

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS  
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**JEFFERSON LOBATO DE OLIVEIRA**

**OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL APLICADOS NO ÂMBITO DO  
UNIVERSALIZÁVEL DA MORAL.**

**CAMPINAS  
2022**

JEFFERSON LOBATO DE OLIVEIRA

**OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL APLICADOS NO ÂMBITO DO  
UNIVERSALIZÁVEL DA MORAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à disciplina de Monografia Jurídica II do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, sob orientação do Prof.º Me. Arlei da Costa, para obtenção do título de Bacharel em Direito.

CAMPINAS  
2022

Ficha catalográfica elaborada por Vanessa da Silveira CRB 8/8423  
Sistema de Bibliotecas e Informação - SBI - PUC-Campinas

310.12 Oliveira, Jefferson Lobato de  
O48p

Os princípios do direito penal aplicados no âmbito do universalizável da moral /  
Jefferson Lobato de Oliveira. - Campinas: PUC-Campinas, 2022.

75 f.

Orientador: Arlei da Costa.

TCC (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Centro de Ciências  
Humanas e Sociais Aplicadas, Pontifícia Universidade Católica de Campinas,  
Campinas, 2022.

Inclui bibliografia.

1. Direito - Filosofia. 2. Direito penal. 3. Ética. I. Costa, Arlei da. II. Pontifícia  
Universidade Católica de Campinas. Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas.  
Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 310.12

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS  
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS  
FACULDADE DE DIREITO  
JEFFERSON LOBATO DE OLIVEIRA**

**OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL APLICADOS NO ÂMBITO DO  
UNIVERSALIZÁVEL DA MORAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso defendido e  
aprovado no dia \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de  
\_\_\_\_\_ pela respeitável banca  
examinadora.

---

Prof. Me. Arlei da Costa.  
Orientador e presidente da banca  
examinadora.  
Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

---

Prof. Me. Joao Luis Mousinho dos Santos  
Monteiro Violante.  
Professor Convidado do Direito.  
Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

---

Prof. Marco Antonio Chabbouh Junior.  
Professor Convidado da Filosofia.  
Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

***“Dedico o presente trabalho à minha família e amigos, principalmente àqueles que jamais deixaram de me apoiar em minhas decisões e que me acompanharam em todo o processo de formação direta ou indiretamente, a todos meu carinho e minha gratidão eterna”.***

## **AGRADECIMENTOS.**

Ao meu Senhor e meu Deus.

Em primeiro quero agradecer àquele que esteve comigo em todos os instantes, incluindo nos meus dias mais fatigantes e momentos mais sombrios em que venci as frações de tempo em que o sentimento de desânimo e vontade de desistir passaram entre meus pensamentos.

À Virgem Maria.

Não teria conseguido sem sua intercessão e intermediação, eis que nos momentos em que me senti indigno e sozinho, me mostrou que eu poderia continuar confiando em Deus e em seus desígnios para mim e mesmo não sendo merecedor pedi seu auxílio para chegar ao Pai, sem dúvidas as concessões feitas a mim tiveram a doce e delicada intercessão Mariana.

Ao meu Orientador.

Ao meu orientador e professor Me. Dr. Arlei da Costa que aceitou a mim e minha proposta em me orientar neste tema que, apesar de deixar de estar estritamente relacionado à matéria do Direito Penal, soube pontualmente me indicar que caminho de estudo que eu poderia seguir, além do mais, pelas aulas ministradas durante a graduação que foram preponderantes para minhas escolhas da temática, orientador, ênfase de curso e área prática no exame de Ordem dos Advogados do Brasil em que obtive êxito na aprovação.

À Sra. Roseli Coutinho Lobato.

Minha Sra. e querida mãe, que me ofereceu seu colo com sua simplicidade e humildade conseguiu me amparar quando estive confuso acerca das situações e peripécias do cotidiano da vida, me colocando no caminho e me lembrando de quem eu era, fortalecendo meus sonhos e o desejo de continuar...

À Sra. Paula Cristina Ferreira de Souza.

Minha mestra e mentora desde o início de minha vida acadêmica. Que viu em mim o que eu não via, professora desde o ensino médio, responsável por fazer nascer em mim a esperança e me fazer enxergar que seria possível pelo menos sonhar,

principalmente, porque valeria à pena.

Ao Me. Carlos Henrique Ferreira da Silva.

Melhor amigo e irmão-escolhido, que me ensinou o verdadeiro e real sentido de uma amizade boa, forte, recíproca e duradora, incentivando em meus planos e escolhas, me advertindo e admoestando, transmitindo forças nos momentos difíceis no dia a dia.

Àquela que conseguiu conquistar meu amor e me convenceu a continuar a busca por viver e morrer por amor, mas continuar vivo, Sabrina Almeida. À minha terapeuta Tatiana que me apresentou o caminho e a importância de ressignificar e desenvolver bons olhos ao que pode ser bom, ao meu amigo confessor e mentor Pe. Anderson Ricardo que me mostrou a necessidade de caminhar com fé e conhecimento concomitantemente, ao meu amigo Diogo Augusto que ensinou o significado do perdão e das boas consequências advindas dele, aos meus irmãos Michel e Gabriel, à Me. Marie-Nelly minha amiga que mesmo de longe sempre se fez presente e conseguindo transmitir a sensação de parecer que a distância geográfica não importava tanto, enquanto o vínculo fosse mantido.

Aos familiares amigos e amigas: aos meus avós Júlia Viotto e Claudemir Viotto, ao Dr. Marcos Abner, à Dra. Emily Facchin, Lorryne Reis, ao Dr. Eduardo Rodrigues, ao Dom Miguel (Jealison), à Elaine Furtado, à Sandra Modesto, à Gisele Bedin, à Silvia Fiorante, à Neusa Rissio, à Claudia Bertuqui, à Jocasta Oliveira, ao Daniel F. Costa, ao João Duarte, ao Dr. Rafael Augusto, ao Dr. Renan Augusto, ao Dr. Renan Campos, à Dona Sônia Maria, à Vitória Pacini, ao Dr. Washington Rebellato, à Rafaella Gouvêa, à Lais Regina, ao Bruno Fantana, ao Leonardo Pullin, à Monalisa Lobato, à Mahyarah Lobato e à Josi Alves.

Este trabalho é resultado do esforço e dedicação, apesar dos empecilhos e dificuldades, mas a fé e perseverança permitiram a continuidade e, assim, inicio-o com meus agradecimentos. Obrigado.

*“AGE COMO SE A MÁXIMA DE TUA AÇÃO DEVESSE TORNAR-SE,  
ATRAVÉS DA TUA VONTADE, UMA LEI UNIVERSAL”. IMMANUEL KANT.*

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo debruçar-se sobre o Direito e seus princípios penais sob a ótica da Ética e da Moral filosóficas demonstrando uma interpretação axiológica a partir de Immanuel Kant. Sabe-se da dificuldade para compreender a diferença entre moral e ética, bem como a diferença de norma, regra e princípios, assim, a intenção do estudo é realizar uma comparação entre os conceitos sob o viés da corrente jurídica e da corrente filosófica em aplicações de ambas as visões sobre os princípios de Direito Penal. Com isso, pretende-se entender a contradição conceitual de ética e moral entre Miguel Reale e Kant, temas que foram empregados à Filosofia do Direito, mas que não se tem notícias de discordância ou questionamentos sobre essa decisão do famoso doutrinador, por isso, buscar-se-á trazer uma abordagem sobre ética e moral, com o intuito de demonstrar uma corrente mais consolidada sobre o tema na visão e aplicação da perspectiva de Kant.

**Palavras-chave:** Direito; Filosofia; Filosofia do Direito; Direito Penal; Regras; Princípios; Normas; Immanuel Kant; Miguel Reale; Max Scheler

## **ABSTRACT**

The present work aims to look into the Law and its penal principles from the perspective of Philosophical Ethics and Morals, demonstrating an axiological interpretation from Immanuel Kant. It is known that it is difficult to understand the difference between morals and ethics, as well as the difference between norm, rule and principles, so the intention of the study is to carry out a comparison between the concepts under the bias of the legal current and the philosophical current in applications of both views on the principles of Criminal Law. With this, it is intended to understand the conceptual contradiction of ethics and morals between Miguel Reale and Kant, themes that were used to the Philosophy of Law, but that there is no news of disagreement or questions about this decision of the famous indoctrinator, therefore, seek An approach on ethics and morals will be presented, in order to demonstrate a more consolidated current on the subject in the vision and application of Kant's perspective.

**Keywords:** Law; Philosophy; Philosophy of Law; Criminal Law; Rules; Principles; Standards; Immanuel Kant; Miguel Reale; Max Scheler.

## RÉSUMÉ

Le présent travail a pour finalité d'aborder le droit et ses principes pénaux du point de vue de l'éthique philosophique et de la morale, en proposant une interprétation axiologique basée sur Emmanuel Kant. Étant entendu que la distinction entre la morale et l'éthique, au même titre que celle entre la norme, la règle et les principes peut être ardue, le présent travail se propose d'effectuer une comparaison entre les concepts relevant du courant juridique et le courant philosophique, dans les applications des deux perspectives aux principes du droit pénal. Par conséquent, ce travail cherche à comprendre la contradiction conceptuelle de l'éthique et de la morale entre Miguel Reale et Kant, thèmes qui ont été employés en philosophie du droit, mais pour lesquels on ne trouve aucune trace de désaccord ou de remise en cause de ce choix par le célèbre juriste. De ce fait, on cherche à produire une approche sur l'éthique et la morale en vue de mettre en lumière un courant consolidé, dans la lignée et l'application de la perspective de Kant.

Descripteurs : Droit ; Philosophie; Philosophie du droit; Loi criminelle; Règles; Des principes; Normes; Emmanuel Kant; Miguel Reale; Max Scheler.

