

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

GRASIELE AUGUSTA FERREIRA NASCIMENTO

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

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

C758

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Argemiro Cardoso Moreira Martins, Grasielle Augusta Ferreira Nascimento, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-213-2

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constituição. 3. Democracia. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

A presente obra é fruto dos trabalhos científicos apresentados no Grupo do Trabalho intitulado "CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II" do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília nos dias 06 a 09 de julho de 2016.

Os autores, representantes das diversas regiões do país, apresentaram reflexões sobre a democracia, a concretização de direitos, os direitos fundamentais, o papel dos Tribunais Superiores, a relação entre poderes e o Estado Democrático de Direito.

Foram apresentados, ao todo, 26 (vinte e seis) artigos, de excelente conteúdo, conforme relação abaixo:

PODER DE AGENDA E ESTRATÉGIA NO STF: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO LIMINAR NOS MANDADOS DE SEGURANÇA Nº 34.070 E Nº 34.071

A PROPRIEDADE É UM DIREITO FUNDAMENTAL?

A CIDADANIA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

POR UMA CORTE CONSTITUCIONAL SEM FACE: O EXEMPLO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS

A LUTA POR RECONHECIMENTO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

PRÓ-HAITI: REFLEXÕES SOBRE AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA HAITIANOS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS

AS VICISSITUDES NA PRÁXIS DA SEPARAÇÃO DE PODERES COMO IMPEDITIVO À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

A TEORIA DE JUSTIÇA DE AMARTYA SEN E A DEMOCRACIA: REFLEXÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO E A LIBERDADE

PUNIÇÃO E LIBERDADE: SOBRE FUNDAMENTOS DA DEMOCRACIA NA PERSPECTIVA DE KANT E SANTIAGO NINO

RELAÇÃO ENTRE PODERES: UMA ANÁLISE SOBRE A INFLUÊNCIA DO PODER EXECUTIVO NO PROCESSO LEGISLATIVO NO ÂMBITO DA CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE/MG

REPENSAR O PODER JUDICIÁRIO E O SEU LIMITE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA NECESSÁRIA RELAÇÃO HARMÔNICA.

RESGATE DO "RADICAL" NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: (RE) PENSANDO O EXERCÍCIO DO PODER

SOBERANIA POPULAR E SOBERANIA DAS URNAS

A JURISPRUDÊNCIA DO STF EM MANDADOS DE INJUNÇÃO: EXEMPLO DE EVOLUÇÃO RACIONAL OU INVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL?

A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE INJUNÇÃO AMBIENTAL

A CONSTRUÇÃO PARTICIPATIVA DE NORMAS PENAS NÃO INCRIMINADORAS NA ESFERA JURISDICIONAL COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA

LIMITES DO ESTADO LAICO: DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DOAÇÃO DE IMÓVEIS PÚBLICOS EM FAVOR DE ENTIDADES RELIGIOSAS

O PAPEL DA LIBERDADE NA DEMOCRACIA DE TOCQUEVILLE.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA, DO JOVEM E DO ADOLESCENTE: INCLUSÃO SOCIAL E EXERCÍCIO DA CIDADANIA

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR

LEI ANTITERRORISMO NO BRASIL E SEUS REFLEXOS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A CONFLUÊNCIA DOS MODELOS DISPOSITIVOS E INQUISITIVO DO PROCESSO
CIVIL OPERADA PELO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

A (IN)EFETIVIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA GARANTIA DO DIREITO
CONSTITUCIONAL À SAÚDE

UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E
ALGUMAS DE SUAS INFLUÊNCIAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

UMA ANÁLISE DA CRISE DO SISTEMA REPRESENTATIVO BRASILEIRO FRENTE
À PERSPECTIVA DO CONFLITO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM
CONSTITUCIONAL VIGENTE

SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E PARTICIPAÇÃO: UM MODELO MUNICIPAL DE
DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO SUSTENTÁVEL

Desejamos uma excelente leitura!

Brasília, julho/2016

Grasiele Augusta Ferreira Nascimento - Centro Universitário Salesiano de São Paulo
(UNISAL)

Paulo Roberto Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão

Argemiro Cardoso Moreira Martins -Universidade de Brasília

PUNIÇÃO E LIBERDADE: SOBRE FUNDAMENTOS DA DEMOCRACIA NA PERSPECTIVA DE KANT E SANTIAGO NINO

PUNISHMENT AND FREEDOM: ABOUT FOUNDATIONS OF DEMOCRACY IN THE PERSPECTIVE OF KANT AND SANTIAGO NINO

Tássia Aparecida Gervasoni ¹

Felipe Da Veiga Dias ²

Resumo

Este trabalho analisará as imbricações entre os conceitos de punição e liberdade na base da democracia. Toma-se como referências à construção pretendida as perspectivas de Kant e Santiago Nino, opção motivada pela centralidade que os temas liberdade e legitimação moral da democracia ocupam nas obras desses filósofos. Utiliza-se o método de abordagem da fenomenologia hermenêutica, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa da documentação indireta. Acredita-se que esse aporte teórico permite alcançar uma fundamentação e legitimação do exercício do poder punitivo pelo Estado numa perspectiva democrática, justificando o tolhimento da liberdade operado por meio da punição.

Palavras-chave: Democracia, Liberdade, Punição

Abstract/Resumen/Résumé

This paper will examine the imbrications between the concepts of punishment and freedom on the basis of democracy. It takes as references to this construction the prospects of Kant and Santiago Nino, option motivated by the centrality that the themes as freedom and moral legitimacy of democracy occupy in those philosophers. It uses the hermeneutic phenomenology as approach method, the monographic procedure method and the indirect documentation as research technique. This theoretical framework allows to achieve a fundamentation and legitimacy of the exercise of punitive power by the state in democratic perspective, justifying the limitations of liberty operated by punishment.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracy, Freedom, Punishment

¹ Doutora em Direito pela UNISINOS/Universidad de Sevilla. Mestre e Graduada em Direito pela UNISC. Coordenadora da Pós-Graduação em Direito lato sensu da Faculdade Meridional – IMED. Professora. Advogada.

² Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista CAPES - Doutorado Sanduiche na Universidad de Sevilla (Espanha). Professor da Faculdade Meridional (IMED). Advogado.

Introdução

Mesmo correndo o risco de parecer, à primeira vista, paradoxal, a um título que inicia com o termo “punição”, segue-se uma introdução que começa pela “liberdade”. Tomando como objetivo central a análise das imbricações entre os conceitos de punição e liberdade na base da democracia, recorre-se às contribuições de Immanuel Kant e Carlos Santiago Nino para investigar mais de perto os laços que unem os conceitos de punição/poder e liberdade/autonomia.

Liberdade enquanto direito humano dos mais essenciais, autonomia como sua expressão inafastável. Punição enquanto manifestação mais drástica do poder, justamente pelo fato de que a sua ação se efetiva sobre a liberdade. Mas, por outro lado, punição que garante a liberdade, e liberdade que justifica a punição. Sem dúvida, uma composição circular, complexa e permeada de incertezas que só fazem aumentar o seu fascínio diante de filósofos, juristas e outros estudiosos.

