

A CIÊNCIA JURÍDICA COMO CAMINHO DE AFIRMAÇÃO E VALORAÇÃO DO SER HUMANO

Legal Science as a way of affirmation and valuation of Human Being

Manuel Monteiro Guedes Valente¹

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. O Princípio da Realidade. 3. A equidade. 4. Legalidade material. 5. Princípio da constitucionalidade. 6. Princípio da Humanidade. 7. Direito Penal Penitenciário.

RESUMO O artigo traz à colação as tendências de despojar o ser humano de valores, princípios, axiomas e normas jurídicas de um Estado Democrático de Direito, desvinculados de um pensamento epistemológico e axiológico. A afirmação e valoração do ser humano, face a este deambular conceitual, só é atingível se a evolução societária assentar no pensamento de uma ciência jurídica que legitima e limita a ação do poder estatal, conferindo-lhe um *dever-ser* subsumido ao *munus* jurídico e aos direitos humanos, que evita um poder de agir vazio de legitimidade. O artigo tem como núcleo central a ideia de ser humano – fim em si mesmo – o qual se autodetermina em conformidade com a ordem jurídico-material.

ABSTRACT: The article refers to the tendencies of denuding of the human being, the values, principles, axioms and juridical standards of a Democratic State, on a non-epistemic and axiological thought. The statement and value of the human being, concerning this conceptual ramble, its only possible if the society's evolution settles on the thought of a juridical science, with makes legit and also limits the action of the state power, which gives it a “must be” subsumed to the “munus” juridical and the human rights, avoiding a power of action empty of legitimacy. The article has as main subject the idea of human being – an end by itself – that self determinates according to the juridical-material order.

Palavras-chaves: Ser Humano. Ciência Jurídica. Direitos. Princípios. Poder. Humanidade.

Keywords: Human being. Legal Science. Rights. Principles. Power. Humanity.

1. INTRODUÇÃO²

Os caminhos do *saber* – epistemológico e axiológico – são árduos e espinhosos. O saber legitima a ação humana, mas deve assumir-se como barreira

¹ Doutor em Direito Penal pela Universidade Católica Portuguesa. Diretor do Centro de Investigação e Professor do Instituto (ICPOL). Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. Professor Convidado da Universidade Autónoma de Lisboa. Investigador do *Ratio Legis* (UAL).

² Texto apresentado com base em palestra ministrada para os alunos do Curso de Pós-graduação *lato sensu* em Direitos Humanos da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado, Turma 2010/2011, no dia 01.05.2012, realizado em conjunto com a Escola da Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo.

intransponível dos ímpetos egoístas de ascensão dominadora de uns sobre os outros. O *estado natureza* é neutralizado para dar espaço ao *estado legal* em que todos os cidadãos cedem parte da "*sua liberdade com vista ao bem público*" de modo a evitar que a atuação de qualquer homem sobre outro homem se converta em tirania. A comunidade assume o desiderato de se estabelecer uma ordem jurídica fundada "*na necessidade de defender o depósito do bem-estar público das usurpações particulares*" (BECARIA 1998: 65).

O Direito aparece quando a ordem social, enquanto reflexo de valores e princípios de intervenção de todos os atores sociais, demonstrar a necessidade de assunção e consunção da ordem social pelo *munus* jurídico. Face à comunicabilidade intersubjetiva assente na certeza da existência de um *Eu* e de um *Outro* e à necessidade de regular e de possibilitar ou facilitar a convivência entre o *Eu* e os *Outros*, esgotada a regulação social, surge a norma jurídica: abstrata, geral (universal), coercível e imperativa. A norma jurídica assume a formalização da norma material e não apenas a formalização do que *o legislador político delibera como direito segundo um procedimento* legalmente instituído³. Afastamo-nos do direito positivista puro que assenta a legitimidade do Direito na legalidade formal. Este direito pode ser o resultado de um poder instituído sem ser democrático, criador de um direito, cuja validade não é fruto da "*vontade, convocada a legislar*" (RADBRUCH 1999: 23) nem se afirma por uma forma legal aderente à discricionariedade do julgador⁴.

A ideia de democracia da normatividade está presente no artigo 1.º da CRFB ao considerar primeiro que a República Federativa do Brasil é um *Estado Democrático* e, conseqüentemente, é um Estado *de Direito*. A Constituição brasileira submete o *Direito constituído e a constituir* aos valores da Democracia – em especial, a dignidade da pessoa humana em toda a sua dimensão e independente da sua

³ Afastamo-nos das teses de MAX WEBER de que a legitimidade da lei está na forma ou em exclusivo na forma resultado da decisão do legislador político por não assentar em uma legitimidade democrática, ou seja, por não ser a manifestação da sociedade e, por conseguinte, da vontade popular. Cfr. MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Colónia, 1964, Cap. III, 2, pp. 160 e ss. Este estudo encontra-se em português em MAX WEBER. 2009. *Conceitos Sociológicos Fundamentais*. Tradução do alemão *Soziologische Kategorienlehre* (com o 1.º capítulo de *Wirtschaft und Gesellschaft*) de ARTUR MOURÃO. Lisboa: Edições 70, Lda., pp. 21-41 (32-33). Quanto a uma análise crítica das teses de Max Weber, inclusive de que o direito é fruto de uma racionalidade própria, independente da moral, por considerar que a "legalidade pode, exclusivamente, receber a sua legitimidade de uma racionalidade de procedimento de grande valor moral", JÜRGEN HABERMAS. 1999. *Direito e Moral*. (Tradução do alemão *Recht und Moral* (Tanner Lectures 1986) aus «Faktizat und Geltung Beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaates» de SANDRA LIPPERT). Lisboa: Piaget Editora.