## SUMÁRIO:

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>14</b>
<b>2.</b>	<b>CAPÍTULO I: Conceito de Moral e Ética em Immanuel Kant. ....</b>	<b>17</b>
2.1.	Conceito de Moral em Immanuel Kant. ....	17
2.2.	Conceito de Ética em Immanuel Kant. ....	25
<b>3.</b>	<b>CAPÍTULO II: Conceito de Princípio e Sua Distinção Da Regra.....</b>	<b>30</b>
3.1.	Conceito de Princípio e sua Distinção da Regra para a Compreensão da Aplicação Moral e Ética de Kant. ....	30
3.2.	Critério do Caráter Hipotético-Condiciona. ....	32
3.3.	Critério do Modo Final de Aplicação.....	34
3.4.	Critério Conflito Normativo. ....	36
3.5.	A Proposta de Dissociação entre Princípios e Regras. ....	39
3.6.	Conceito Final de Princípio e de Regra.....	43
<b>4.</b>	<b>CAPÍTULO III: Aplicação dos Princípios do Direito Penal aos Postulados da Ética, Moral, Princípio e Regra. ....</b>	<b>48</b>
4.1.	Princípios do Direito Penal. ....	48
4.2.	Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Sua Aplicabilidade. ....	48
4.3.	Do Princípio da Legalidade e Sua Aplicabilidade. ....	52
4.4.	Do Princípio da Humanidade e Sua Aplicabilidade. ....	55
4.5.	Princípio do ne bis in idem e Sua Aplicabilidade. ....	56
4.6.	Do Princípio da Individualização da Pena e Sua Aplicabilidade.....	57
4.7.	Do Princípio da Proporcionalidade e Sua Aplicabilidade.....	59
4.8.	Do Princípio da Culpabilidade e Sua Aplicabilidade.....	60
4.9.	Do Princípio da Insignificância e Sua Aplicabilidade. ....	62
4.10.	Do Princípio da Exclusiva Proteção a Bens Jurídicos e Sua Aplicabilidade.	65
<b>5.</b>	<b>Considerações Finais. ....</b>	<b>68</b>

<b>6.</b>	<b>Referências Bibliográficas. ....</b>	<b>73</b>
-----------	---	-----------

## 1. INTRODUÇÃO.

Na história do Direito, Filosofia e Direito caminham de mãos dadas. Sabe-se que todo jurista e operador de direito deve ter noção da relevância e contribuição da Filosofia para toda área do conhecimento, principalmente, para o âmbito jurídico – o que é de se esperar tendo em vista que, desde o menor átomo até a noção de Deus, nada foge da crítica filosófica.

Assim, tem-se que o ilustre Doutrinador Miguel Reale, reconhecidíssimo por sua *filosofia do tridimensionalismo jurídico*, trouxe para o Direito Brasileiro uma das principais correntes da Filosofia do Direito e com ela a definição de Ética e Moral a partir daquilo que ele compreendeu e escolheu aplicar em sua doutrina.

Miguel Reale propõe em sua principal obra da Filosofia do Direito “*Lições preliminares de direito*” (2002), manual de todo aluno de Introdução ao Estudo do Direito, a conceituação e seu entendimento do que interpretou como apropriado sobre a temática da Ética e Moral aplicadas ao Direito (REALE, 2002). Todavia, Miguel Reale se baseia em uma corrente minoritária de pouca adesão pela comunidade filosófica nesta toada (REALE, 2002).

No texto de sua obra, Miguel Reale se distancia do entendimento kantiano quando traz para o Direito a concepção sobre Ética e Moral se aliando a Max Scheler, que foi um dos pensadores que contrapôs criticamente ao pensamento de Kant (REALE, 2002).

Com a inserção da ideia de Miguel Reale, cotejando com o já produzido academicamente, tem-se que os juristas brasileiros, em sua maioria, valem-se de duas falácias aristotélicas bem explanadas pelo pensador Irving Copi em sua obra *Introdução à Lógica* (1974), são elas, **(i)** a falácia do ***argumentum ad verecundiam*** (apelo à autoridade), “*sentimento de respeito que as pessoas alimentam pelos indivíduos famosos para granjear a anuência a uma determinada conclusão [...] referência a uma conhecida autoridade no campo especial de sua competência pode dar mais peso*” (COPI, 1974, p. 40) e **(ii)** a falácia do ***ad hominem circunstancial***, “*diz respeito às relações entre as convicções de uma pessoa e as suas circunstâncias, [...] que o seu antagonista deve aceitá-las, por causa das*

*circunstâncias especiais que este se encontra*” (COPI, 1974, p. 38). (Grifo meu).

Assim, ao acolher a concepção do doutrinador sem apresentar a razão que o levou a não optar pela concepção kantiana para aplicar seu pensamento em sua abordagem da Ética e Moral no âmbito do Direito incorre-se em falácias. Ocorre que, Miguel Reale diverge de tal forma de Kant que, **o entendimento sobre Ética em Kant, é a Moral em Miguel Reale e o entendimento de Moral em Kant é a Ética em Miguel Reale**, uma inversão conceitual entre as duas ciências que poderiam (ou até mesmo deveriam) cooperar entre si. Todavia, como dito inicialmente, são ciências que caminham juntas e que, se somadas, a contribuição para com a sociedade sobre as reflexões dos fatos ocorridos na sociedade, com certeza, possuiria uma profundidade maior do que a que se tem e que se compreende hoje.

Assim escreveu Miguel Reale:

O filósofo alemão contemporâneo Max Scheler contrapôs à Ética formal de Kant, ou seja, à Ética do dever pelo dever, uma Ética material de valores, mostrando-nos que toda e qualquer atividade humana, enquanto intencionalmente dirigida à realização de um valor, deve ser considerada conduta ética. Pode mesmo ocorrer que o desmedido apego a um valor, em detrimento de outros, determine aberrações éticas, como é o caso dos homens que tudo sacrificam no altar do poder, da beleza, da economia etc. Aceito o prisma scheleriano do conteúdo axiológico das atividades éticas, poderemos discriminar as espécies fundamentais de normas, em função de alguns valores cardinais, que, através dos tempos, têm sido considerados o bem visado pela ação. [...] No primeiro caso, o ato é apreciado em função da intencionalidade do agente, o qual visa, antes de mais nada, à plenitude de sua subjetividade, para que esta se realize como individualidade autônoma, isto é, como pessoa. A Ética, vista sob esse ângulo, que se verticaliza na consciência individual, toma o nome de Moral, que, desse modo, pode ser considerada a Ética da subjetividade, ou do bem da pessoa. Quando, ao contrário, a ação ou conduta é analisada em função de suas relações intersubjetivas, implicando a existência de um bem social, que supera o valor do bem de cada um, numa trama de valorações objetivas, a Ética assume duas expressões distintas: a da Moral Social (Costumes e Convenções sociais); e a do Direito. [...] O assunto, porém, exige uma ou mais aulas especiais. Antes, porém, de passarmos à análise de outros aspectos do problema ético, cumpre-nos esclarecer que, se o valor da subjetividade é o fundamento da Moral, isto não significa que o indivíduo como tal seja a medida dos atos morais. Quando os indivíduos se respeitam mutuamente, põem-se uns perante os outros como pessoas, só se realizando plenamente a subjetividade de cada um em uma relação necessária de intersubjetividade. É por essa razão que a Moral, visando ao bem da pessoa, visa, implicitamente, ao bem social, o que demonstra a unidade da vida ética, muito embora esta possa ser vista sob diversos prismas (REALE, 2002, p. 41-44).

Desta forma, inicialmente, o trabalho terá como foco estabelecer a conceituação dos termos ética e moral em Kant visando alcançar e entender o motivo da aplicação da Ética e Moral advinda de Max Scheler e não de Kant. Eis que a corrente filosófica predominantemente no âmbito ético é a interpretação a partir de Kant.

Portanto, serão apresentados dois filtros, um no primeiro capítulo sobre o que é a ética e moral e o segundo no segundo capítulo em que será abordado a discussão sobre o que se trata de princípio buscando uma conceituação para o termo, para que, após, sejam os princípios do direito penal submetidos a esses filtros e, aí, obter o resultado de verificar se a concepção kantiana é apropriada.

Por isso, no decorrer do texto, buscar-se-á trazer à luz o esclarecimento sobre esse ponto pouco abordado com a intenção de contribuir, sem diminuir o entendimento já produzido, para o Direito uma ideia ou uma interpretação da Ética e da Moral a partir de Kant e como seria o resultado de sua aplicação em princípios e regras e, especificamente, aos princípios do Direito Penal.

## 2. CAPÍTULO I: Conceito de Moral e Ética em Immanuel Kant.

### 2.1. Conceito de Moral em Immanuel Kant.

Inicialmente, faz-se necessário uma breve introdução do autor. O filósofo e pensador alemão *Immanuel Kant* (2013) escreveu, em meados de 1797, uma de suas principais obras que comporiam a bibliografia da Filosofia e do Direito, devido à importância de sua contribuição para ambas as ciências, a saber, “*A Fundamentação da Metafísica dos Costumes*”.

Nela, Kant apresenta a necessidade de a ciência natural demonstrar objetos sensorialmente externos a partir dos princípios *a priori* e da possibilidade de se estabelecer um sistema com esses princípios, aquilo que chamará de “*ciência da metafísica da natureza*” aplicada às experiências físicas particulares, pois há princípios que são colocados *a priori* para poderem ter uma validade universal (KANT, 2013, p. 15).

Com as leis morais, porém, a situação é outra. Apenas na medida em que podem ser discernidas como fundadas a priori e necessárias, valem elas como leis; mesmo os conceitos e juízos sobre nós mesmos, e sobre tudo o que fazemos ou não fazemos, nada significam moralmente se contêm apenas o que se aprende da experiência. E, se caímos na tentação de transformar em princípios morais algo procedente desta última fonte, corremos o perigo de incorrer nos erros mais grosseiros e perniciosos (KANT, 2013, p. 23).