Para tanto, serão confrontadas as imbricações entre as ideias de liberdade, poder e punição, na tentativa de reconstruir as bases dessa relação para melhor compreendê-la. Serão desenvolvidos dois pontos cruciais para o alcance da meta traçada: a justificação da punição, enquanto expressão máxima do poder (do Estado), segundo Kant, não à toa consagrado como o filósofo da liberdade; e a justificação da punição em Nino, que se soma à justificação do regime democrático (opções motivadas pela centralidade que os temas liberdade e legitimação moral da democracia ocupam nas obras desses filósofos). Esse é o aporte teórico que permitirá, ao final, alcançar uma fundamentação e legitimação do exercício do poder punitivo pelo Estado numa perspectiva democrática, justificando o tolhimento da liberdade que se opera por meio da punição.

Considerando o problema e os objetivos estabelecidos, conduz-se, metodologicamente, uma abordagem fenomenológico-hermenêutica, que se identifica com a máxima “para as coisas elas mesmas!”, já que a proposta, em concordância com o método adotado, não caracteriza a quiddidade real dos objetos da investigação, mas o seu modo, o seu como, em oposição a construções soltas no ar ou descobertas acidentais (HEIDEGGER, 2009, p. 66). Como método de procedimento, será utilizado o monográfico, no sentido de que a abordagem trata de um tema específico e bem delimitado (ECO, 2007, p. 10). Quanto à técnica de pesquisa, será empregada a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica em documentos pré-existentes e já publicados, notadamente livros e periódicos.

2 A punição segundo Kant, o filósofo da liberdade

O filósofo Immanuel Kant (1724-1804) pode ser apontado, com facilidade, como um dos maiores pensadores dos tempos modernos. Nascido em Königsberg, Kant levou uma vida tranquila, dedicada aos estudos; mesmo sem nunca ter saído da sua cidade, mudou a filosofia para sempre e eternizou-se através de suas obras.

Ao pontuar que o caminho empírico não poderia conduzir ao conhecimento universal, propôs uma alternativa que partia do sujeito, pensando o mundo fora da sua própria estrutura. Com esse questionamento inédito sobre juízos sintéticos *a priori*, que iniciarão a primeira crítica kantiana (*Crítica da Razão Pura*, 1781), chega-se à ideia de subjetividade constitutiva que abre os portões para a modernidade filosófica: sai de cena “o mundo” como a fonte do conhecimento, cuja base agora é o sujeito. Daí se afirmar, dentre outras razões, a inestimável contribuição de Kant para a filosofia. A palavra sujeito, por exemplo, não tinha aparecido ainda em Descartes, considerado o fundador da modernidade filosófica, a virada para o sujeito não teve vez com a filosofia cartesiana (MILOVIC, 2009, p. 498-499).

Mas a revolução copernicana na filosofia promovida por Kant não para por aí. Ainda na *Crítica da Razão Pura* ele coloca uma questão decisiva: é possível pensar teoricamente sobre tudo? A liberdade, por exemplo, é uma questão teórica? O filósofo responde negativamente. Sobre a liberdade não se tem nenhuma certeza teórica; essa não é uma questão do teórico, mas do prático. Esse é o ponto em que começa a segunda crítica kantiana (*Crítica da Razão Prática*, 1788), que trata da questão da liberdade, tão cara ao autor; é também nesse momento que “a Filosofia supera [...] toda sua história, em que ficou ligada com a teoria e com o conhecimento. A Filosofia não é (só) a teoria, mas também é a experiência do prático. A Filosofia é o pensamento da liberdade” e, pela primeira vez em sua história, viu afirmada a primazia do prático (MILOVIC, 2009, p. 500).

Desse modo, “a filosofia kantiana ao libertar-se da tradição metafísica, estabeleceu os princípios filosóficos da Modernidade, que iria ser caracterizada como a época histórica na qual o homem erigia a razão como instrumento nuclear no conhecimento e no agir humano” (BARRETTO, 2010, p. 32).

Para o Direito, as contribuições kantianas não são menos significativas. Ao tratar o Direito e a Moral como sistemas normativos autônomos, mas necessariamente complementares, fornece Kant o substrato necessário à legitimação do Estado e do próprio Direito, servindo suas construções, dentre as quais se destacam o imperativo categórico e a

concepção de dignidade humana até hoje fortemente presente, como raízes do Estado de Democrático de Direito.¹

Foi em mais uma de suas consagradas obras (*Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 1785) que Kant legou ao mundo o conceito de imperativo categórico, que aqui se pretende reconstruir (brevemente) como raiz do Estado Democrático de Direito. Segundo Kant, todas as coisas da natureza operam segundo leis, mas somente os seres racionais possuem a faculdade de agir *conforme a representação* das leis (princípios), ou, por outras palavras, só os seres racionais possuem uma *vontade* (razão prática). Essa vontade é a faculdade de escolher *somente aquilo* que a razão reconhece como praticamente necessário, que independe, portanto, de toda e qualquer inclinação (condição objetiva). Ocorre que a razão não determina suficientemente, por si só, a vontade, que resta ainda subordinada a condições subjetivas (impulsos, inclinações). Daí que a vontade conforme à razão é determinada por uma *coação*. E a representação de um princípio objetivo, na medida em que coage a vontade, denomina-se mandamento (da razão), cuja fórmula chama-se imperativo. “Todos os imperativos são expressos pelo verbo *dever*, e indicam, por êsse (sic) modo, a relação entre uma lei objetiva da razão e uma vontade que, por sua constituição subjetiva, não é necessariamente determinada por essa lei (uma coação)” (KANT, 1964, p. 74).

Além disso, todos os *imperativos* preceituam *hipoteticamente* ou *categoricamente* (sendo essa especificação a que serve diretamente aos propósitos do presente trabalho). No primeiro caso, imperativos representam a necessidade de uma ação possível, como meio para alcançar alguma outra coisa que se pretende (ou que, pelo menos, que seja possível que se pretenda). Por sua vez, “o imperativo categórico seria aquele (sic) que representa uma ação como necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro escopo, como objetivamente necessária” (KANT, 1964, p. 75).

Traço distintivo importante entre os dois tipos de imperativo é que apenas o imperativo categórico (lei da moralidade) tem o valor de lei prática (os demais imperativos podem ser considerados princípios, mas não leis da vontade). Isso porque, quando se imagina um imperativo hipotético não se pode saber com antecedência o que ele conterà, se faz imprescindível, para tanto, que seja fornecida a condição do mesmo. Ao contrário, diante de

¹ Nesse mesmo sentido, Vicente de Paulo Barretto acrescenta que “a contribuição kantiana para a reflexão sobre o estado democrático de direito caracteriza-se pela ênfase na necessária complementaridade entre a moral e o direito, como condição de institucionalização dessa forma de regime político. A relação entre essas duas ordens normativas assume função destacada no quadro do estado contemporâneo porque em função delas é que se pode estabelecer o argumento legitimador do sistema democrático. A leitura das constituições do estado democrático de direito torna-se, assim, necessariamente diferenciada em virtude da fonte moral de onde nasce o sistema político-institucional e jurídico” (BARRETTO, 2010, p. 31).

imperativo categórico sabe-se imediatamente o seu conteúdo. “O imperativo categórico é, pois, um só e precisamente êste (sic): *Procede apenas segundo aquela máxima* [princípio subjetivo da ação], *em virtude da qual podes querer ao mesmo tempo que ela se torne em lei universal*” (KANT, 1964, p. 82-83).