⁴ Como o comando normativo que existia após a revolução marxista-leninista de 1919 – «Toda a ofensa dos princípios revolucionários será punida. A determinação da natureza da pena cabe à livre discricção do juiz» – que o Projeto alemão de 1930 queria adotar para o §260.º do Código Penal. Esta construção jurídica aberta, que ENGLISH designa de cláusula aberta levada ao extremo por não estar subordinada ao princípio do casuísmo, é contrária ao Estado de direito (ENGLISH 1996: 230-231).

condição social –, que se apresentam como legitimadores e limites intransponíveis do político legislador.

A assunção de um Direito democrático traz, à relação dialética humana, a equidade adequada à harmonia e ao desenvolvimento dos seres humanos em comunidade e, neste desiderato, limita ou tenta limitar os *impulsos egoístas* para que todos os cidadãos se afirmem como membros ativos – personalidade e capacidade de gozo e exercício – contribuintes de um desenvolvimento comunitário. O *princípio do prazer*, detentor dos impulsos egoístas do indivíduo, equilibra-se com o *princípio da realidade*, detentor da limitação a esses impulsos e do sacrifício vivencial em comunidade (MUÑOZ CONDE 2001: 40). Esta filosofia limitativa do princípio do prazer, do impulso egoísta, engloba o poder legislativo e político de modo a subordiná-lo ao *princípio da realidade material* e aos princípios regentes da restrição da liberdade dos cidadãos inscritos na Constituição formal e material sob pena do direito se converter em força ilegítima por ultrapassar o depósito público por parte dos cidadãos "da mínima parte possível, aquela apenas que baste para induzir o Estado" a defendê-los (BECCARIA 1998: 65).

2. O PRINCÍPIO DA REALIDADE

O *princípio da realidade* é preenchido pelas *normas jurídicas* que garantem ao cidadão a vivência comunitária com respeito da sua personalidade e dos seus direitos e deveres. Impõe-se um espaço dialético de construção de uma ciência jurídica que olhe a norma e a realidade e construa um edifício sólido que evite o domínio de *um* ou de *uns* sobre os *outros*. Esta construção discursiva assenta na ideia de se edificar um pensar que afaste os indivíduos soberanos do *estado natureza* (BOBBIO 2007: 28) para que se construa uma validade jurídica acima de qualquer arbitrariedade própria dos legisladores humanos (RADBRUCH 1999: 22). Defende-se uma ordem jurídica para um Estado subordinado ao princípio da realidade jurídica vinculativa – Estado de direito democrático – que se assuma como o regulador do "uso da força de que o Estado dispõe" (BOBBIO 2007: 61).

É neste espaço dialético de relevo da ciência jurídica como limite do poder arbitrário e do poder despótico, inerente ao ser humano, que se centra o nosso pensamento de *afirmação e valorização do ser humano* por quatro razões fundamentais: o princípio do prazer do homem legislador encontra-se vinculado à vontade do real – *munus* material; o princípio da realidade normativa representa uma vontade democrática que subordina a decisão do legislador político; a lei é fruto de uma *vontade convocada* pela sociedade; é essa lei que garante a efetiva tutela *erga omnes* dos direitos humanos por a sua violação acarretar consequências jurídicas em qualquer espaço terrestre.

Esta dialética impõe uma Constituição que se apresente como a manifestação material do “*todo dinâmico, onde os conflitos, entre bem individual e bem público, têm que ser compensados, (...) , à luz de princípios supremos constitucionais e de uma compreensão holista da constituição*” (HABERMAS 1999: 48). O princípio da realidade, barreira fixa do princípio do prazer do indivíduo e do poder estatal, deve promover uma ciência que seja o estabelecimento de uma ordem jurídica em que a “*regra de Direito tem como consequência jurídica direitos*” e, em simultâneo, “*deveres*”, *i. e.*, em que a norma jurídica se assume como comando e proibição do Direito, como comando imperativo e valorativo de aprovação e de desaprovação (ENGLISH 1996: 35 e 46).

Este pensamento conduz-nos ao axioma hegeliano de que uma *sociedade segura de si mesma*, organizada sob um Direito legítimo e judicialmente sancionado sob a égide dos princípios, “*pune de forma mais suave do que uma sociedade que se encontra sob a ameaça da dissolução*”⁵ e em desorganização total. JAKOBS adere a esta tese, quando argumenta contra a construção teórica da causalidade de KANT nos crimes contra a propriedade – furto – e a respetiva pena, em que afirma que o *dano social* “*depende mais da fortaleza ou debilidade da estabilidade da estrutura normativa*” e não de uma “*observação abstrata*” do agente do crime (JAKOBS 2006: 110-111).