Nota-se que Kant (2013) inicia sua definição do que compreende sobre moral, apontando que a moral para ser válida não deve ser levada à rogo para o campo do individual-particular, o mundo prático, mas tão somente na esfera do universalizável do princípio que se tem, *a priori*, a ponto de que ao realizar determinado ato, para ser considerado moral, possa ser aplicado à todas as pessoas.

O *insight* que o leva a considerar que uma determinada ação possa ser universalizável é o seguinte questionamento:

Se um sistema de conhecimentos a priori por meros conceitos, assim, chama-se metafísica, então uma filosofia prática, que tem por objeto não a natureza, mas a liberdade do arbítrio, irá pressupor e requerer uma metafísica dos costumes. Ou seja, possuir uma tal metafísica é mesmo um dever, e cada

homem a tem também em si, ainda que, em geral, apenas de modo obscuro. **Pois como poderia ele, sem princípios a priori, acreditar ter em si uma legislação universal?** Assim como em uma metafísica da natureza, porém, **devem existir princípios para a aplicação daqueles princípios universais supremos de uma natureza em geral aos objetos da experiência, também uma metafísica dos costumes não pode deixar de tê-los, e precisaremos tomar frequentemente como objeto a natureza particular do homem, cognoscível apenas pela experiência, para nela mostrar as conclusões dos princípios morais universais sem por meio disso tirar algo da pureza dos últimos, nem pôr em dúvida sua origem a priori.** – Isso quer dizer apenas que uma metafísica dos costumes não pode estar fundada na antropologia, mas pode ser aplicada a ela (KANT, 2013, p. 24). **Grifo meu.**

Disso, extrai-se a ideia de que há princípios já existentes, antes mesmo do sujeito, isto porque são universalizáveis, ou seja, *a priori*, portanto, devem trazer à luz do questionamento interno do sujeito se a possibilidade daquela eventual ação que se pretende executar é ou não *moral* sob a condição de ser universalizável (KANT, 2013).

Com as leis morais, porém, a situação é outra. **Apenas na medida em que podem ser discernidas como fundadas a priori e necessárias, valem elas como leis; mesmo os conceitos e juízos sobre nós mesmos, e sobre tudo o que fazemos ou não fazemos, nada significam moralmente se contêm apenas o que se aprende da experiência.** E, se caímos na tentação de transformar em princípios morais algo procedente desta última fonte, corremos o perigo de incorrer nos erros mais grosseiros e perniciosos (KANT, 2013, p. 23). **Grifo meu.**

A proposta moral oferecida por Kant tende a ser um divisor de águas entre as inclinações genéricas vindas por indução pela razão prática de cada sujeito, por consequência disto, seria possível “*admitir a cada um uma infinidade de exceções, na adaptação daquela escolha do seu modo de vida, à sua inclinação particular e à sua predisposição ao prazer; para ao final, porém, só se tornar prudente por meio do sofrimento, seu próprio ou de outrem*” (KANT, 2013, p. 23).

Sendo que com o ensinamento da moral universalizável, o sujeito não levará em consideração suas inclinações, as leis não serão extraídas a partir da ótica de si mesmo, ou seja, o indivíduo não terá sob a ótica da moral os seus próprios costumes (KANT, 2013).

Com os ensinamentos da moralidade, porém, a situação é outra. Eles ordenam a cada um sem levar em consideração suas inclinações; apenas

porque, e na medida em que, ele é livre e tem razão prática. O aprendizado de suas leis não é extraído da observação de si mesmo e da animalidade nele presente, nem da percepção do curso do mundo, do que ocorre ou de como se age (ainda que a palavra alemã *costumes* signifique, como a latina *mores*, apenas maneiras e formas de vida), mas a razão ordena como se deve agir, mesmo que não fosse encontrado nenhum exemplo disso, e também não leva em conta a vantagem que disso poderia resultar para nós e que somente a experiência poderia ensinar (KANT, 2013, p. 24).

Kant (2013) observa que a lei já existente pode ser compreendida pelo simples conhecimento teórico por ser uma ação devida, ou seja, uma imputação ao sujeito que deverá seguir determinada regra após a experiência dela.

Ao inculcar no sujeito a essência da regra, este deverá agir fundamentalmente sob a determinação do arbítrio em geral, sendo a ação do sujeito a representatividade da lei fazendo que a lei seja o dever do sujeito e que este aja de acordo com a moral universalizável trazida por ela:

A toda legislação (prescreva ela ações interiores ou exteriores e estas ou a priori, através da mera razão, ou por meio do arbítrio de um outro) pertencem dois elementos: primeiro, uma lei que representa objetivamente como necessária a ação que deve ocorrer, ou seja, que faz da ação um dever; segundo, um móbil que conecta subjetivamente o fundamento de determinação do arbítrio para esta ação à representação da lei. Este é, portanto, o segundo elemento: a lei faz do dever um móbil. Por meio do primeiro, a ação é representada como dever, o qual é um mero conhecimento teórico da possível determinação do arbítrio, quer dizer, da regra prática; por meio do segundo, a obrigação de agir deste modo é ligada, no sujeito, a um fundamento de determinação do arbítrio em geral (KANT, 2013, p. 25).

Neste sentido, para esclarecer a intenção proposta de Kant, vale trazer à luz da pesquisa realizada por Daniela Rezende de Oliveira (2010):

Por meio de um procedimento puramente racional, é possível formular-se o imperativo categórico, e posteriormente, determinar se nossas máximas morais – princípios práticos subjetivos – podem ser consideradas leis práticas, isto é, se tais máximas possuem validade no que se refere à vontade de todo ser dotado de racionalidade. Em outras palavras, segundo a ética kantiana, para considerarmos uma ação moralmente correta ou incorreta, faz-se necessário indagar se tal ação pode ser elevada à categoria de lei universal. (OLIVEIRA, 2010, p. 02).

Para exemplificar, tem-se que o conceito de *liberdade* trata-se de um conceito da razão pura, ou seja, é puramente abstrato e hoje os princípios do ordenamento

jurídico propõem que todos são livres, nos ditames da lei, mas livres e assim prevê o art. 5º da CF/88: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]*” (BRASIL, 1988).

Com isso, em uma aplicação prática a partir do que diz Kant, a liberdade no campo da razão pura é uma moral universalizável, mas que só poderá ser experimentada no mundo prático se for aplicada em uma norma, que no presente exemplo, é prevista pela principal norma do ordenamento jurídico do Brasil, a Constituição Federal de 1988.

Nesse conceito positivo (em sentido prático) de liberdade fundamentam-se leis práticas incondicionais que se denominam morais. Para nós, que temos um arbítrio que é afetado sensivelmente e, portanto, não se adequa por si mesmo à vontade pura, mas com frequência lhe é resistente, essas leis são imperativos (comandos ou proibições) e, na verdade, imperativos categóricos (incondicionais), razão pela qual se distinguem dos imperativos técnicos (das prescrições da arte), que sempre comandam apenas de modo condicional. Segundo essas leis, certas ações são permitidas ou não, isto é, são moralmente possíveis ou impossíveis, mas algumas delas, ou as que lhe são contrárias, são moralmente necessárias, isto é, obrigatórias, e daí surge para aquelas o conceito de um dever cujo cumprimento ou transgressão está unido realmente a um prazer ou desprazer de tipo particular (o de um sentimento moral) que, porém, não podemos absolutamente levar em consideração nas leis práticas da razão [porque o prazer não se refere ao fundamento das leis práticas, mas somente ao efeito subjetivo sobre o ânimo na determinação de nosso arbítrio por aquelas, e pode variar segundo a diversidade dos sujeitos (sem acrescentar ou extrair daquelas, objetivamente, isto é, no juízo da razão, algo de sua validade ou influência)] (KANT, 2013, p. 27-28).

Para exemplificar ainda mais a proposta kantiana da moral, Kant traz também o conceito da *obrigação*. Eis que funcionará como um imperativo categórico da razão, para que o sujeito esteja de tal forma compelido a agir de acordo com a moralidade que se verá compelido a agir de acordo a determinada norma porque “*o imperativo categórico, posto que enuncia uma obrigação a respeito de certas ações, é uma lei prático-moral*” (KANT, 2013, p. 29).

Os seguintes conceitos são comuns à metafísica dos costumes em suas duas partes. *Obrigação* é a necessidade de uma ação livre sob um imperativo

categórico da razão. O imperativo é uma regra prática por meio da qual uma ação em si contingente torna-se necessária. Ele se diferencia de uma lei prática, a qual, com efeito, torna representável a necessidade de uma ação, mas sem levar em consideração se esta, em si, encontra-se já internamente, de modo necessário, no sujeito agente (como em um ser santo), ou se (como no homem) contingente; pois no primeiro caso não há imperativo algum. **Por conseguinte, o imperativo é uma regra cuja representação torna necessária a ação subjetivamente contingente e, portanto, ele representa o sujeito de tal modo que ele precisa ser obrigado (necessitado) a concordar com essa regra** (KANT, 2013, p. 28-29). **Grifo meu.**

Ademais, tem-se que os conceitos da razão pura tais quais (i) *permitida* e (ii) *dever* são levados em consideração em contrapartida ao conceito de *obrigação*:

*Permitida* é uma ação (*licitum*) que não é oposta à obrigação. E essa liberdade, que não está limitada por nenhum imperativo oposto, chama-se autorização (*facultas moralis*). Torna-se evidente, a partir disso, o que não é permitido (*illicitum*). *Dever* é aquela ação a que cada um está obrigado. Ela é, pois, a matéria da obrigação, e o dever pode ser o mesmo (segundo a ação), ainda que possamos ser obrigados a ele de diversos modos (KANT, 2013, p. 28-29).

Vale ressaltar que o imperativo categórico é uma *necessitação*, segundo Kant (2013), tanto sobre a ótica de um determinado comando, quanto sobre a ótica de uma determinada proibição, sendo ambas representadas por um dever, fazendo que seja intuída uma ação que não é necessariamente ordenada e, tampouco proibida, mas, tão somente, permitida (2013).