O próximo passo, então, é cogitar se existe algo cuja existência em si mesma tenha valor absoluto (fim em si mesma), a ponto de assumir-se como princípio de imperativo categórico possível. Nesse ponto começa a se delinear a ideia kantiana de que o homem (e em geral todo ser racional) *existe* como fim em si, *não apenas como meio*, do qual a vontade possa dispor. Os seres que possuem valor relativo, valor de *meios*, chamam-se *coisas*. Os seres racionais são chamados *pessoas*, porque a natureza deles os designa como fins em si mesmos, isto é, como alguma coisa que não pode ser unicamente usada como meio, pondo, assim, um limite a todo livre arbítrio. “O imperativo prático será, pois, o seguinte: *Procede de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como puro meio*” (KANT, 1964, p. 90-92).

Em resumo, o imperativo categórico tem duas formulações básicas. A primeira máxima determina, conforme visto, que para uma ação ser uma ação moral ela deve ter condições de ser aceita, ao mesmo tempo, como uma lei universal de comportamento (o velho adágio popular: *não faça ao outro aquilo que não gostaria que fizessem a ti mesmo*). A segunda formulação dirá que se deve agir considerando o outro como um fim em si mesmo e não como um instrumento (e se poderia destacar já aí a raiz dos direitos sociais, por exemplo).

Apesar de essa formulação gerar equívocos, especialmente por parte de leituras rasas e/ou intermediadas de Kant, não se deve deixar levar pela conotação autoritária do termo “imperativo”. Kant jamais teve a pretensão de ditar normas de comportamento ou padrão de conduta moral. Trata-se de uma leitura reducionista imputar a esse grande filósofo uma (suposta) subjetividade, quando, na verdade, o que ele traça é um objetivismo moral.

Até mesmo porque o conceito de autonomia da vontade é central em Kant, entendida, em linhas gerais, como a faculdade de dar a si mesmo a própria lei, daí emergindo a razão pela qual o sujeito deve obediência à lei moral: porque ela é produzida pelo próprio agente, enquanto ser autônomo. E é justamente essa característica (autonomia) que distinguirá o ser humano de outros seres, ao conferir-lhe dignidade e ao impedir sua instrumentalização (NOUR, 2009, p. 77).

Assim, o imperativo categórico, enquanto princípio superior da moralidade, passa a ser um instrumento de referência para a própria ação e, também, para a avaliação/julgamento das ações dos demais agentes morais, todos livres, iguais e, sobretudo, autônomos. Essa é a raiz

do Estado Democrático de Direito, que reconhece no ser humano, pela sua própria humanidade, um fim em si mesmo, devendo como tal ser tratado por todos e, dessa forma, negando justificação às ações contrárias a um tal imperativo (que se utilizem do indivíduo como meio e violem, desse modo, sua dignidade).

O Direito, no atual modelo de Estado, é fruto de agentes morais livres e autônomos, cuja vontade moral legitima todo esse sistema. A complementaridade em relação à Moral garante legitimidade ao Direito, que sem esse vínculo se iguala a força, pura e arbitrária.

Vê-se, pois, que a determinação do Direito transpassa a questão da liberdade, assim como a ideia de universalização da conduta prática. O imperativo categórico no Direito preconiza que “uma moralidade particular da conduta prática é considerada válida se, segundo sua máxima, a liberdade de um puder existir concomitantemente com a liberdade dos outros, todas baseadas na lei universal” (MILOVIC, 2009, p. 500).

Assim, “o direito para Kant é constituído de uma obrigação diante da lei e da faculdade do poder público de fazer com que todos cumpram a mesma obrigação. Logo, o direito nasce da possibilidade de uma coação recíproca geral que regularia o exercício da liberdade pela sociedade” (BARRETTO, 2010, p. 40).

Trata-se do “conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode unificar-se com o arbítrio de outro de acordo com uma lei universal da liberdade.” O Direito como um padrão de medida que distingue o direito moralmente legítimo do moralmente ilegítimo e que “permite a cada um comportar-se como bem entender, sob a pressuposição de que de que as regras observadas correspondam à lei universal da liberdade.” Percebe-se que Kant admite o pluralismo, característico do liberalismo. Em contrapartida, a “liberdade de ação oferecida pelo direito moral tem um lado negativo: a liberdade de ação é limitada”, pois “onde existe um solo (limitado), porém várias pessoas, uma limitação recíproca da liberdade é inevitável.” E mais: “uma limitação da liberdade segundo uma lei universal significa enquanto tal uma garantia da liberdade” (HÖFFE, 1998, p. 220-222).

A indagação formulada por Kant é “por que pode haver uma faculdade de coagir de homens para homens?” Ao responder, “rejeita tacitamente as utopias sociais que exigem renunciar a toda a coerção”, já que coloca a faculdade de coagir como decorrência direta da tarefa do direito de possibilitar a convivência da liberdade externa segundo leis universais. Ou seja, a faculdade de coagir visa, em última análise, a própria garantia da liberdade: garantia recíproca possibilitada pela limitação igualmente recíproca (HÖFFE, 1998, p. 224).

Destarte, se determinado uso da liberdade torna ela mesma um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais, a coerção que se opõe a isso é justa.²

Nesse sentido, “moralmente legítima é toda coerção que e na medida em que se contrapõe a uma coerção ilegítima, à injustiça.” Com efeito, (i) a coerção somente é permitida onde já existe coerção, onde um invade o espaço legítimo de liberdade de outro, tendo em vista que “a coerção legítima não ataca, mas se defende”; e, ainda, (ii) a legitimidade da coerção depende de ser voltada contra uma injustiça (do contrário, um ladrão que impedisse a pessoa roubada de recuperar sua propriedade estaria moralmente no seu direito). De qualquer forma, sem a coerção correspondente, a comunidade é absolutamente impossível (HÖFFE, 1998, p. 226-227).

Para completar o quadro do que justifica a punição segundo Kant, cumpre descrever alguns traços acerca do princípio da autonomia da vontade. Referido princípio “consiste na sujeição do homem à lei moral, que o torna livre na medida em que se submete a sua lei própria, no entanto, universal” (BARRETTO, 2010, p. 41).

Nas diversas tentativas para descobrir o princípio da moral, Kant não estranha que se falhe até o momento em que se consegue perceber que em todas as experiências “o homem estava ligado por seus deveres a leis, mas não se refletia que ele só está sujeito a sua própria legislação e, portanto, a uma legislação universal.” Em outras palavras, o homem “não está obrigado a agir senão conforme a sua vontade própria, mas a sua vontade que, por destino da natureza, institui uma legislação universal”; isso implica dizer que “o ser racional deve sempre considerar-se como um legislador num reino dos fins possível pela liberdade da vontade” (KANT, 1964, p. 95-96; p. 97).