Afastando-nos da tese jakobsiana, procuramos edificar uma ciência jurídica que assente na ideia de Direito, melhor, que seja uma “*unidade entre o conceito e a realidade*” (HEGEL 1949: 239), que se apresente como limite à tentação tirânica da desenfreada criminalização de condutas humanas e da aplicação de penas desumanas e desproporcionais por serem opostas à tutela efetiva do “*bem público e ao próprio fim de impedir os crimes*” (BECCARIA 1998: 67).

3. A EQUIDADE

Imprime-se, desta feita, uma *equidade* própria das sociedades assentes na ideia de que todo o cidadão é credor de um *espaço de liberdade, de justiça e de segurança* inerente a um Estado de direito material que se legitima em uma legalidade convocada pela vontade popular à qual se subordina e à qual subordina o poder político-legislativo. Esta aceção jurídico-obrigacional do cidadão *versus* Estado, em que um se afirma como credor do outro, é promotora de uma normatividade jurídica de proteção dos seres humanos ou de uma “*lei de proteção*” dos seres humanos⁶.

⁵ Remetemos este breve resumo para GEORG HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821, publicado em GLOCKNER (Editor). 1952. GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL. *Sämtliche Werke. Jubiläumsausgabe in 20 Bänden*. Tomo 7. 3. ed., §218.

⁶ Sufragamos a posição de GUSTAV RADBRUCH quando fala da instauração de um Código Penal que deva ser «*uma futura “lei de proteção” () dos seres humanos*» (RADBRUCH 1999: 120).

O Estado assume, desta forma, o equilíbrio de intervenção sob a égide de uma ciência jurídica que neutraliza (retirando-lhe) “a vingança da mão do ofendido” (RADBRUCH 1999: 120), cabendo-lhe a prerrogativa de proteger melhor a vítima e a comunidade contra o crime e os seus agentes e, em equidade simultânea, a prerrogativa de proteger o agente do crime contra a força punitiva estatal limitando-se à ordem jurídico-criminal integral que cria. Esta ciência jurídica afirmativa e valorativa dos seres humanos, enquanto membros ativos da sociedade, encontra a *ratio* numa lógica de equilíbrio sob uma ordem jurídica que protege o Estado face ao cidadão e o cidadão face ao poder do Estado e, seguindo o pensamento jurídico-criminal, pode-se falar de uma ordem jurídica que se assume como uma *Magna Charta* “contra a arbitrariedade e o erro judicial” (RADBRUCH 1999: 120).

A afirmação e valorização dos seres humanos centradas em uma ciência jurídica, epistemológica e axiológica, democrática, implicam que olhemos a “*intervenção da justiça através das ideias dos direitos do homem*” como modo de fiscalização e controle não das populações alvo da repressão, mas *da própria ação repressiva* (MAILLARD 1995: 108).

A assunção de que o Direito, em especial o Direito penal, tem a função de preservação do “bem público” por meio de uma justiça humana, relativa por natureza, impõe-se-nos um pensar racional positivado e subordinado aos princípios da legalidade material, da constitucionalidade e da humanidade como regentes e orientadores de uma ciência jurídica construtiva de um paradigma de um código jurídico que consome os “*conteúdos do código da moral e do poder*” (HABERMAS 1999: 82), libertando o sistema jurídico do modelo fechado de modo a integrar os modelos aberto – limitado ao *dever ser* do macrossistema –, causal e modal. Defende-se, deste modo, um sistema jurídico integral que admita uma racionalidade legitimada pela legalidade judicialmente sancionada em obediência à unicidade da ordem jurídica como um todo e nunca como uma parte de um todo.

4. LEGALIDADE MATERIAL

A *legalidade material* legitimante de um Estado democrático de direito concentra, em si mesma, valores jurídicos como a tipicidade, a irretroatividade, a espacialidade ou territorialidade, o Estado de direito como fonte legitimante da lei. Pode-se afirmar que o princípio da legalidade material é a pedra angular do princípio da segurança jurídica que garante ao ser humano a autoconformação e autodeterminação segundo a plena autonomia da vontade⁷ e o pleno conhecimento da amplitude legal

⁷ Neste campo, não perfilhamos de todo da ideia de JEAN DE MAILLARD de que a autonomia da vontade, como manifestação de aquisição de direitos e deveres por uma vontade autónoma e livre, só é possível para “os indivíduos que respeitam o contrato social” (1995:78), por ela poder existir num estádio espacial e temporal próprio do *estado natureza*, onde, até, pode ter a sua maior profundidade por se encontrar limitada tão só à lógica de poder individual (ou autopoder).

atribuída ao Estado, que lhe permite responsabilizar judicialmente por incumprimento das obrigações e violação dos limites.