Com isso, tem-se a figura da ação *moralmente-indiferente* que estaria entre a lei de comando, a lei de proibição e a lei permissiva, um limbo, para que fosse dado ao sujeito a oportunidade de fazer o que lhe aprouvesse. Todavia, a referida autorização é apenas uma ação indiferente, isto porque uma vez não considerada moral e não considerada particular, não seria uma norma necessária (KANT, 2013).

Em resumo, pode-se dizer que para Kant (2013) o cerne da concepção do que vem a significar o termo *moral* é baseado em um princípio puramente racional, abstrato e metafísico, se trata de um conjunto de normas de um determinado conjunto de noções que são admitidas como verdadeiras, mas que não são alcançados pela

experiência, apenas pela racionalidade.

O conceito de liberdade é um conceito puro da razão que, precisamente por isso, é transcendente para a filosofia teórica, isto é, um conceito tal que não lhe pode ser dado nenhum exemplo adequado em qualquer experiência possível. Ele não constitui, portanto, objeto de nenhum conhecimento teórico possível para nós, e absolutamente não pode valer como um princípio constitutivo, mas unicamente como regulador e, na verdade, apenas como um princípio meramente negativo da razão especulativa (KANT, 2013, p. 27).

O exercício proposto a ser feito no mundo da *praxis* é do sujeito se colocar como um legislador universal que possa criar normas universalizáveis para que seja considerada uma ação moral (KANT, 2013).

O imperativo categórico, que em geral só enuncia o que é obrigação, é: **aja conforme a uma máxima que possa valer ao mesmo tempo como uma lei universal**. – Você tem, portanto, de considerar suas ações primeiramente conforme ao princípio subjetivo das mesmas. Que esse princípio seja também objetivamente válido, porém, você só pode reconhecer na medida em que, submetido por sua razão a essa prova por meio da qual você se pensa ao mesmo tempo como legislador universal, ele se qualifique a uma tal legislação universal”. (KANT, 2013, p. 30-31).

O princípio supremo da doutrina dos costumes é, portanto: aja segundo uma máxima que possa valer ao mesmo tempo como lei universal. – **Cada máxima que não se qualifica a isso é contrária à moral** (KANT, 2013, p. 31).

Assim, para o mundo prático a prova da realidade dos princípios abstratos são os princípios práticos que mostram uma causalidade da razão pura (abstrata), tais como as leis, e é partir daí que surge a lei moral que poderá ser universalizável. Entretanto, a abordagem sobre os princípios aplicáveis se fará em outro momento deste trabalho (KANT, 2013).

Uma lei (prático-moral) é uma proposição que contém um imperativo categórico (mandamento). Aquele que comanda (imperans) através de uma lei é o legislador (legislator). Ele é o autor (autor) da obrigatoriedade conforme a lei, mas nem sempre o autor da lei. No último caso, a lei seria positiva (contingente) e arbitrária. A lei que nos obriga a priori e incondicionalmente através de nossa própria razão pode também ser expressa como proveniente da vontade de um sumo legislador, isto é, de um legislador que só tem direitos e nenhum dever (portanto, da vontade divina), o qual, porém, significa apenas a ideia de um ser moral cuja vontade é lei para todos, sem pensá-lo, entretanto, como autor dessa lei (KANT, 2013, p. 32).

Disso, Kant assevera que, tudo o que se observa no espaço e no tempo é um **fenômeno** e aparece em nossa mente como uma representação. Entretanto, quando algo aparece isto significa que também há algo que não aparece e esse algo Kant é chamado de **númeno** (KANT, 2013; OLIVEIRA, 2010).

Assim bem colocou a pesquisadora:

Considerando esse entendimento, se o homem fosse um ser apenas numênico (ou seja, se pertencesse somente ao mundo inteligível), suas ações sempre seriam conforme a liberdade (isto é, regidas por uma vontade pura). Mas, como o homem é também um ser pertencente ao mundo sensível, infere-se que suas ações devem ser conforme as máximas da liberdade (OLIVEIRA, 2010, p. 10).

Apesar do sujeito ter diante de si a escolha do que ou não será feito, eis que para Kant, o sujeito terá até três escolhas e, dessas escolhas, três conclusões poderão ser inferidas:

[...] o que alguém, conforme ao dever, faz além do que aquilo a que possa ser coagido segundo a lei é meritório (*meritum*); o que ele faz apenas de maneira exatamente conforme à última é o devido (*debitum*); o que ele faz a menos do que a última exige, por fim, é uma falta moral (*demeritum*) (KANT, 2013, p. 33).

Ademais, para encerrar este tópico, vale ressaltar que Kant define um princípio moral como o princípio universal do direito, a saber, “*o princípio universal do direito é [ser] correta toda ação que permite, ou cuja máxima permite, à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal etc.*” (KANT, 2013, p. 36).

Assim, a ação de todos ou o estado de todos podem coexistir de acordo com a liberdade de cada um segundo uma determinada lei universalizável, não seguindo esta máxima, age injustamente o agente, pois tal impedimento não pode coexistir com a liberdade segundo as leis universais (KANT, 2013).

Ora, não poderia ser a moral definida estando baseada em conduta individualizável do sujeito ou que este que fosse criar as leis universalizáveis criasse leis apenas de acordo com sua vontade, pois correria “*o perigo de incorrer nos erros mais grosseiros e perniciosos*” (KANT, 2013, p. 23) **(Grifo meu)**.

Com isso, é possível levantar o seguinte questionamento “quem poderá criar normas universalizáveis que deverão ser aplicadas a todos e que serão consideradas normas morais?”, Kant aduz que a doutrina do direito, a *ius*, que é o conjunto de leis necessárias para a regulamentação externa, além de se tratar de uma legislação, teoricamente, efetiva, tratando-se então de um *direito positivo* (KANT, 2013), faz-se necessário a sua interpretação por alguém versado.

O versado responsável por tal interpretação é chamado por jurisconsulto (*iurisconsultus*), ou aquele que é considerado como perito em direito (*iurisperitus*), desta interpretação será inferida a jurisprudência (*iurisprudencia*) (KANT, 2013).

Mas a questão de também ser justo àquilo que as leis prescreviam, ou a questão do critério universal pelo qual se pode reconhecer em geral o justo e o injusto (*iustum et iniustum*), permanecem-lhe totalmente ocultas se ele não abandona durante algum tempo aqueles princípios empíricos e busca as fontes desses juízos na mera razão (embora para tal aquelas leis lhe possam servir perfeitamente como fio condutor) de modo a estabelecer os fundamentos de uma possível legislação positiva (KANT, 2013, p. 35).

Isto para dizer que o exame da moral partindo do particular para o universal tem em si riscos de se cometer injustiças por violar a isonomia buscada na ciência jurídica do Direito, razão esta ser a proposta kantiana apropriada para aplicação da moral partindo do universal para o particular, “*é correta toda ação que permite, ou cuja máxima permite, à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal etc.*” (KANT, 2013, p. 36).

Por conseguinte, se minha ação, ou em geral meu estado, pode coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal, então age injustamente comigo aquele que me impede disso, pois este impedimento (esta resistência) não pode coexistir com a liberdade segundo leis universais (KANT, 2013, p. 36).

Violar, portanto, a lei moral universal não só se trata de uma violação de uma norma, mas também de uma violação injusta com o outro.

## 2.2. Conceito de Ética em Immanuel Kant.

De outra banda, Kant também definirá em sua obra aqui abordada, o que compreende sobre Ética. Para ele, deverá o agente refletir a respeito de sua conduta para que cumpra com o propósito desta lei moral universal, a isso se dá o nome Ética, aquilo que se infere, se interpreta da norma moral, qual seja, “*tomar como máxima o agir conforme ao direito é uma exigência que a ética me faz*” (KANT, 2013, p. 36).

Para Kant (2013), a legislação ética é a conversão interna e individual das ações do sujeito em deveres internos para si, não havendo necessidade de transmitir tal dever ético interno do sujeito para o mundo externo, eis que elas, em tese, devem se pautar nas leis morais universalizáveis *a priori*.

A legislação ética, em contrapartida, converte também as ações internas em deveres, mas sem excluir as externas, estendendo-se antes a tudo o que, em geral, é dever. Entretanto, precisamente porque a legislação ética inclui em sua lei o móbil interno da ação (a ideia do dever), cuja determinação não precisa entrar de modo algum em uma legislação externa, a legislação ética não pode ser externa (nem sequer a de uma vontade divina), ainda que admita como móveis, enquanto deveres em sua legislação, os deveres que se baseiam em outra, a saber, na legislação externa (KANT, 2013, p. 26).

Isto posto, cumpre destacar que todos os deveres e, por serem deveres, pertencem ao campo da Ética ordenando que o sujeito cumpra, após sua reflexão particular, o compromisso ora assumido diante de um contrato, por exemplo (KANT, 2013).

Disso se infere que todos os deveres, simplesmente por serem deveres, pertencem à ética, mas nem por isso sua legislação está sempre contida na ética, estando antes a de muitos deles fora da mesma. Assim, a ética ordena que eu cumpra o compromisso assumido em um contrato, mesmo que a outra parte não pudesse forçar-me a isso: ela apenas toma como dada a lei (*pacta sunt servanda*) e o dever correspondente a ela da doutrina do direito (KANT, 2013, p. 26).

Neste aspecto, tem-se que promessas feitas devem ser cumpridas no âmbito interno do sujeito. Por outro lado, promessas feitas de acordo com a legislação, essas sim, deverão ser cumpridas no campo da lei moral, porque, seu cumprimento ou não,

não se trata puramente de uma análise da virtude do sujeito, mas sim de um cumprimento de um dever jurídico que poderá, inclusive, ser coagido a cumprir a promessa feita (KANT, 2013).