Significa, então, que no cometimento de um ato considerado criminoso, o agente quer a punição? Não é tão simples. Segundo Kant “ninguém é objeto de punição porque a quis, mas porque quis uma *ação punível*, pois não constitui punição se aquilo que é feito a alguém é o que ele quer e é impossível *querer* ser punido.” Nesse caso, querer ser punido é nada mais do que admitir a submissão às leis que se aplicam a todos os demais. Mais do que isso, na qualidade de um co-legislador (*o ser racional deve sempre considerar-se um legislador no reino dos fins*), quando redijo, então, uma lei penal contra mim mesmo, “é a razão pura em

² Conforme esclarece o próprio Kant: “A resistência que frustra o impedimento de um efeito promove este efeito e é conforme ele. Ora, tudo que é injusto é um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais. Mas a coerção é um obstáculo ou resistência à liberdade. Conseqüentemente, se um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é injusto), a coerção que a isso se opõe (como um impedimento de um obstáculo à liberdade) é conforme à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é justa). Portanto, ligada ao direito pelo princípio da contradição há uma competência de exercer coerção sobre alguém que o viola” (2003, p. 77-78).

mim (*homo noumenon*), legislando com respeito a direitos, que me sujeita, como alguém capaz de perpetrar o crime e, assim, como uma outra pessoa (*homo phaenomenon*), à lei penal, junto com todos os demais numa associação civil” (KANT, 2003, p. 178-179).

Como interessante ressalva, cumpre retomar a ideia central da primeira formulação do imperativo categórico kantiano, cuja sentença transcrita é afirmada após a análise de alguns deveres: “é mister que possamos querer que uma máxima de nossa ação se torne em lei universal!” (KANT, 1964, p. 86). Nesse caso, alguém pode querer subtrair determinado bem alheio para vantagem própria, escolhendo quem sabe até o que considere uma vítima abastada cujo prejuízo não será maior que a benesse ao infrator. Mas, jamais esse alguém poderá querer que a sua ação se torne uma lei universal! Essa máxima como lei universal tornaria inviável a própria sociedade.

Outros exemplos podem ser mencionados já que alguns deveres são enumerados por Kant e trabalhados recorrentemente, de acordo com a divisão ordinária dos deveres em deveres para conosco e para com os outros, em deveres perfeitos e imperfeitos: 1. Um homem desesperado cogita por fim à própria vida. Tal princípio do amor a si poder ser erigido à lei universal da natureza? Uma natureza cuja lei fosse destruir a vida em virtude daquele princípio (amor a si) que tem por função justamente estimular a conservação da vida estaria em contradição consigo mesma e não poderia subsistir como natureza. Assim, essa máxima não pode ocupar posto de lei universal (contrária ao princípio supremo de todo dever). 2. Um homem é impelido pela necessidade de pedir dinheiro emprestado sabendo que não poderá restituí-lo. Ora, esse princípio do amor de si ou da utilidade própria contradiz-se porque nunca poderia valer como lei universal da natureza, já que tornaria impossível toda e qualquer promessa, além de inatingível o fim que com ela se pretende alcançar. 3. Um homem dotado de aptidões, mas que se acomoda, descarta seus dons naturais, deixa enferrujar seus talentos. Uma natureza que tivesse uma lei universal como essa poderia subsistir, mas esse homem não pode absolutamente querer que isso se converta numa lei universal ou que seja inato no ser humano como instinto natural. Como ser racional, ele que necessariamente que todas as suas faculdades atinjam pelo desenvolvimento. 4. Por fim, um homem com condições de ajudar pessoas em dificuldade que decide não se empenhar em contribuir de qualquer maneira para auxiliá-las. De novo, se tal modo de pensar se convertesse em uma lei universal da natureza, a espécie humana continuaria subsistindo, embora isso não signifique que se possa querer tal princípio como lei universal – uma vontade que tomasse tal decisão se contradiria, pois podem apresentar-se casos em que se tenha necessidade do amor e da simpatia dos outros e,

em virtude dessa lei, ficariam todos privados de toda a esperança de obter assistência (KANT, 1964, p. 83-86).

Dessa maneira, todas as vezes que um agente transgride um dever, constata-se uma contradição em sua própria vontade, pois é impossível querer converter essa máxima em lei universal. Ocorre o contrário, afirma Kant, “a máxima oposta deve continuar sendo universalmente uma lei; só que tomamos a liberdade de (só por esta vez) abrir uma *exceção* em nosso favor, a fim de satisfazermos nossa inclinação.” O que se passa do ponto de vista da razão é o desejo de que “certo princípio seja necessário objetivamente como lei universal, e que, no entanto, não tenha valor universal subjetivamente, mas admita exceções” (KANT, 1964, p. 87).

Um último ponto que não se pode deixar de mencionar concerne, de certa forma, à finalidade da punição. O filósofo define o direito de punir como “o direito detido por um chefe de Estado relativamente a um súdito de infligir-lhe dor por ter este cometido um crime.” O autor ainda faz distinção entre o que considera crime privado, que deve ser levado a uma justiça civil, e crime público, que deve ser levado a uma corte criminal, bem como diferencia a *poena forensis* (punição imposta pelo tribunal) da *poena naturalis* (punição natural desconsiderada pelo legislador por punir o vício a si mesmo) (KANT, 2003, p. 178-174).

Contudo, a circunstância que se quer efetivamente por em relevo guarda relação com os precedentes destacados quanto à concepção kantiana de dignidade humana. Para Kant, “a punição imposta por um tribunal [...] jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil.” A conexão com o postulado anterior é evidente. A segunda formulação do imperativo categórico preconiza que se deve agir sempre considerando o outro como um fim em si mesmo e jamais como um instrumento. Logo, a punição deve ser imposta ao criminoso *somente* porque ele cometeu um crime, nada mais, o que se explica pelo fato de que “um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil” (KANT, 2003, p. 174-175).

Isso parece apoiar teorias penais hoje ultrapassadas, no entanto, como ocorre em outros aspectos da teoria kantiana, trata-se de equívocos gerados por leituras rasas e intermediadas. A crítica a esse tópico, contudo, fica para outro estudo. Sinaliza-se apenas para o fato de que Kant não desenvolve uma teoria completa da justiça penal, tampouco defende uma teoria retributiva em sentido estrito. A punição não encontra seu fundamento da

retribuição, mas na liberdade, igualdade e autonomia de cada membro da comunidade (SANTOS, 2011).

Por tudo isso, a construção filosófica explorada permite compreender a punição como expressão da própria liberdade, tão prestigiada por Kant, cuja magnitude da obra não pode ser reconstruída em poucas linhas. O objetivo que se tinha em mente e, acredita-se alcançado, era religar esse dois conceitos aparentemente antagônicos. Punição e liberdade. Punição pela liberdade.

