aplica-se mutatis mutandis para os que foram omitidos, bem como no campo do processo penal, conforme já difundido alhures (RIGATO, 2010).

CONCLUSÃO

À vista das reflexões expostas, conclui-se que a proteção penal da dignidade da pessoa humana repousa na dignidade difusa da comunidade, na dignidade individual da vítima e na dignidade individual do infrator. Dignidade humana plurissubjetiva juridicizada por meio de inúmeros princípios penais, tais como o da legalidade, da anterioridade, da retroatividade da lei penal benéfica, da personalidade ou da responsabilidade pessoal, da individualização da pena, da humanidade, da intervenção mínima, da fragmentariedade, da culpabilidade, da taxatividade e da proporcionalidade, entre outros aqui não mencionados, mas a todos subjacente a ideia de dignidade humana como valor supremo e, portanto, princípio matriz do direito penal democrático do qual irradiam-se todos os demais princípios e regras penais atuais, enquanto núcleo axiológico da brasilidade do Estado Democrático de Direito e de fato.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. A condição humana. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. rev. e ampl.São Paulo: Malheiros, 2009.

BECCARIA, Cesare (1738-1794). Dos delitos e das penas, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, vol. 1: Parte Geral. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DEVINE, Carol; HANSEN, Carol Rae; WILD, Ralph. Direitos humanos : referências essenciais. São Paulo: EDUSP, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HUSEK, Carlos Roberto. Curso de Direito Internacional Público. 10 ed. São Paulo: LTr, 2010.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos: texto integral. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MAIA NETO, Candido Furtado. Código sobre direitos humanos: para a justiça criminal brasileira. 1 ed. São Paulo: Editora Forense Jurídica, 2003.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A pena capital e o direito à vida. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte Especial. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Individualização da pena. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Código Penal comentado. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro V.

RIGATO, José Aparecido. A persecução penal frente à(s) dignidade(s) humana(s). In: 4º Congresso Virtual Nacional do Ministério Público, 2010. Disponível em http://www.congressovirtualnacionalmp.org.br

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 5 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 30 ed. São Paulo: Editores Malheiros, 2008.

Data Recebimento: 02 de agosto
Data Aceite: 25 de outubro