Portanto, a legislação segundo a qual as promessas feitas devem ser cumpridas não se encontra na ética, e sim no *Ius*. A ética ensina somente o seguinte: se é também suprimido o móbil que a legislação jurídica une com aquele dever, a saber, a coerção externa, a ideia do dever sozinha já é suficiente como móbil. Pois se não fosse assim, se a legislação mesma não fosse jurídica, se o dever que dela nasce não fosse propriamente, portanto, um dever jurídico (à diferença do dever de virtude), então o cumprimento da fidelidade (conforme sua promessa em um contrato), as ações de benevolência e a obrigação em relação a elas se colocariam em uma mesma classe, o que de modo algum deve ocorrer. Manter sua promessa não é dever de virtude, e sim um dever jurídico a cujo cumprimento se pode ser coagido. Cumpri-lo também quando nenhuma coerção precisa ser temida, contudo, é uma ação virtuosa (prova de virtude)". (KANT, 2013, p. 26).

Assim, manter sua promessa conforme ao contrato é um dever externo, mas o mandamento de fazê-lo unicamente porque é dever, sem levar em consideração um outro móbil, pertence apenas à legislação interior (KANT, 2013, p. 27) .

Com isso, pode-se inferir que, para Kant (2013), não importa a reflexão sobre as normas que os sujeitos possuem internamente, porque não será relevante para o campo moral, ou seja, não será universalizável, se tratando, tão somente, de uma conduta interna do sujeito, devendo, a contento, se manter internamente nele.

Neste sentido, afirma-se que *"a legislação ética é aquela que não pode ser externa (quando muito os deveres podem ser também externos); a jurídica é a que também pode ser externa"* (KANT, 2013, p. 27).

A ética, segundo o autor, é a lei de acordo com a própria vontade do sujeito e, frisa-se, não da vontade universal, assim há uma relação intrínseca entre a ética, moral e a lei, isto porque a moral, em suma, se tratando de uma atitude universalizável extraída da razão pura só poderia se manifestar no mundo prático a partir das leis (KANT, 2013).

O conceito de dever encontra-se em relação imediata com uma lei (embora eu abstraia de todo fim enquanto matéria da mesma), como já mostra o princípio formal do dever no imperativo categórico: "aja de tal modo que a máxima de sua ação possa tornar-se uma lei universal"; só que na ética esta lei é pensada como a lei de sua própria vontade, e não da vontade em geral,

que também poderia ser a vontade de outros; neste caso seria assim fornecido um dever jurídico, que não pertence ao campo da ética (KANT, 2013, p. 167).

Com isso, presume-se que, para que seja a ação considerada uma ação universal e não particular, basta ao agente que não aja em contrário a uma lei geral, ou seja, não aja de acordo com sua vontade própria, com sua ética, assim tratando-se de um princípio negativo (KANT, 2013).

Em primeiro lugar, no tocante às fontes do conhecimento metafísico, elas não podem, já segundo o seu conceito, ser empíricas. Os seus princípios (a que pertencem não só os seus axiomas, mas também os seus conceitos fundamentais) nunca devem, pois, ser tirados da experiência: ele deve ser um conhecimento, não físico, mas metafísico, isto é, que vai além da experiência. Portanto, não lhe serve de fundamento nem a experiência externa, que é a fonte da física propriamente dita, nem a experiência interna, que constitui o fundamento da psicologia empírica. E, por conseguinte, conhecimento *apriori* ou de entendimento puro e de razão pura. (KANT, 2003 apud FERNANDES, 2007, p. 23).

A consequência prática que se extrai desse pensamento é que a lei deverá abordar sobre condutas de ordem maximizável para todas as ações, deixando em segunda análise o livre-arbítrio do sujeito, assim a *ação mesma* do sujeito não se torna o ponto de partida, mas tão somente a máxima das ações (FERNANDES, 2007; KANT, 2003).

Essa proposição é uma consequência da anterior; pois, se a lei pode ordenar apenas a máxima das ações e não as ações mesmas, então isso é um sinal de que ela deixa ao arbítrio livre uma margem (latitudo) para o cumprimento (observância), isto é, não pode ser indicado de modo determinado como e em que medida deve-se atuar por meio da ação para o fim que é ao mesmo tempo dever (KANT, 2013, p. 168).

Os deveres imperfeitos são, portanto, unicamente deveres de virtude. O cumprimento dos mesmos é mérito (*meritum*) = + a; sua transgressão, porém, não é imediatamente demérito (*demeritum*) = - a, mas antes apenas ausência de valor moral = 0, a menos que para o sujeito seja um princípio não se conformar àqueles deveres (KANT, p. 169).

O grande distanciamento entre a Ética e a Moral para Kant (2013) se dá na finalidade do sujeito. Para ele, a perfeição moral do ser humano é agir por dever agir,

não apenas pela legalidade, mas por ser uma ação moral, vindo a ser a intenção ou reflexão do agente, ou seja, sua reflexão ética sobre sua conduta.

Cultivo da moralidade em nós. A maior perfeição moral do ser humano é: cumprir seu dever e, decerto, por dever (de modo que a lei não seja apenas a regra, mas também o móbil das ações). Ora, à primeira vista isso parece, decerto, uma obrigação estrita, e o princípio do dever, com a exatidão e força de uma lei, parece ordenar, para toda ação, não apenas a legalidade, mas também a moralidade, isto é, a intenção [*Gesinnung*]; na realidade, porém, também aqui a lei ordena apenas buscar a máxima das ações, a saber, o fundamento da obrigação, não nos impulsos sensíveis (vantagens ou desvantagens), mas antes inteiramente na lei – por conseguinte, não ordena a ação mesma (KANT, 2013, p. 169).

E isto está ligado ao cumprimento dos deveres, conseguindo alcançar o agente a virtude e mérito por observar o que deve ser feito sem que transgrida ou descumpra a conduta moral.

Nas palavras do autor, “*a firmeza do propósito no primeiro caso chama-se, propriamente, apenas virtude (virtus), a fraqueza, no segundo, chama-se não tanto vício (vitium) quanto, pelo contrário, mera ausência de virtude, falta de firmeza moral (defectus moralis)*” (KANT, 2013, p. 169).

Após salientar a diferença entre Ética e Moral, para contribuir e asseverar a perspectiva de Kant, parece ser necessário trazer à luz de seu pensamento, a sua influência acerca da Ética e da Moral em outros pensadores e comentadores.

Dito isso, é de se questionar a possibilidade de o sujeito estar em uma situação fática de antinomia, ou seja, considerando que o sujeito é livre e racional, podendo inclusive ser um legislador de si internamente a partir da ética e considerando que há princípios e normas universalizadas externas a ele, a quem ele deverá seguir?

Kant (2013) aduz que, pelo simples fato de o sujeito ser livre poderá reconhecer deveres consigo mesmo sem que caía em um conflito de normas, havendo aí a solução da aparente antinomia.

Ora, o homem enquanto ser natural dotado de razão (homo phaenomenon) é determinável pela sua razão, enquanto causa, para ações no mundo sensível e aqui não entra ainda em consideração o conceito de uma obrigação. Este mesmo homem, porém, segundo sua personalidade, isto é, pensado como ser dotado de liberdade interna (homo noumenon), é considerado um ser capaz de obrigação e, certamente, para consigo mesmo (a humanidade em

sua pessoa); de modo que o homem (considerado em duplo significado) pode reconhecer um dever para consigo mesmo, sem cair em contradição (porque o conceito de homem não é pensado em um único e mesmo sentido) (KANT, 2013, p. 195).

Para Kant (2013, p. 195), “*a divisão pode ser feita penas em vista do objeto do dever e não em vista do sujeito que se obriga*”. Essa divisão objetiva dos deveres consigo mesmo se refere apenas à conservação da moral e ao aperfeiçoamento de si.

### 3. CAPÍTULO II: Conceito de Princípio e Sua Distinção Da Regra.

#### 3.1. Conceito de Princípio e sua Distinção da Regra para a Compreensão da Aplicação Moral e Ética de Kant.

A discussão para dizer o que é princípio perpassa a história humana e desde os antigos gregos se discute sobre do que se trataria ou para que serviria um princípio. Neste tópico, serão abordadas algumas ideias principais que norteiam a noção do que é princípio de acordo com algumas interpretações, indo além do que Kant compreendia (ABBAGNANO, 2007).

De início, para que se siga com a linha de pensamento trazida até aqui, abordar-se-á, primeiramente, o que Immanuel Kant compreendia sobre princípio, mas, neste momento, não se limitará apenas sobre o que ele trouxe para os campos da Filosofia e do Direito, porque existem pensadores que também possuem expoentes contribuições para o tema.

Assim, para definir brevemente o que Kant compreende sobre o conceito de *princípio* utilizar-se-á a definição trazida pelo filósofo italiano Nicola Abbagnano que compilou um dicionário filosófico (ed. 2007) com as definições de inúmeros conceitos específicos sob a ótica dos principais autores que contribuíram e que foram relevantes acerca do que é princípio, sem, na verdade, a intenção de esgotar o tema.

Com isso, o princípio para Kant, de acordo com Abbagnano, trata-se de uma premissa maior inferida de uma proposição, mesmo que advindo do mundo prático, para que possa colocá-lo em um silogismo (ABBAGNANO, 2007). Neste sentido, significaria dizer que o conteúdo conceitual do que se trata *princípio* é decorrente dessa premissa maior inferida da proposição que será inserida no silogismo, sendo necessário explorar a ideia de uma proposição dentro do silogismo para se inferir a premissa maior dele.