3 A punição segundo Santiago Nino, entre democracia e liberdade

Filósofo e jurista argentino nascido em 1943, Carlos Santiago Nino pertence a uma distinta “linhagem de intelectuais que se negam a tratar os direitos humanos dentro de uma ótica dogmática e reducionista.” Mesmo tendo falecido prematuramente, em 1993, portanto, com apenas cinquenta anos de idade, Nino deixou um vasto e respeitado legado. Foi em viagem a La Paz, na Bolívia, para trabalhar na reforma da Constituição do país, que o filósofo e jurista teve um ataque de asma e morreu.³

Diversos textos e obras de destaque marcaram a breve carreira de Nino, orientado por John Finnis na sua tese de doutorado em Oxford, concluído em 1977. O presente artigo, embora tenha a pretensão de reconstruir algumas das ideias de Nino, fica nitidamente limitado em termos de espaço e de tempo para a abordagem e o aprofundamento que certamente são merecidos ao autor. Por isso o recorte que se quer destacar deve ser precisado desde já. Nas páginas seguintes serão trabalhados pontos específicos de um dos livros mais primorosos desse estudioso que tão cedo se tornou saudoso. Em *Ética e direitos humanos*, escrita em 1984, a preocupação com as instituições democráticas, tanto do ponto de vista da viabilização e assecuração quanto em relação à justificação, fica evidente e envolvente. Para o desígnio aqui firmado, dois aspectos em especial da referida obra mostram-se cruciais: a justificação do governo-autoridade e a justificação do governo-punição.

Quando se pensa em governo, em Estado, notadamente ao longo de sua evolução histórica, não passa despercebido o seu potencial opressivo, talvez até mesmo como condição inarredável de tamanho poder. Tanto que a construção teórica dos direitos humanos e fundamentais está diretamente associada a tentativas de limitação (e por que não dizer, justificação) do poder do Estado.

³ Essas e outras informações sobre o autor podem ser encontradas no prefácio, escrito pelo Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto, à edição brasileira da obra “*Ética e direitos humanos*”, de Carlos Santiago Nino (2011).

Em dado momento de *Ética e direitos humanos*, Nino se ocupa exatamente do que considera o produto principal dos governos, a lei, com destaque para dois de seus diferentes pontos: sua autoridade e seu uso da coerção, destacadamente na forma da punição, o que, de certa forma, antecipa e realça a conexão da obra e dos excertos selecionados com a temática do presente estudo.

Nessa parte o autor trabalha com uma característica intrigante do governo: seu caráter autoritário, visando analisar a evidente capacidade que algumas espécies de governo têm de gerar razões originais para a ação (isto é, razões não estabelecidas por princípios morais substantivos). Segundo o autor, esse aspecto é “muito importante para fundamentar uma obrigação moral de obedecer ao governo, a qual é diferente da mera obrigação moral de fazer coisas – como não matar, pagar as dívidas – que um governo justo tem de prescrever.” Ocorre, no entanto, que “até mesmo um governo justo pode às vezes prescrever algo que, na ausência dessa prescrição, não teríamos a obrigação moral de fazer.” A grande questão é: “como podemos ter obrigação moral de obedecer à lei nesses casos?” (NINO, 2011, p. 298).

A partir disso, Nino se propõe a discutir esse tema do ponto de vista do governo democrático que, segundo ele, é a única forma moralmente justificada de governo. Relacionando e explorando uma certa tensão constatada entre a filosofia (mais precisamente, entre verdade moral) e a democracia, o filósofo argentino lança diversas indagações antes de partir para tentativas de resposta ou justificação. Por que se deveria obedecer a uma decisão democrática quando ela está errada? Por que se deveria observar e seguir a qualquer lei que está errada? No fundo, o próprio autor reconhece que o velho problema com que se vê às voltas não é simplesmente o de justificar a obediência civil, pois quando suficientemente aprofundado esse ponto sugere a superfluidade da lei para quem está de posse da verdade moral (NINO, 2011, p. 300).

Assim, novas inquietações aparecem, como, qual é a utilidade de determinadas regras legais para uma pessoa moral e qual é a relevância moral do governo que as promulga? “[...] Em muitos casos os princípios morais que sustentam essas regras indicam por si sós como deveríamos agir, tornando, em consequência, as regras legais supérfluas para uma pessoa moral” (NINO, 2011, p. 301).

Em outras palavras, para proverem razões para a ação as regras legais devem representar ou formar-se em parte essencial de princípios morais que firmarão as obrigações para com suas respectivas determinações. Todavia, para aquela pessoa que já está de posse desses princípios morais, ou da chamada verdade moral, o governo e suas leis podem tornar-se supérfluos.

Imagine-se a pessoa que tem como princípio moral e age sempre segundo a máxima⁴ (para utilizar a terminologia kantiana) de não mentir.⁵ Nesse caso, qual a necessidade e a utilidade para essa pessoa de uma lei que a proíba de fazer afirmações falsas ou negar a verdade (no caso brasileiro, particularmente poderia ser referido o artigo 342, do Código Penal, que comina pena de reclusão de um a três anos, e multa, para o crime de falso testemunho)?

De certa forma reavivando um tópico anteriormente discutido, “em última análise, o problema consiste na dificuldade de justificar a passagem de uma autonomia da moral para uma heteronomia da lei”. A questão, que já não é estranha a essa altura, dadas as concepções kantianas de autonomia que foram trabalhadas, é “até que ponto estamos realmente obedecendo ao governo e não simplesmente nós mesmos governando? E se a própria pessoa moral sempre governa, qual é para ela a relevância moral de haver um governo?” (NINO, 2011, p. 301).

Várias tentativas de resposta são elaboradas na sequência, sempre considerando a perspectiva da justificação da democracia, mas todas acabam sendo consideradas insuficientes pelo autor. Sinalizando uma possível saída para esse impasse e, segundo Nino, chegando bem perto de uma resposta correta, existe uma espécie de teoria consequencialista que na visão de autores como William Nelson (*On Justifying Democracy*, 1980) sustenta que “a democracia é um sistema moralmente superior por tender a produzir leis *justas*”, referindo-se aos testes pelos quais uma lei, na democracia, precisa enfrentar para ser promulgada (sobretudo de aceitabilidade geral), semelhantes aos testes pelos quais um princípio moral tem de vencer para ser considerado válido. Essa posição promissora aponta para uma conexão entre o processo democrático e o desenvolvimento do discurso moral (NINO, 2011, p. 314).

Para esclarecer os pontos dessa conexão Nino discute a relação entre verdade moral e discussão moral. O autor retoma o paradoxo da superfluidade moral do governo tentando superá-lo a partir de dois pressupostos:

O primeiro é o de que há um sistema moral totalmente independente das práticas sociais envolvido na constituição, no reconhecimento e no exercício do governo, de tal modo que os cidadãos morais que têm de recorrer a esse pressuposto para justificar sua obediência ao governo e as suas leis podem chegar a conclusões sobre

⁴ Lembrando que a máxima é o princípio subjetivo da ação (contém a regra prática que determina a razão segundo as condições do sujeito – em muitos casos segundo sua ignorância ou inclinações... traduz como o sujeito *age*), diferente do princípio objetivo (lei prática – princípio objetivo válido para todo ser racional... trata de como o sujeito *deve agir*, ou seja, um imperativo!) (KANT, 1964, p. 83).