Chamamos à colação o pensamento de JESCHEK e WEIGEND, quando nos falam do Estado de direito em sentido material, de dimensão democrática, como a assunção de um sistema jurídico que impõe que qualquer a criminalização de uma conduta humana assente em uma *vinculação objetiva* – deve-se eliminar o reflexo de considerações sentimentais, religiosas, e optar-se por considerações dignas de tutela penal por afetarem bens ou interesses essenciais à convivência da sociedade⁸ –, no *princípio da proporcionalidade* ou da *proibição do excesso* – quer quanto à adequação, quer quanto à necessidade da intervenção do Direito (administrativo sancionatório ou penal), quer quanto à sanção ou consequência jurídica a aplicar e a executar e à gravidade da ação e do resultado produzido pela violação da norma jurídica, quer quanto aos meios probatórios empregues sob o lastro de um processo jurisdicionalizado, quer quanto ao princípio da proporcionalidade *stricto sensu* – e no *princípio da igualdade* – que, sendo a maior manifestação e fundamento do princípio da legalidade, implica uma tutela dos bens jurídicos igualitária independentemente da origem social da vítima ou do agente do crime, que deve, por sua vez, beneficiar de forma igualitária das penas alternativas à pena de prisão ou de multa desde que preenchidos os respectivos pressupostos e requisitos (JESCHEK e WEIGEND 2002: 28-29).

Esta legalidade legitimante da ação estatal protetiva do ser humano impõe uma edificação da *igualdade* como reflexo de democraticidade do mundo jurídico e da pretensa necessidade de eliminar os «santuários» personalísticos impolutos ou as ilhas de impenetrabilidade da ordem jurídica. A igualdade assume-se como corolário da legalidade material do Estado tutelar dos direitos e deveres do ser humano e onera o decisor político e legislador a criar uma ordem jurídica de afirmação e valoração igualitária para todos os membros da comunidade. A ciência jurídica está obrigada a orientar o pensar jurídico em edificar um Estado democrático de direito material e social sob o primado da igualdade. Sem igualdade, não existe democracia e, muito menos, Estado democrático de direito com a garantia da liberdade como o único direito natural que absorve a igualdade e os demais direitos humanos (BOBBIO 2002: 70-75).

A ordem jurídica democrática deve defender e manter-se segundo os pressupostos do princípio da legalidade que a idade das luzes implementou como modo de promover uma igualdade entre os seres humanos, firmada no princípio da segurança jurídica que lhes dá as linhas de vivência individual e comunitária e lhes dá a garantia de que só é (será) submetido a uma norma jurídica escrita, prévia, clara e certa, legítima, válida, vigente e efetiva: *p. e.*, o ser humano não pode ser submetido a uma ação penal por fato que a lei não preveja por escrito, com certeza e clareza (sem dúvidas e ignorância), como crime (VALENTE 2009: 60-63).

⁸ Afetação que se pode refletir na agressão efetiva ou no perigo de lesão do bem jurídico a tutelar.

A igualdade ganha fôlego de primazia dos direitos fundamentais na visão democrática de Rousseau, advinda da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em França, cuja materialização se operou na Constituição Francesa de 1793, em que aparece como primeiro dos direitos naturais, inalienáveis, sagrados e imprescindíveis do homem, a par da liberdade, da segurança e da propriedade⁹.

5. PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE

O princípio da *constitucionalidade*¹⁰ ganha dimensão formal – e garante a dimensão material da tutela jurídica a todo o ser humano – com a instituição do Estado constitucional e a sujeição do poder político-legislativo, judicial e executivo à Constituição e à lei. A consagração positiva de comandos preceptivos – impositivos constitucionais de imediata aplicação ao caso concreto – e de comandos programáticos – carentes de uma lei de implementação sem nihilificação do conteúdo real constitucional – traz para o macrossistema social a efetividade da subordinação do poder à *ordem jurídico-material* válida (CANOTILHO e MOREIRA 2010: 799). A obrigatoriedade dos atores estatais – hermenutas e aplicadores do Direito – pensarem, decidirem e agirem de acordo com a Constituição e o direito supraconstitucional, onera-os a submeterem-se a um pensar jurídico conceptual do ser humano e conceptual do Estado de um tempo e de um espaço concreto sem alguma vez perderem o sentido da realidade.

A complexidade da sociedade atual e os novos (velhos) fenómenos da criminalidade organizada transnacional, que destrói as fronteiras entre a atividade criminosa e o atividade lícita – que é um contínuo daquela por ter de transformar o ilícito em lícito dentro da ordem jurídica vigente, como se tratasse de uma *interpenetração* constante das atividades – não podem fundamentar as teorias negativistas da ordem jurídica estabelecida por considerarem que o reduto de um poder limitado do Estado deixou de tutelar a liberdade, a justiça e a segurança dos seres humanos e deixou de distinguir o ilícito do lícito, tendo em conta que o Direito passou a ser *condição e consequência* e o criminoso a ser invisível, *imprevisível*, cuja *repressão é improvável* e a “*reparação incerta*” (MAILLARD 1995: 102-104 e 122-123). Este enleado conceptual, realisticamente edificado por um discurso belicista ou securitário, conduz ao ensejo e

⁹ Quanto a um maior desenvolvimento sobre este assunto, PAULO OTERO. 2007. *Instituições Políticas e Constitucionais* – Volume I. Coimbra: Almedina, p. 240-246.