Para tanto, utilizar-se-á o entendimento deste tema de acordo com filósofo Irving Copi (1974), em sua obra *“Introdução à lógica”*:

Um silogismo é um argumento em que uma conclusão é inferida de duas premissas. Um silogismo categórico é um argumento que consiste em três

proposições categóricas que contêm exatamente três termos, cada um dos quais ocorre exatamente em duas das proposições constituintes. Diz-se que um silogismo categórico é de forma típica, quando suas premissas e conclusão são todas proposições categóricas de forma típica e estão dispostas numa ordem específica. Para especializar essa ordem será útil explicar certos nomes peculiares do lógico para os termos e premissas dos silogismos categóricos. Por uma questão de brevidade, referir-nos-emos neste capítulo aos silogismos categóricos, simplesmente como silogismos, embora existam outras espécies de silogismos que serão estudadas em capítulos subsequentes. A conclusão de um silogismo categórico de forma típica é uma proposição categórica de forma típica que contém dois dos três termos do silogismo. **O termo predicado da conclusão é denominado o termo maior do silogismo, e o termo sujeito da conclusão tem o nome de termo menor do silogismo.** Assim, no silogismo de forma típica: Nenhum herói é covarde. Alguns soldados são covardes. Logo alguns soldados não são heróis. O termo "soldados" é o termo menor e o termo "heróis" é o termo maior. O terceiro termo do silogismo, o qual não aparece na conclusão, mas, em compensação, aparece em ambas as premissas, é chamado o termo médio (COPI, 1974, p. 83). **Grifo meu.**

Nota-se que, no exemplo, a premissa maior é aquela cuja qual o possui o termo predicado maior que culminará na conclusão do raciocínio lógico. Portanto, unindo-se ao que Kant (2013) compreende como princípio ao postulado trazido por Copi (1974), tem-se que para Kant um princípio será aquilo que também poderá ser de ser certa forma universalizável.

Por outro lado, Humberto Ávila, professor e jurista, em sua obra “*Teoria dos Princípios*” (2018), tratará a repercussão da diferença entre *princípios* e *regras* (tema que será abordado em seguida neste trabalho) e traz o que ele compreende sobre princípio, *in verbis*.

Os princípios são reverenciados como *bases* ou *pilares* do ordenamento jurídico sem que essa veneração sejam agregados elementos que permitam melhor compreendê-los e aplicá-los. [...] Isso ocorre não apenas porque várias categorias, a rigor diferentes, são utilizadas como sinônimas – como é o caso da referência indiscriminada a *princípios*, aqui e acolá baralhados com *regras*, *axiomas*, *postulados*, *ideias*, *medidas*, *máximas* e *critérios* –, senão também porque vários postulados, como se verá, distintos, são manipulados como se exigissem do intérprete o mesmo exame, como é o caso da alusão acrítica à proporcionalidade, não poucas vezes confundida com *justa proporção*, com *dever de razoabilidade*, com *proibição de excesso*, com *relação de equivalência*, com *exigência de ponderação*, com *dever de concordância prática*, ou, mesmo, com a própria *proporcionalidade em sentido estrito*. (ÁVILA, 2018, p. 44).

Ávila (2018) busca em sua obra trazer os alcances e limites dos princípios sobre diversos aspectos que contribuem para a conceituação do que é princípio, tem-se que não há definição que compreenda o integral valor ou intencionalidade, ou até mesmo a proporção de um princípio e até onde este pode chegar.

Em seu texto, Ávila traz uma série de critérios de outros autores para distinguir princípios de regras. Em um primeiro momento, sob à luz desses critérios, abarcar-se-á apenas três deles que visam tal distinção, conforme a seguir: (i) *caráter hipotético-condicional*, (ii) *modo final de aplicação*, (iii) *conflito normativo*. Todavia, Ávila os refutará com sua invectiva no intuito de trazer a conceituação mais próxima possível do que se entende por princípios.

Vale notar que, Ávila (2018) traz em sua obra a nítida controvérsia sobre o tema, qual seja, distinção de princípios para regras. Sendo assim, neste trabalho buscar-se-á tão somente abordar uma interpretação escolhida para discorrer sobre o tema, abaixo um pouco das distinções.

Esser definiu os princípios como normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado, enquanto, para ele, as regras determinam a própria decisão. Larenz definiu os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento (ÁVILA, 2018, p. 60).

Nesses critérios, a intenção é de se alcançar a árdua tarefa de definir o que é princípio, assim, Ávila (2018) em sua obra abordou conceitos de pensadores que buscaram esgotar a compreensão sobre o que viria a ser um princípio, todavia teceu sérias críticas em relação aos critérios que apresentou.

### **3.2. Critério do Caráter Hipotético-Condional.**

O primeiro critério a ser abordado na intenção de estabelecer a primeira hipótese de distinção entre os princípios das regras é o critério (i) *caráter hipotético-condicional*; neste critério “as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo **se, então**”, já os princípios, por

outro lado, “indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto” (ÁVILA, 2018, p. 60, **grifo meu**).

Neste sentido, para Ávila, extrai-se daí a ideia de que as regras, sob a ótica do critério *caráter hipotético-condicional* possui como elemento principal uma natureza descritiva, de modo que os princípios sob a mesma ótica, estabelecem diretrizes, ou seja, um primeiro passo direcionador para outros passos em busca de regra futura (ÁVILA, 2018, p. 61).

Quando o caráter descritivo de determinado comportamento for privilegiado pelo legislador, o intérprete está diante de uma regra que, como tal, deve ser aplicada, mediante um exame de correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, como se sustenta nesta obra (ÁVILA, 2018, p. 64).

Entretanto, de acordo com Ávila, este primeiro critério é impreciso por não fornecer fundamentos que indiquem o que significa dar um primeiro passo para que se encontre a regra. Em segundo, alega que a existência de uma hipótese de incidência se trata tão somente de uma questão de formulação linguística não podendo ser elemento distintivo de uma espécie normativa, **não sendo suficiente para se ter a distinção de regra e princípio apenas por um ser prescritivo e o outro descritivo.** (ÁVILA, 2018).

Além disso, não é correto afirmar que os princípios, ao contrário das regras, não possuem nem consequências normativas, nem hipóteses de incidência. Os princípios também possuem consequências normativas. De um lado, a razão (fim, tarefa) à qual o princípio se refere deve ser julgada relevante diante do caso concreto. De outro, o comportamento necessário para a realização ou preservação de determinado estado ideal de coisas (*Idealzustand*) deve ser adotado. **Os deveres de atribuir relevância ao fim a ser buscado e de adoção de comportamentos necessários à realização do fim são consequências normativas importantíssimas.** Ademais, apesar de os princípios não possuírem um caráter frontalmente descritivo de comportamento, não se pode negar que sua interpretação pode, mesmo em nível abstrato, indicar espécies de comportamentos a serem adotados, especialmente se for feita uma reconstrução dos casos mais importantes. O ponto decisivo não é, pois, a ausência da prescrição de comportamentos e de consequências no caso dos princípios, mas o tipo da prescrição de comportamentos e de consequências, o que é algo diverso. (ÁVILA, 2018, p. 64-65). **Grifo meu.**

### 3.3. Critério do Modo Final de Aplicação.

O segundo critério abordado por Ávila, a saber, (ii) *modo final de aplicação*, diz respeito ao modo como ambos seriam aplicados, por um lado, as regras seriam aplicadas pelo modo absoluto, *tudo ou nada* e, por outro lado, os princípios seriam aplicados de modo gradual, ou seja, *mais ou menos*, o famoso depende (ÁVILA, 2018).

Essa ideia de princípio e regra é derivada do pensamento do filósofo Ronald Dworkin que compreende o *tudo ou nada* das regras possuindo um sentido de a hipótese da incidência de uma regra deve ser preenchida validamente e que sua consequência normativa deva ser aceita, porque, do contrário, ela será tida como não-válida (ÁVILA, 2018).

Neste mesmo sentido, baseando-se no pensamento de Alexy, Ávila (2018) aponta que, para o referido pensador, é importante criar exceções para regras e de ressaltar sua natureza imediata, pois se trata de normas que possuem premissas que são ou não preenchidas diretamente não devendo ser questionadas, sendo obrigações definitivas e não superáveis quando contrapostas. Todavia, para os princípios, mesmo que também sejam de natureza imediata, estes podem ser superados ou derogados quando há colisão entre eles.

Porém, Ávila (2018) também tece crítica sobre o critério supramencionado aduzindo que não basta apenas o que está escrito na norma devido à necessária interpretação dela, tendo como consequência mínima axiologias construídas pelo intérprete da norma que pode, inclusive, inverter ou destoar o modo de aplicação de forma elementar.

Com efeito, muitas vezes o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso. É só conferir alguns exemplos de normas que preliminarmente indicam um modo absoluto de aplicação, mas que, com a consideração a todas as circunstâncias, terminam por exigir um processo complexo de ponderação de razões e contrarrazões. De um lado, há normas cujo conteúdo normativo preliminar estabelece limites objetivos, cujo descumprimento aparenta impor de modo absoluto, a implementação da consequência. Essa obrigação, dita *absoluta*, não impede, todavia, que outras razões contrárias venham a se sobrepor em determinados casos (ÁVILA, 2018, p. 66).

Para explicar sua crítica ao critério, *modo final de aplicação*, Ávila traz a seguinte exemplificação:

A norma construída a partir do art. 224 do Código Penal, ao prever o crime de estupro, estabelece uma presunção incondicional de violência para o caso de a vítima ter idade inferior a 14 anos, *então* deve ser presumida a violência por parte do autor. A norma não prevê qualquer exceção. A referida norma, dentro do padrão classificatório aqui examinado, seria uma regra, e, como tal, instituidora de uma obrigação absoluta: se a vítima for menor de 14 anos, e a regra for válida, o estupro com violência presumida deve ser aceito. Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um caso em que a vítima tinha 12 anos, atribuiu tamanha relevância a circunstâncias particulares não previstas pela norma, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, que terminou por entender, preliminarmente, como não configurado o tipo penal, apesar de os requisitos normativos expressos estarem presentes (ÁVILA, 2018, p. 67).

Isto significa que a aplicação se revela que a obrigação mesmo tendo sido considerada absoluta pôde ser superada por entendimento contrário que não estava previsto ou constituído pela própria regra ou até mesmo em outras que abrisse exceção no ordenamento jurídico (ÁVILA, 2018, p. 67).

Assim, o *tudo ou nada* proposto por Dworkin só poderia ter sentido se as questões da regra relacionadas à sua validade, ao seu sentido e no aspecto de subsunção final dos fatos às regras, estiverem superadas. Dito isto, conclui-se que, para distinguir regras dos princípios a teoria do *tudo ou nada* não é suficiente, porque estas também precisam de interpretação para sua aplicação, tanto quanto um princípio (ÁVILA, 2018).