⁵ Aliás, “Kant é muito rigoroso quanto à mentira. Em *Fundamentação*, a mentira é o principal exemplo de comportamento imoral. [...] O dever de dizer a verdade deve prevalecer, independentemente das consequências” (SANDEL, 2012, p. 165).

o que o governo deve fazer sem levar em conta essas práticas. O segundo pressuposto é similar, mas se refere mais à esfera epistemológica do que à ontológica. Ele implica que podemos ter acesso cognitivo à ordem moral, que é independente das práticas envolvidas no governo e na lei, mediante um método que também é independente dessas práticas (2011. p. 315).

Aliás, “se não houvesse ordem moral independente da lei, a lei não seria supérflua para a identificação de razões para agir”, embora algumas correntes como o convencionalismo e o *construtivismo* ético (variantes do subjetivismo) neguem essa independência. A falha do construtivismo se dá, na verdade, na sua forma ontológica, “que concebe a discussão moral válida como uma maneira de constituir razões morais”. Uma forma de construtivismo *epistemológico*, por sua vez, é plenamente defensável, posto que “concebe a discussão moral como um modo privilegiado de obter conhecimento das razões morais.” A partir disso, “a tese central de um construtivismo epistemológico seria a de que a prática da discussão favorece o *acesso à verdade moral*” (NINO, 2011, p. 315-316).

O objetivo passa a ser, destarte, o estabelecimento da conexão entre verdade moral e democracia pela ponte da discussão moral. A discussão moral “trata-se de uma prática social orientada para obter consenso unânime sobre certos princípios que proveem a justificação última para ações e instituições.” Como há situações críticas em que a discussão moral é inefetiva, pois deve ser adotada uma linha de ação na ausência do consenso unânime, em determinados casos insistir na necessidade do consenso equivale ao favorecimento de uma minoria contrária à decisão, por preferir a preservação do *status quo*. Nesse caso, “a democracia como regra da maioria seria um substituto para a discussão moral ordinária, isto é, seria uma forma regimental dessa discussão, à qual devemos recorrer quando não conseguimos chegar a um consenso no prazo exigido” (NINO, 2011. p. 318).

Nota-se que vem à cena a discussão em torno do princípio majoritário, o que é compreensível se forem consideradas as enormes dificuldades que perpassam sua lógica. A grande ameaça à imparcialidade no procedimento democrático é que uma coalizão majoritária estável se forme contra uma minoria cujos interesses são sistematicamente desconsiderados. Consistindo esse um perigo real, os direitos básicos que protegem interesses vitais ou minorias ficam excluídos do processo democrático, isto é, ficam longe do alcance da maioria para prevenir que a referida ameaça tome formas concretas (NINO, 2011, p. 319).

Por essas e outras razões que se afirma estar superada a concepção estritamente majoritária de democracia, do contrário, não haveria justificativa nem espaço, por exemplo, para a previsão de direitos fundamentais e proteção de minorias (sem falar nas cláusulas pétreas).

Retomando-se o raciocínio iniciado com Nino quanto ao procedimento para a tomada da decisão majoritária, acredita o autor que “o procedimento que leva a uma decisão majoritária, quando funciona sem distorção, contém um forte incentivo para cada cidadão tentar convencer o maior número possível de cidadãos da justeza de sua proposta” (2011, p. 320).

Essa é uma circunstância, aliás, que conduz à imparcialidade, baseada em um tipo de igualdade que implica o reconhecimento do outro. Funciona mais ou menos segundo o seguinte raciocínio: quanto mais pessoas for preciso convencer de determinada decisão que se queira adotar, mais será imprescindível o abandono dos interesses pessoais, eminentemente particulares, que empurram e motivam tal decisão, para que desse modo se consiga efetivamente convencer aos demais da direção pretendida.

Em apertada síntese, a tese diz que a exigência de uma maioria simples promove um processo de negociação que empurra na direção da imparcialidade, pois “os requisitos procedurais de justificar o voto perante todos por razões que seriam aceitas ou não rejeitadas por votantes imparciais, racionais e bem informados, mais a necessidade de angariar tantos adeptos quanto possível, geram uma tendência individual para a imparcialidade” (NINO, 2011, p. 321).

Ao final, “essa visão implica que a democracia possui valor epistemológico. Trata-se de um método apropriado para chegar ao conhecimento moral”. Ao se alcançar juízos morais isoladamente ou até mesmo irrefletidamente, sem confrontações com outros indivíduos com diferentes traços e interesses, não há nada que garanta ou faça presumir que tal conclusão seria aceita pelas demais pessoas envolvidas. “A discussão com outros também tem a vantagem de nos ajudar a perceber as deficiências no raciocínio que levam a certas posições morais.” Além disso, “o processo da discussão e decisão democráticas pode guiar a pessoa moral rumo aos princípios morais válidos”, no caso, por exemplo, de a pessoa moral que queira agir com base em razões morais não saber ao certo quais são essas razões (NINO, 2011, p. 322-323).

Com essa visão também se resolve o evidente problema relativo à passagem da autonomia da moral para a heteronomia da lei e à subsequente superfluidade do governo exposta desde o início. Essa dificuldade acaba superada “porque a aceitação de decisões democráticas não implica em submeter-se ao imperativo ou à prescrição, mas em aceitar a orientação de uma presunção epistêmica.” Significa, ademais, “que a democracia talvez seja a única forma de governo que é intrinsecamente relevante do ponto de vista moral e compatível com a autonomia das razões morais” (NINO, 2011, p. 323).

No entanto, há “outra fonte de tensão que afeta o conceito de autonomia moral: a tensão entre conhecimento moral e decisão moral.” Sendo uma questão de conhecimento (e, portanto, resultado do emprego de um método epistêmico, mediante discussão e acordo, por exemplo), parece improvável que a moralidade possa ser também o produto de uma decisão autônoma. Diante desse novo impasse, surge a necessidade de rever o próprio conceito de autonomia moral, abandonando-se sua conotação de mera decisão irrefletida e isolada quanto à adoção de princípios morais e aceitando que sua obtenção se dá pela livre participação na discussão. Essa discussão é tão ampla e reflexiva quanto possível, permitindo que seja alcançado um consenso unânime ou seu substituto (o acordo majoritário) sem eliminar os mecanismos e chances de revisão desse resultado se a qualquer tempo puder ser demonstrada sua incompatibilidade com o resultado hipotético do consenso ideal. Em contrapartida, a adoção irrefletida de um princípio sem discussão com outros seria uma manifestação de fanatismo e arrogância, não expressão da autonomia moral, que se consubstancia numa faculdade que deve, ao menos em parte, ser exercida juntamente com outros (NINO, 2011, p. 323-324).