¹⁰ Quanto a uma teorização profunda e ampla do princípio da constitucionalidade inerente ao Estado de direito material, social e democrático, JORGE MIRANDA. 2007. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Coleção Clássicos Jurídicos. Coimbra: Coimbra Editora e RUI MEDEIROS. 1999. *A Decisão de Inconstitucionalidade? Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: UCE.

ao *impulso egoísta* de criminalização de todas as condutas humanas que representem perigo para a ordem pública e leva-nos à negação da constitucionalidade material dos bens jurídicos como limite da intervenção penal.

O princípio da constitucionalidade deve ser assumido por toda a comunidade social e jurídica como um princípio reitor da legiferação e da hermenêutica jurídica e fundamento epistemológico e axiológico de uma ciência, autónoma e com princípios independentes, adequada a restringir a negação do ser humano ou a redução conceptual de pessoa ao mundo do cognitivo¹¹. Reclamamos este princípio como uma barreira intransponível da afirmação e valoração do ser humano como detentor inato – independentemente da origem, da raça, da cor, da ideologia, da religião, da fisionomia, do meio social – de direitos e deveres por nele se concretizar a dimensão da dignidade da pessoa humana.

6. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

Esse desiderato implica uma construtividade normativa, base da ciência jurídica, subordinada ao princípio da *humanidade*. Este princípio impõe a defesa e a efetividade de uma ordem jurídica centrada no «rosto humano», em especial da normatividade jurídico-criminal que não deve ser “*um instrumento de configuração social, mas tão só um meio de elaboração e ordenação da coexistência das liberdades*” (BADURA 1967: 25). Desta forma impõe-se que se olhe para o sistema jurídico-criminal, que implica a aplicação de sanções criminais, sem olvidar a personalidade do agente do crime (JESCHEK e WEIGEND 2002: 29-30), sob pena de delação total da reinserção ou tratamento do delincente. O princípio da humanidade é uma consequência da constitucionalização do exercício dos poderes – político-legislativo, judicial e executivo – e a positivação das normas garantes dos direitos e deveres dos seres humanos inseridos em uma comunidade¹².

O princípio da *humanidade*, como princípio regente de uma ordem jurídica que se inscreva como caminho da afirmação e valoração do ser humano, é o reflexo

¹¹ Neste sentido e na defesa de uma normativização da dogmática jurídico-criminal, que lemos e analisamos com os olhos da humildade científica, mas com a qual discordamos por se afirmar como uma negação automática do múnus antropológico e a valorização do abstrato como *prima facie* da comunicabilidade existencial humana, GÜNTHER JAKOBS. 2003. *Sobre la Normativización de la Dogmática Jurídico-penal*. Tradução do alemão *Die Idee Normativierung in der Strafrechtsdogmatik* por MANUEL CANCIO MELIÁ. Madrid: Thomson – Cuadernos Civitas, p. 15-45.

¹² Como já escrevemos, a humanização do direito criminal é um desiderato jus constitucional desde 1822, passando pelas Bases da Constituição de 1821, como se retira do art. 12.º das Bases da Constituição e dos artigos 10.º e 11.º da Constituição de 1822, ao se consagrar a lei criminal à necessidade de intervenção, à proporcionalidade entre o crime e as penas abstrata e concretamente aplicáveis, à pessoalidade e intransmissibilidade das penas, à proibição de penas degradantes, cruéis e da tortura (VALENTE 2009: 66).

do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1.º da CRFB, no art. 1.º da CRP e no art. 1.º da Constituição da Alemanha. Este valor suprajurídico, meta-jurídico ou metapositivo, impõe à ciência jurídica que crie os postulados científicos de uma ordem jurídica valorativa do ser humano por ele ser o verdadeiro usufruidor e destinatário – sujeito – da construção normativa vinculante do ente público e do ente privado. Esta dimensão da humanidade expressa-se com profundidade no *sistema jurídico-penal integral: direito penal material, processual e penitenciário*. Este é um espaço científico de eleição dos atores judiciais e policiais, carente de estudos, que precisa de ser aprofundado com o rigor científico autônomo e independente para melhor se defender a comunidade e o ser humano, seu membro ativo.

O princípio da humanidade, como escrevêramos nas primeiras linhas, implica que a consequência jurídica da infração tem de derivar da “absoluta necessidade”, caso contrário “é tirânica” e desumana e violadora da dignidade da pessoa humana. Como escreveu BECCARIA:

a atrocidade das penas – se não imediatamente oposta ao bem público e ao próprio fim de impedir os delitos – é [inútil] não só àquelas virtudes benéficas que são o efeito de uma razão iluminada – que prefere dirigir homens felizes a um rebanho de escravos, onde circule perpetuamente tímida crueldade – mas também à justiça e à natureza do próprio contrato social (BECCARIA 1998: 64-67).