Esse critério distintivo entre princípios e regras perde, porém, parte de sua importância quando se constata, de um lado, que a aplicação das regras também depende da conjunta interpretação dos princípios que a elas digam respeito (por exemplo, regras do procedimento legislativo em correção com o princípio democrático) e, de outro, que os princípios normalmente requerem a complementação de regras para serem aplicados (ÁVILA, 2018, p. 70).

Para Ávila (2018), os princípios poderiam representar a qualidade de normas que criam razões substanciais ou razões finalísticas para a argumentação. Esse autor traz como exemplo o princípio da moralidade que indicará uma seriedade, uma motivação e uma lealdade gerando um estado de coisas, entretanto não indicará quais

serão os comportamentos que comporão o comportamento do indivíduo, porque, ao contrário do princípio, a regra não se importa com o efeito do comportamento desde que esteja previsto, portanto correto, gerando razões de correção e razões autoritativas.

### 3.4. Critério Conflito Normativo.

Por fim, a análise do último critério a ser abordado neste trabalho na tentativa de se distinguir princípios das regras, a saber, o (iii) *critério do conflito normativo*, é tido, para Ávila (2018), que as regras quando conflituosas geram de fato uma antinomia que deve ser solucionada, devendo uma delas ser declarada inválida ou ser criada uma exceção, diferentemente do que ocorre no conflito entre princípios gera-se um imbricamento, ou seja, uma sobreposição, de forma que basta a decisão ponderada para que atribua-lhes a cada um seu respectivo peso e importância.

Essa definição que tangencia os princípios parte do que Dworkin diz somado ao pensamento de Alexy:

Dworkin sustenta que os princípios, ao contrário das regras, **possuem uma dimensão de peso que se exterioriza na hipótese de colisão, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade**. Alexy afirma que os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. No caso de colisão entre os princípios a solução não se resolve com a determinação imediata de prevalência de um princípio sobre outro, mas é **estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência**. (ÁVILA, 2018, p. 73). **Grifo meu.**

Assim como os dois critérios anteriores, neste, Ávila (2018, p. 74) também inculca sua crítica ao dizer que “não é apropriado afirmar que a ponderação é o método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem uma dimensão de peso”, isto é, para ele a ponderação não se trata de um método privativo de aplicação de princípios, eis que o sopesamento de razões e contrarrazões,

culminando em uma interpretação deve estar presente também em dispositivos de lei, de regras.

Essa interpretação a ser feita deve-se ao fato de ser necessário a criação de uma exceção, que em função da existência de uma razão (conduta, inclusive) que supera axiologicamente a razão que fundamenta a própria regra, tratando-se de valoração de argumentos sobre contra-argumentos, chegando-se, enfim, na chamada ponderação (ÁVILA, 2018).

Neste sentido, afirmou Ávila em sua obra:

Contrariamente a esse entendimento, poder-se-ia afirmar que a relação entre as regras e suas exceções expressas não se identifica com aquela que se estabelece entre os princípios que se imbricam. E isso por duas razões: em primeiro lugar porque as regras seriam interpretadas; e os princípios ponderados: enquanto a relação entre a regra e suas exceções já estaria decidida pelo ordenamento, cabendo ao aplicador interpretá-la, a solução de uma colisão entre princípios não estaria previamente definhada, cabendo ao aplicador, mediante ponderação de razões, construir as regras de colisão diante do caso concreto; e em segundo lugar porque a relação entre a regra e a exceção não consistiria um conflito, já que somente uma delas seria aplicada – a regra ou a exceção –, ao passo que a relação entre dois princípios consubstanciaria autêntico conflito, na medida em que ambos seriam aplicados, embora um deles recebesse mais peso que o outro (ÁVILA, 2018, p. 77).

Com isso, tem-se que, para Ávila (2018), há considerações que demonstram que a atividade de ponderação de razões não é privativa da aplicação dos princípios, mas é qualidade geral de qualquer aplicação de normas, sejam elas princípios ou regras, dizendo respeito tanto aos princípios quanto às regras. Portanto, cabendo dizer que toda norma possui um caráter provisório, que pode ser ultrapassado por razões consideradas como mais relevantes por aquele que vai aplicá-la diante do caso concreto.

Também não é coerente afirmar que *somente* os princípios *possuem* uma dimensão de peso. Em primeiro lugar, há incorreção quando se enfatiza que somente os princípios possuem uma dimensão de peso. Como demonstram os exemplos antes trazidos, a aplicação das regras exige o sopesamento de razões, cuja importância será atribuída (ou coerentemente intensificada) pelo aplicador. A dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica como comprovam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o sentido das regras em

função dos valores e fins que elas visam a resguardar. As interpretações, extensiva e restritiva, são exemplos disso". (ÁVILA, 2018, p.82)

Neste sentido, infere-se que, não são as normas, tanto princípios quanto as regras que possuem em si, incorporadamente, uma dimensão de peso, ou seja, a norma não pode regular sua própria aplicação, *in verbis*:

Em segundo lugar, há incorreção quando se enfatiza que os princípios *possuem* uma dimensão de peso. A dimensão de peso não é algo que já esteja *incorporado* a um tipo de norma. As normas não regulam sua própria aplicação. Não são, pois, os princípios que possuem uma *dimensão de peso*: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser *atribuída* uma dimensão de importância. A maioria dos princípios nada diz sobre o peso das razões. É a decisão que atribui aos princípios um peso em função das circunstâncias do caso concreto" (ÁVILA, 2018, p.82).

Por corolário lógico, é de se presumir que a dimensão de peso, ou seja, a ponderação sobre as normas, princípios e regras, deverá ser feita, mas pelo aplicador dessas normas, aquele que as analisará e as aplicará no caso concreto.

A citada *dimensão de peso* (*dimension of weight*) não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador. Vale dizer, a dimensão de peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas *resultado de juízo valorativo do aplicador* (ÁVILA, 2018, p. 82)

Com isso infere-se que, o conteúdo do dispositivo expressamente inserido na lei (a norma) e o valor obtido dela não está submetido à norma (na lei) em si ou às características expressamente contidas no dispositivo que o sustenta, como se fosse uma situação hipotética. Para Ávila (2018), tem-se que a conexão depende tanto das razões utilizadas pelo aplicador a partir da relação com a norma aplicada, quanto de circunstâncias que são consideradas relevantes no próprio processo de aplicação, tendo mais relação com o aplicador e ao caso do que com a própria norma.

A conexão entre norma e o valor preliminarmente lhe é sobrejacente não depende da norma enquanto tal ou de características diretamente encontráveis no dispositivo a partir do qual é construída, como uma estrutura hipotética. Essa conexão depende tanto das razões utilizadas pelo aplicador em relação à norma que aplica, quanto das circunstâncias avaliadas no

próprio processo de aplicação. Enfim, a dimensão de peso não é relativa à norma, mas relativa ao aplicador e ao caso. Além disso, a atribuição de peso depende do *ponto de vista* escolhido pelo observador, podendo, em função dos fatos e da perspectiva com que se os analisa, uma norma ter maior ou menor peso, ou mesmo complementação recíproca de sentido. Os dois devem ser aplicados na integralidade de seu sentido. A colisão, entretanto, só pode ser solucionada com a rejeição de um deles. Essa situação é semelhante, portanto, ao caso de colisão entre regras (ÁVILA, 2018, p. 85-86).

Nesse aspecto, impende ressaltar a relevância normativa tanto da regra quanto do princípio deverão ser aplicados e observados integralmente, pois está presente em ambos o conteúdo do *dever-ser* ou princípio da imputação. Assim, Ávila (2018) aduz que a única distinção que se dá neste âmbito está relacionada à prescrição determinada pela conduta resultante da interpretação.

A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resultada da sua interpretação: **os princípios não determinam diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida**, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; **as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma** (ÁVILA, 2018, p. 86). **Grifo meu.**

Como se verifica, o ponto decisivo não é a ponderação para se aplicar as regras, todavia o tipo de ponderação feita que deverá ser considerada para se verificar sua validade fundamentadamente (ÁVILA, 2018).

Diante disso, faz-se necessário a abertura de outro tópico visando à distinção entre princípio e regra, para que, enfim, seja aplicado a proposta moral e ética kantiana aos princípios do direito penal.

### **3.5. A Proposta de Dissociação entre Princípios e Regras.**

Na busca por distinguir e dissociar princípios de regras, Ávila (2018) irá propor fundamentos que visarão à justificativa para trazer esclarecimento ao tema através de categoria de dissociações com aplicações diferentes.

Entre as categorias estão: (i) dissociação justificante, (ii) dissociação abstrata, (iii) dissociação heurística e (iv) dissociação em alternativas inclusivas.

Na primeira categoria, a (i) dissociação justificante, o pressuposto para aplicá-la se encontra nos valores e diferentes modos de se promover resultados que os princípios vão remeter o intérprete, ou seja, uma avaliação puramente subjetiva. A análise se dá em dois modos opostos para a investigação, da seguinte forma o primeiro modo:

De um lado, podem-se analisar os princípios de modo a exaltar os valores por eles protegidos, sem, no entanto, examinar quais são os comportamentos indispensáveis à realização desses valores e quais são os instrumentos metódicos essenciais à fundamentação controlável da sua aplicação (ÁVILA, 2018, p. 87-88).

Isto significa que, neste primeiro modo de investigação, dá-se a preferência de análise à importância dos princípios, inserindo-os como alicerces ou pilares que sustentam o ordenamento jurídico (ÁVILA, 2018).

O segundo modo para investigar os princípios é proposto por Ávila de modo a privilegiar o exame da estrutura, conforme a seguir:

De outro lado, pode-se investigar os princípios de maneira a privilegiar o exame da sua estrutura, especialmente para nela encontrar um procedimento racional de fundamentação que permita tanto especificar as condutas necessárias à realização dos valores por eles prestigiados quanto justificar e controlar sua aplicação mediante reconstrução racional dos enunciados doutrinários e das decisões judiciais (ÁVILA, 2018, p. 88).