Esse modo de compreensão da autonomia moral, ou melhor, do seu exercício, sem dúvida já representa uma grande novidade. Não se pode ignorar o cunho individual, às vezes ao nível da consciência, a que o termo “moral” ou outros que dessa designação sirvam-se para adjetivação estão associados, ainda que no imaginário dos que compõem o chamado “senso comum”. Prova disso são os já referidos equivocados leitores de Kant (aqui com o agravante de não raro se tratar de autodenominados expertos) que injustamente o acusam de uma espécie de subjetivismo ditador de normas de comportamento ou padrão de conduta moral.

Tamanha a importância da autonomia para o regime democrático que as prerrogativas necessárias a sua garantia constituem o conteúdo dos direitos básicos *a priori*, ficando excluído do domínio democrático aquilo que tange aos direitos que condicionam o próprio procedimento democrático e à dimensão da moralidade que é constituída por ideais de excelência humana ou de concepções do bem pessoal. Daí, também, a indispensabilidade de mecanismos de revisão judicial que possam exercer uma função contramajoritária quando a decisão majoritária atingir esses direitos *a priori* (NINO, 2011, p. 325-326).

Com efeito, a justificação da autoridade do governo e a solução para o problema da superfluidade da lei residem na demonstração de “a origem democrática de uma regra legal nos fornece a razão para *acreditar* que há uma boa razão para aceitar seu conteúdo e agir de acordo com ele.” Em outras palavras, esse quadro fornece razões para que os indivíduos ajam segundo as prescrições democráticas que gozam de presunção de validade moral ainda que na

ausência dessas prescrições não se verificasse essa razão, ou mesmo o contrário, se verificasse a existência de razão para justamente não agir nesse sentido. “A superioridade moral da democracia reside em nos fornecer tal razão, pois temos razão para fazer o que temos razão para acreditar que temos razão para fazer” (NINO, 2011, p. 327).

Vencido esse primeiro desafio, resta ainda encontrar, nesse contexto, uma justificação para a punição. O que autoriza, em um regime democrático, tão drástica medida? Obra de Nino que traz significativas contribuições para a compreensão desse ponto e para a justificação da própria prática do direito penal é de 1980, *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito* (NINO, 1980).

De todo modo, o primeiro passo dado por Nino rumo a uma resposta consiste em definir, antes, o que é, afinal, punição?⁶ Atualmente se aceita atribuir ao termo as seguintes características: “(i) ela implica a privação de certos direitos normalmente reconhecidos ou outras medidas consideradas desagradáveis; (ii) ela é a consequência de uma ofensa; (iii) ela é aplicada contra o autor da ofensa; (iv) ela é aplicada por um órgão do sistema que converteu o ato em ofensa” (NINO, 2011, p. 330).

Assim como sua variação sinonímica “pena”, trata-se de termo intrinsecamente ligado à ideia de sofrimento, castigo, e cujo pensamento normalmente parte da premissa de que serve – ou servirá – aos outros (salvar/proteger algo ou alguém fazendo sofrer outro ou outros). Logo, é uma questão importantíssima quando o assunto (ou o contexto) é a democracia e seus espaços (COUTINHO, 2009, p. 625-626).

Impõe-se, desse modo, discutir o problema da justificação da punição no Estado Democrático de Direito. De acordo com Nino, em uma democracia (única forma de governo moralmente justificável) é determinante para que alguém se torne passível de punição o seu consentimento livre, o qual é capaz de prover uma justificação *prima facie* para o exercício de um tal poder legal correlativo de punir (2011, p. 350).

⁶ O filósofo argentino que aqui se estuda com tanto afincio propõe uma reformulação do conceito de punição a partir de duas características que a distinguem de outras medidas coercitivas aplicadas pelo Estado: a) “em primeiro lugar, qualquer que seja o objetivo final de prescrever e aplicar uma punição, ela deve ser um componente essencial da razão pela qual essa punição é empregada para colocar seus destinatários numa situação desagradável [...]”; tal preceito “não se aplica ao caso de outras medidas coercivas impostas pelo Estado [...]”, conforme se nota em uma situação bastante elucidativa posta pelo autor: as pessoas submetidas a quarentenas. O sofrimento que a esses indivíduos se impõe não é um fim em si mesmo, tampouco uma razão essencial para a própria medida empregada, mas uma decorrência necessária (efeito colateral) de uma privação que se impõe com outra finalidade, como controlar ou mesmo prevenir uma eventual epidemia; b) a segunda propriedade que distingue a punição de outras medidas coercitivas é a sua conexão com juízos de desaprovação moral ou atitudes relativas de ressentimento e indignação; “[...] essa função simbólica da punição satisfaz a diferentes propósitos como desautorização pela comunidade do ato cometido e vindicação do sistema legal que foi violado” (NINO, 2011, p. 332-334).

Então, significa que o indivíduo que infringe a lei, perpetrando um ato que o seu texto não só proíbe como também prevê a aplicação de uma sanção ao transgressor, consente com o próprio castigo? Esse raciocínio dialoga com as construções kantianas percorridas anteriormente no sentido de que se alguém comete uma infração a questão de “querer ser punido” significa admitir a submissão às leis que se aplicam a todos os demais, já que esse mesmo agente é co-legislador do texto que fixou o ato cometido como crime. Vale a mesma ressalva: a questão não é tão simples.

Na verdade, há que se fazer, aqui, a devida distinção entre intenção e consentimento. Para isso, as lições de Nino são primorosas. Suponha-se, por exemplo, o ato de aceitar carona de alguém embriagado. O fato de um acidente ser uma consequência possível não significa que o passageiro queira esse resultado, tampouco consinta com o resultado em si. O mesmo se pode dizer com relação a um paciente que concorda em submeter-se a uma cirurgia de risco. A morte é um resultado factual possível, mas de forma alguma se identifica a intenção de que venha a ocorrer quando justamente se quer o contrário, a vida. Em todos esses casos, depara-se com um ato voluntário que pode ou não ter a intenção de mudar uma relação legal. Todavia, “o fato de a pessoa saber que uma consequência factual pode decorrer do seu ato não é, em si mesmo, uma razão moralmente relevante para pôr sobre ela o ônus legal associado com essa consequência.” Em contrapartida, sendo essa consequência legal de um ato voluntário do conhecimento do agente, pode-se dizer que ele consentiu com ela (NINO, 2011, p. 346).

Note-se que o consentimento relevante que autoriza a punição é o consentimento nas consequências normativas do ato; como efeito, no caso de uma ofensa, o consentimento se refere ao fato de o agente assumir a imputabilidade da punição. Tal “consentimento é dado quando o ato é voluntário e o agente sabe que a consequência normativa em questão decorre *necessariamente* da realização do ato” (NINO, 2011, p. 348).

Conforme os diversos exemplos demonstraram, “não consentimos em tudo que sabemos ser as possíveis consequências de nossas ações.” O consentimento de fato (o relevante, aquele que justifica moralmente a punição) é diferente da intenção “por não requerer que o estado de coisas consentido deva ser desejado como um fim ou como um meio para um fim” (NINO, 2011, p. 349).