Consideramos que o princípio da humanidade deve ter assento na tipificação jurídico-criminal das condutas humanas negativas e das consequências jurídico-criminais e na respetiva aplicação e execução das penas. No primeiro caso, proíbe-se, por força constitucional, ao legislador penal a opção pela criminalização de condutas cujo bem jurídico não tenha dignidade penal e, na mesma linha lógico-sistemática, proíbe-se a opção pelas penas de morte, cruéis, degradantes e ofensivas da dignidade humana da pessoa reclusa¹³. Pode-se afirmar que o princípio da humanidade inculca o legislador a *tipificar como crime* as condutas humanas negativas dignas de ocuparem o oceano do Direito penal e, *como consequências jurídicas* dessas condutas humanas, as penas *enraizadas na teleologia do Direito penal* [equilíbrio entre a tutela de bens jurídicos lesados ou colocados em perigo de lesão e proteção do delinquente face à força do poder de punir] e *adequadas às finalidades das penas* [prevenção geral positiva e negativa e a prevenção especial positiva e negativa] e *adequadas ao comando constitucional de respeito da dignidade da pessoa humana*¹⁴: o legislador penal não deve esgotar-se na tipificação da pena única de prisão, mas deve estatuir penas alternativas abstrata e concretamente exequíveis.

¹³ Cfr. art. 30.º e art. 1.º da CRP.

¹⁴ Cfr. art. 1.º da CRP. Por isso deve vigorar o princípio de que, sempre que seja possível aplicar uma pena alternativa à pena de prisão e que a mesma cumpra o desiderato da pena e do Direito penal, não se aplique a pena de prisão.

No segundo plano – o da aplicação e execução das penas –, o princípio da humanidade onera o legislador penal a recusar a opção pela prisão perpétua e pelas consequências jurídicas de tempo indeterminado e a eliminar qualquer possibilidade de objetivar ou coisificar o recluso sob pena de contradição dogmática inerente à “vinculação ao Direito e à utilidade político-criminal” (ROXIN 2002:49). Impõe-se, neste plano, que relembremos o pensamento de BOBBIO quando escreveu que o Estado de direito (democrático), a «lei estabelece não só o “quando” e o “como” da força a empregar, mas também o “quanto”» (BOBBIO1999: 101), porque onera-se o Estado a criar as condições humanas dignas na execução e cumprimento da pena ou medida privativa da liberdade. O recluso não é uma coisa ou uma não pessoa. É um ser humano privado de uma das liberdades: *ius ambulandi*.

O princípio da humanidade determina ao legislador que produza os adequados instrumentos jurídicos em geral e jurídico-criminais em particular para que os operadores judiciários atuem materializando a dignidade da pessoa humana¹⁵ e que aqueles optem por uma conduta jurídico-operativa que respeite a *pessoa* como *ser humano* portador de defeitos e de virtudes, de direitos e de deveres. Impõe-se ao legislador que crie uma ordem jurídica legítima e válida e, como pressuposto axiológico da utilidade comunitária e vinculadora da norma, vigente e efetiva, sob pena da ordem jurídica ser dotada de “fraqueza cognitiva” e respetiva “fraqueza motivacional” por *excesso de indeterminação* (HABERMAS 1999: 59).

A nossa conceção de humanidade enraíza-se no pensamento kantiano: por um lado, afasta a ideia do ser humano como objeto ou meio da sociedade ou de outros seres humanos, pois o ser humano é em si mesmo um fim, é um sujeito de direito dotado de história, é a razão de ser de todas as coisas; e, por outro, o ser humano encontra-se autovinculado a este desiderato que não pode alienar e de que não pode despojar-se e todos os seres humanos se encontram vinculados à ideia de que o ser humano é um sujeito dotado de dignidade (OTERO 2007: 209)¹⁶.

Esta construção jus-filosófica conduz-nos a defender que a ciência jurídica deve, no quadro criminal, chamar para o debate o *princípio da recuperação ou ressocialização ou do tratamento do delinquente*¹⁷ como consequência dos princípios da humanidade e da legalidade material que preconizam uma execução da sanção penal

¹⁵ A preocupação com as vítimas como concretização da humanização do Direito penal está patente nos artigos 5.º e 6.º da Lei n.º 51/2007, de 31 Agosto, e que se manteve no art. 5.º e na al. a) do n.º 1 do art. 8.º da Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho.

¹⁶ Mantemos a nossa posição desenvolvida em MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE. 2009. *Política Criminal. A Ação da Polícia na Prossecução dos Seus Vetores e Princípios*. Brasília: ANP – Polícia Federal, p. 65-68.

¹⁷ Desiderato exposto no Preâmbulo do CP/82 que prescreve que a *pena* terá de acarretar um pendor *pedagógico e ressocializador*. Quanto a este assunto, JOSÉ SOUTO DE MOURA. 2006. “Alternativas à Pena de Prisão”, in: *Direito ao Assunto*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 123.

humanista e de responsabilidade individual de modo a devolver ao recluso, cumprida a pena, a liberdade em sociedade (JESCHEK e WEIGEND 2002: 29)¹⁸.

7. DIREITO PENAL PENITENCIÁRIO

A ciência jurídica humanista, inata à legalidade material, impõe que o *direito penal penitenciário* seja *vigente e efetivo* em estabelecimentos penitenciários idôneos em que a execução das penas se deve direcionar para a ressocialização real do delinquente. Esta assunção epistemológica exige ao cientista ou ao estudioso destas temáticas que encontre axiomas de uma política criminal transistêmica que seja o rosto do macrosistema social. Só, desta feita, podemos falar de uma *unicidade da ordem jurídica afirmativa e valorativa do ser humano* como pessoa ativa de uma sociedade.

Assumimos uma *ciência jurídica como caminho de afirmação e valorização do ser humano* que se construa sob o primado objetivo – *fim* (*Zweck*) que absorve ação, que é o *meio* de alcançar o *fim* – e o primado subjetivo – *móbil* (*Triebfeder*) – de um Direito licenciador e estimulador de “*uma dinâmica de fundamentação, que transcende, igualmente, o direito vigente*” (HABERMAS 1999: 64), e efetivo, em que o imperativo prático kantiano – *Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio* (KANT 2008: 70-73) –, manifestante da autonomia da vontade que garante ao ser humano uma transcendência sobre a norma jurídica, que se apresenta como construção cognitiva da relação intersubjetiva comunicativa¹⁹, e o afirma como pessoa – *fim em si mesmo* – que se autodetermina em conformidade com a *ordem jurídico-material válida*.

O ser humano é, nesta linha pensamento, sujeito de direitos e deveres e não um objeto da normatização politico-legislativa. Esta aceção inculca-nos a olhar para todos os seres humanos como pessoas e nunca como coisas sob pena de negarmos a própria existência humana, porque é o efetivo exercício dos direitos e liberdades fundamentais pessoais, sociais, económicos e políticos que garante a democracia como princípio de um Estado de direito material e social.

¹⁸ No sentido da ressocialização como um dos topos da política criminal que não seguido pelo legislador português, MANUEL DA COSTA ANDRADE. 2007. “Lei-Quadro da Política Criminal (Leitura crítica da Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio)”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência* (RLJ), n.º Ano 135, n.º 3938, p. 265-266.

¹⁹ Como se depreende destas palavras, afastamo-nos na íntegra da construção jakobsiana da normatização das relações humanas, que não são consequência de existência ou construção cognitiva da pessoa. O direito é que é a consequência cognitiva da existência da pessoa real. Quanto à tese de GÜNTHER JAKOBS. 2003. *Sobre la Normativización*, p. 15-45 (43).

Essa nossa visão assenta em uma ciência jurídica que não edifique um sistema jurídico em que o poder sem direito seja cego e em que o direito sem poder seja vazio (Bobbio 2000: 239-240). A assunção plena do Estado de direito material social e democrático, como fruto de uma ciência jurídica humana, é o único caminho para que passemos, como escreveu Bobbio (1999: 111), do *reino da violência ao reino da não violência*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, MANUEL DA COSTA. 2007. “Lei-Quadro da Política Criminal (Leitura crítica da Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio)”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência* (RLJ), Ano 135.º, n.º 3938.

BADURA, PETER. 1967. *Das Verwaltungsrecht des Liberalen Rechtsstaates. Methodische Überlegungen zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & CO .

BECCARIA, CESARE. 1998. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução do *Dei Delitti e Delle Pene* de JOSÉ DE FARIA COSTA. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

BOBBIO, NORBERTO e VIROLI, MAURIZIO. 2007. *Direitos e Deveres na República. Os Grandes temas da política e da cidadania*. Tradução do italiano *Diálogo Intorno alla Republica* de DANIELA BECCACCIA VERSIANI. Rio de Janeiro: Elsevier.

BOBBIO, NORBERTO. 2000. *Teoria Geral da Política. A filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, (Tradução do *Teoria Generale Della Politica* de DANIELA BECCACCIA VERSIANI). 20.ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier.

_____, 1999. *As Ideologias e o Poder em Crise*. Tradução do italiano *Ideologie e il potere in crisi* de GILSON CESAR CARDOSO. 4. ed., Brasília: UnB.

_____, 2002. *A Era dos Direitos*. Tradução do italiano *L'età del Diritti* de CARLOS NELSON COUTINHO. 14. ed., Rio de Janeiro: Editora Campus.

CANOTILHO, J. J. GOMES e MOREIRA, VITAL. 2007. *Constituição da República Portuguesa Anotada* – Vol. I. 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora.