Em última análise, a justificação da punição defendida por Nino “se baseia no consentimento em assumir a imputabilidade da punição que está implicada no cometimento voluntário de uma ofensa, quando a pessoa sabe que aquela imputação é uma consequência necessária dele.” A partir de algumas divergências levantadas (como a de que o

consentimento não pode ser a justificação moral para a punição do infrator), é preciso distinguir (retomar e deixar claro, na verdade) os conceitos de consentimento e intenção. “Uma noção ampla de intenção inclui a de consentimento, mas o conceito de consentimento não implica intenção num sentido estrito. [...] A previsão de uma consequência como resultado necessário de um ato voluntário é o que chamo de ‘consentimento’.” (2011, p. 356-358).

De forma muito interessante, o autor vai mais longe, afirmando que a autonomia das pessoas é respeitada quando o seu consentimento torna-se base para a imputabilidade da punição: “respeitar a autonomia das pessoas não é meramente satisfazer seus desejos [...], mas tomar as suas *decisões* de realizar certos estados de coisas [...] como expressões de seu próprio plano de vida.” Isso porque “a ideia da autonomia implica que cada pessoa é o único juiz que pode decidir, às vezes irrevogavelmente, qual dos seus desejos ela deve tentar satisfazer e qual ela pode colocar em risco de frustrar-se” (NINO, 2011, p. 360-361).

Por fim, agregando um segundo componente à justificação da punição numa perspectiva democrática, reaparece a ideia de liberdade:

[...] Atualmente, a liberdade de escolha do indivíduo é cada vez mais restringida para assegurar que uma liberdade mínima e efetiva de escolha seja mais equitativamente distribuída. De fato, a defesa mesma dessas restrições talvez possa ser estendida para dar suporte à imputabilidade estrita em razão de que, já que o crime afeta a liberdade de escolha de algumas pessoas (às vezes para sempre), a redução da oportunidade que certos indivíduos têm de evitar punição pode permitir que mais pessoas escolham o seu modo de vida sem a interferência do crime (NINO, 2011, p. 369).

Novamente constata-se pontos de intersecção com Kant, sobretudo no que toca à unificação do arbítrio de um para com o outro de acordo com uma lei universal da liberdade, de modo que as limitações recíprocas da liberdade constituem sua própria garantia. Nesse sentido, ainda que provisoriamente, Nino propõe “que a punição, como privação compulsória geralmente desagradável de direitos, pode ser justificada *prima facie* quando constituir um meio necessário e efetivo de proteção social contra um dano maior e for distribuída com base no consentimento prévio dos receptores” (2011, p. 370).

Desse modo, o que justifica e legitima o exercício do poder punitivo pelo Estado numa perspectiva democrática é o consentimento livre do agente em relação às consequências normativas de seus atos. Mais do que isso, essa constatação permite afirmar que a efetiva aplicação da pena é, portanto, um gesto de respeito à própria autonomia do indivíduo e, em último efeito, uma garantia para a liberdade.

4 Considerações finais

Desde logo, aceitou-se o fato de que o Estado maneja um grande poder. Esse atributo manifesta-se de variadas formas, mas deu-se destaque à que concerne à punição, aplicada pelo tolhimento à liberdade – não sendo desconsiderado, contudo, que o uso abusivo desses mecanismos no interior de um modelo estatal Democrático de Direito configura um risco.

O trabalho revolveu o dilema entre liberdade e segurança (para o que se faz necessária a punição) e descobriu raízes profundas sustentando a discussão, a começar pelas indagações e explicações formuladas por Kant sobre a existência de uma faculdade de coagir de homens para homens. O filósofo concluiu que tal faculdade visa, em última análise, a própria garantia da liberdade: garantia recíproca possibilitada pela limitação igualmente recíproca. Com efeito, se o próprio uso da liberdade a torna um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais, a coerção que se opõe a isso é justa.

Outro ponto importante trazido pelo referencial kantiano diz respeito ao princípio da autonomia da vontade, que coloca o homem como co-legislador universal, como responsável pela emissão da lei universal, derivada da sua própria. Com esse raciocínio firma-se o entendimento de que ao cometer um ato considerado criminoso seu agente aceitou de antemão a punição. Atenção: não se está dizendo que alguém, em sua consciência, queira ser punido, mas sim que quis uma *ação punível*, uma consequência normativa para o ato que já estava prevista antes do seu cometimento e, mais, estipulada pelo próprio executor, naquela condição de co-legislador.

Além disso, como decorrência da segunda formulação do imperativo categórico, a punição deve ser imposta ao criminoso *somente* porque ele cometeu um crime, o que costuma abrir margem para que Kant seja rotulado de retribucionista (reitera-se: o filósofo em questão não desenvolveu uma teoria completa da justiça penal, merecendo um exame mais profundo antes de precipitações como essa). De qualquer forma, a construção filosófica de base kantiana permitiu a compreensão da punição como expressão e garantia da própria liberdade e, portanto, essencial.

Somando-se a esse aporte, Carlos Santiago Nino, na tentativa de demonstrar a superioridade moral do regime democrático, forneceu uma interessante justificação da autoridade do governo e da punição. De acordo com o filósofo argentino, em uma democracia é determinante para que alguém se torne passível de punição o seu consentimento livre, o qual é capaz de prover uma justificação *prima facie* para o exercício do poder legal correlativo de

punir. Na mesma linha trilhada por Kant, significa que o indivíduo que infringe a lei, sendo conhecedor das consequências, consente com o próprio castigo? Vale a ressalva anterior: a questão não é tão simples. A pena é um resultado factual possível, o que não autoriza a deduzir, todavia, a intenção do agente de experimentar esse efeito. Em outras palavras, o conhecimento da consequência factual não necessariamente provê uma razão moralmente relevante para pôr sobre ela o ônus legal associado com essa consequência.

Destarte, o consentimento relevante que autoriza a punição é o que se dá com relação às consequências normativas do ato, daí decorrendo a justificação e legitimação do exercício do poder punitivo pelo Estado numa perspectiva democrática. A reunião desses elementos, por fim, gerou uma constatação extraordinária: a de que, além de uma garantia para a liberdade, a efetiva aplicação da pena não deixa de ser, paradoxalmente, um gesto de respeito à própria autonomia do indivíduo – o que não autoriza, de forma alguma, quaisquer ações ou interpretações que ameacem a indispensável garantia da liberdade para a democracia.

5 Referências

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Pena. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. São Leopoldo, RS: UNISINOS; Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 21. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

HÖFFE, Otfried. O imperativo categórico do direito: uma interpretação da “Introdução à Doutrina do Direito”. *Studia Kantiana*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1998.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

MILOVIC, Miroslav. Kant, Emmanuel, - 1724-1804. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. São Leopoldo, RS: UNISINOS; Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009.

NINO, Carlos Santiago. *Ética e direitos humanos*. São Leopoldo: UNISINOS, 2011.

_____. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 1980.

NOUR, Soraya. Autonomia. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. São Leopoldo, RS: UNISINOS; Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. 8. ed. Rio Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Robinson dos. A concepção de justiça penal na doutrina do direito de Kant. *Revista Éthica*. Florianópolis, v. 10, n. 3, p. 103-114, Dez. 2011. p. 111. Disponível em: <www.periodicos.ufsc.br/index.php>. Acesso em: 28 Jan. 2013.