DIPPEL, HORST. 2007. *História do Constitucionalismo Moderno. Novas Perspectivas*. Tradução de ANTÓNIO MANUEL HESPAÑA e CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

ENGLISH, KARL. 1996. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução do alemão *Einführung in das Juristische Denken* de JOÃO BAPTISTA MACHADO. 7. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

FERRAJOLI, LUIGI. 2005. *Derecho y Razon. Teoria del garantismo penal*, (Tradução de PERFECTO A. IBÁÑEZ, ALFONSO R. MIGUEL, JUAN CARLOS B. MOHINO, JUAN TERRADILLOS BASOCO, ROCÍO C. BANDRÉS). 7. ed., Madrid: Editorial Trotta.

HABERMAS, JÜRGEN. 2006. *Técnica e Ciência como “Ideologia”*. (Tradução do *Technik und Wissenschaft als «Ideologie»* de Artur Morão). Lisboa: Edições 70.

_____, 1999. *Direito e Moral*. (Tradução do alemão *Recht und Moral (Tanner Lectures 1986) aus «Faktizat und Geltung Beintrage zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaates»* de SANDRA LIPPET). Lisboa: Piaget Editora.

HEGEL, GEORG, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821, publicado em GLOCKNER (Editor). 1952. GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL. *Sämtliche Werke. Jubiläumsausgabe in 20 Bänden*. Tomo 7. 3. ed.

JAKOBS, GÜNTHER. 2003. *Sobre la Normativización de la Dogmática Jurídico-penal*. Tradução do alemão *Die Idee Normativierung in der Strafrechtsdogmatik* por MANUEL CANCIO MELIÁ. Madrid: Thomson – Cuadernos Civitas.

_____, 2006. *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*. Tradução do alemão *Staatliche Strafe: Bedeutung end Zweck, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften* por MANUEL CANCIO MELIÁ e BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ. Madrid: Thomson – Cuadernos Civitas.

JESCHEK, HANS-HEINRICH E WEIGEND, THOMAS. 2002. *Tratado de Derecho Penal – Parte General* (Tradução da quinta edição alemã de MIGUEL OLMEDO CARDENTE), Granada: Comares Editorial.

KANT, IMMANUEL. 1994. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de ARTUR MOURÃO. Lisboa: Edições 70.

_____, 1995 e 2008. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução do *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70.

LEVI-STRAUSS, CLAUDE. 2012. *A Antropologia Face aos Problemas do Mundo Moderno*. Tradução do *L'Anthropologie face aux problèmes du monde moderne* de PEDRO VIDAL. Lisboa : Temas e Debates – Circulo de Leitores.

LISZT, FRANZ VON. 2003. *Tratado de Direito Penal – Tomo I*, (Tradução do alemão de JOSÉ HIGINO DUARTE PEREIRA), Campinas: Russels Editores.

MAILLARD, JEAN DE. 1995. *Crimes e Leis*. (Tradução do francês *Crimes et Lois* por OLÍMPIO FERREIRA). Lisboa: Piaget

MEDEIROS, RUI. 1999. *A Decisão de Inconstitucionalidade? Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: UCE.

- MIRANDA, JORGE. 2007. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Coleção Clássicos Jurídicos. Coimbra: Coimbra Editora.
- MONTESQUIEU. 2005. *O Espírito das Leis*, (Tradução de CRISTINA MURACHCO), São Paulo: Martins Fontes.
- MOURA, JOSÉ SOUTO DE. 2006. “Alternativas à Pena de Prisão”. In: *Direito ao Assunto*, Coimbra: Coimbra Editora.
- OTERO, PAULO. 2007. *Instituições Políticas e Constitucionais – Vol. I*. Coimbra: Almedina.
- RADBRUCH, GUSTAV. 1999. *Introdução à Ciência do Direito*. Tradução do alemão *Einführung in die Rechtswissenschaft* de VERA BARKOW. São Paulo: Martins Fontes.
- RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. 1995. *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ROXIN, CLAUS. 2002. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, (Tradução do alemão de FRANCISCO MUÑOZ CONDE). Buenos Aires: Hammurabi.
- VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES. 2010. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o «Progresso ao Retrocesso»*. São Paulo: Almedina Brasil LDA..
- _____, 2009. *Política Criminal. A Ação da Polícia na Prossecução dos Seus Vetores e Princípios*. Brasília: ANP – Polícia Federal.
- WEBER, MAX. 1964. *Wirtschaft und Gesellschaft*, Colónia.
- _____, 2009. *Conceitos Sociológicos Fundamentais*. Tradução do alemão *Soziologische Kategorienlehre* (com o 1.º capítulo de *Wirtschaft und Gesellschaft*) de ARTUR MOURÃO. Lisboa: Edições 70, Lda..
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. 1991. *Em Busca das Penas Perdidas*. (Tradução de VÂNIA ROMANO PEDROSA e AMIR LOPES DA CONCEIÇÃO). Rio de Janeiro: Revan.
- _____, 2007. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução do espanhol de Sérgio Lamarão. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan.
- ZIPPELIUS, REINHOLD. 1997. *Teoria Geral do Estado*. (Tradução de KARIN PRAEFKE-AIRES COUTINHO). 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.