Neste momento, o que se verifica é a priorização do caráter que justifica os princípios e o seu uso racionalmente controlado, portanto deixa de ser crucial a verificação os valores em si dos princípios para que seja constituída uma legitimação de critérios que permitam sua aplicação de forma racional desses mesmos valores por meio de um método. (ÁVILA, 2018).

A segunda categoria a ser verificada para distinguir princípio da regra é (ii) a dissociação abstrata que buscará antecipar as características das regras e dos princípios para que aquele que for interpretá-los possa encontrá-las com mais facilidade e utilizá-las na aplicação e interpretação do Direito, na medida em que

também se busca aliviar do ônus estruturado a argumentação do aplicador do Direito, mas sem minorá-las (ÁVILA, 2018).

A terceira categoria para análise de dissociação é a (iii) dissociação heurística que abordará as conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto e não pertencendo a eles eis que são construídos pelo próprio intérprete da norma, seja ela princípio ou regra, ou seja, nesta categoria se busca a investigação dos fatos ocorridos. (ÁVILA, 2018).

Por último, a (iv) a dissociação em alternativas inclusivas tem por objetivo a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo. Assim, regras e princípios devem coexistir em conjunto no ordenamento jurídico, não sendo alternativas exclusivas ou excludentes, mas sim alternativas inclusivas. Ou seja, “um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística, (princípio e/ou metódica (postulado)” (ÁVILA, 2018, p. 92).

Examine-se o dispositivo constitucional segundo o qual é exigida a lei em sentido formal para a instituição ou aumento de tributos. É plausível examiná-lo como regra, como princípio e como postulado. Como *regra*, porque condiciona a validade da criação ou aumento de tributos à observância de um procedimento determinado que culmine com a aprovação de uma fonte normativa específica – a lei. Como princípio, porque estabelece como devida a realização dos valores de liberdade e de segurança jurídica. E como *postulado*, porque vincula a interpretação e a aplicação à lei e ao Direito, pré-excluindo a utilização de parâmetros alheios ao ordenamento jurídico (ÁVILA, 2018, p. 92).

Também se faz válido trazer o seguinte exemplo de aplicabilidade trazido por Ávila:

Analise-se o dispositivo constitucional segundo o qual todos devem ser tratados igualmente. É plausível aplicá-lo como regra, como princípio e como postulado. Como *regra* porque proíbe a criação ou aumento de tributos que não sejam iguais para todos os contribuintes. Como *princípio*, porque estabelece como devida a realização do valor da igualdade. E como *postulado*, porque estabelece um dever jurídico de comparação (*Gebot der Vergleichung*) a ser seguido na interpretação e aplicação, pré-excluindo critérios de diferenciação que não sejam aqueles previstos no próprio ordenamento jurídico. (ÁVILA, 2018, p. 92-93).

Enfim, o intuito é demonstrar que regras e princípios podem e, talvez, até devam coexistir dentro de um dispositivo sem que possuam uma natureza excludente, neste sentido escreveu Ávila:

Além de este estudo propor a superação de um modelo dual de separação *regras/princípios*, baseado nos critérios da existência de hipótese e do modo de aplicação e fundado em alternativas exclusivas, ele também propõe a adoção de um modelo tripartite de dissociação *regras/princípios/postulados*, que, ademais de dissociar as regras dos princípios quanto ao dever que instituem, à justificação que exigem e ao modo como contribuem para solucionar conflitos, acrescenta a essas categorias normativas a figura dos postulados, definidos como *instrumentos normativos metódicos*, isto é, como categorias que impõe condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo [...] (ÁVILA, 2018, p. 94).

Ávila (2018) também pretende em sua obra indicar critérios para dissociar um princípio de uma regra elencando-as da seguinte forma (i) critério da natureza do comportamento prescrito, que consiste na mediaticidade finalística que estabelece sua concretização em um comportamento devido. Já os princípios, neste critério, são considerações de uma necessidade prática que prescrevem um estado ideal de coisas que será realizado apenas se um comportamento for realizado, ou seja, um comportamento descritivamente prescrito (regra) e um comportamento necessário (princípio), “as regras preveem condutas que servem à realização de fins devidos, enquanto os princípios preveem fins cuja realização depende de condutas necessárias” (ÁVILA, 2018, p. 96).

O segundo critério é (ii) o critério da natureza da justificação exigida, em que a regra deve, por um lado, exigir uma avaliação correspondente entre construção conceitual dos fatos e construção conceitual da norma, bem como a finalidade que lhe dará suporte, princípio. Por outro lado, demanda a avaliação da correlação entre o estado da coisa colocado como um fim e o efeito decorrente da conduta advinda dele (ÁVILA, 2018)

A grande ideia a se extrair deste tópico é a distinção entre regra e princípio quando remetidos a conhecimentos e capacidades diversos do aplicador, conforme diz Ávila.

O importante é que a distinção entre as regras e os princípios remete a conhecimentos e capacidades diversos do aplicador, relativamente ao objeto

e ao modo de justificação da decisão de interpretação. As regras e os princípios divergem relativamente à sua força justificativa e ao seu objeto de avaliação. Com efeito, como as regras consistem em normas imediatamente descritivas e mediamente finalísticas, a justificação da decisão de interpretação será feita mediante avaliação de concordância entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma. Como os princípios se constituem em normas imediatamente finalísticas e mediamente de conduta, a justificativa da decisão de interpretação será feita mediante avaliação dos efeitos da conduta havida como meio necessário à promoção de um estado de coisas posto pela norma como ideal a ser atingido. (ÁVILA, 2018, p. 99).

O ponto a ser observado nessa questão é que o princípio acaba aparentando ser descritivo tal como à regra, todavia a busca pela preservação do estado ideal das coisas culmina em ser um ato descritivo de comportamento, determinando a espécie de comportamento a ser adotado pelo sujeito, possuindo a regra um caráter retrospectivo (na medida que descreve uma situação de fato já conhecida pelo legislador). Enquanto o princípio, em contrapartida, possui um caráter prospectivo, ou seja, aquele que determina um estado de coisas a ser construído antes mesmo do ato. Assim, ambos são descritivos, mas com especificidades diferentes, um retrospectivo (regras) e outro prospectivo (princípios) (ÁVILA, 2018).

Por último, o (iii) critério da medida de contribuição para a decisão, neste ponto, Ávila (2018) busca compreender o modo que princípios e regras contribuirão para a tomada de uma decisão. Aqui, os princípios são tidos como *primariamente complementares e preliminarmente parciais*, pois a abrangência parte de aspectos que serão considerados relevantes para a tomada da decisão em si, isto é, sem a pretensão de se gerar uma solução específica, mas apenas contribuindo para se chegar nela. As regras, por outro lado, versam em normas que são consideradas como *“preliminarmente decisivas e abarcantes”* (ÁVILA, 2018, p. 100), eis que a sua necessidade se dá na pretensão de abranger tudo aquilo que é considerado relevante na tomada da decisão, ou seja, as regras têm em si uma pretensão terminativa.

### **3.6. Conceito Final de Princípio e de Regra.**

Depois de todos esses critérios, Ávila (2018), enfim, propõe um conceito final para definir o que entende por princípio e o que entende por regra, isto é, após

submeter ambas as normas aos filtros até aqui abordados, na busca da diferença entre elas e o que definitivamente significam no contexto do ordenamento jurídico, trazendo elementos que contribuem para a identificação dessas normas quando se verifica um dispositivo legal em uma determinada lei prevista.

Em seu texto, Ávila (2018) dispõe um quadro esquemático com o intuito de visualizar e melhor compreender de forma panorâmica e organizada a distinção entre os princípios e regras possibilitando sua proposta de inferência conceitual de cada um deles.

Quadro 1. Esquema entre princípios e regras:

	<b>Princípios</b>	<b>Regras</b>
<b>Dever imediato</b>	Promoção de um estado ideal de coisas.	Adoção da conduta descrita.
<b>Dever mediato</b>	Adoção da conduta necessária.	Manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores.
<b>Justificação</b>	Correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal das de coisas.	Correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato.
<b>Pretensão de decidibilidade</b>	Concorrência e parcialidade.	Exclusividade e abarcância.

Nota: Quadro esquemático com as características das normas.

Fonte: Ávila (2018, p. 102).

De acordo com Ávila regras possuem o seguinte significado:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos (ÁVILA, 2018, p. 102).

E de outro lado, também de acordo Ávila, os princípios possuem o seguinte significado:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2018, p. 102).

Os princípios, são, portanto, normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, preverem o meio para a sua realização. Eles apresentam, em razão disso, alto grau de indeterminação, não no sentido de mera vagueza, presente em qualquer, norma, mas no sentido específico de não enumerarem exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica ou de demandarem a concretização por outra norma de modos diversos e alternativos (ÁVILA, 2018, p. 155).

Isso significa que os princípios, por serem finalísticos, estabelecem um fim a ser alcançado e, para Ávila (2018), um fim é a ideia que se expressa em uma orientação prática e seu elemento constitutivo é seu conteúdo da maneira que é pretendido, não sendo necessariamente um ponto final qualquer, mas aquilo que possui como conteúdo desejado.

Um exemplo do que o autor pretende pode ser encontrado na finalidade do *princípio da dignidade da pessoa humana*, previsto pelo art. 1º, III, CF/88, o referido princípio tem a sua proteção pautada na obrigação máxima advinda do Estado-constituído de garantir direitos mínimos que assegurem a dignidade da pessoa humana, independentemente dos meios que serão empregados objetivando este fim. Os meios, por sua vez, são as condições que levarão o alcance do fim almejado, causando a efetivação gradual deste fim, e um exemplo disto, é a criação de políticas públicas, conforme expressado por Ávila:

Por exemplo, o princípio da moralidade exige a *realização* ou *preservação* de um estado de coisas exteriorizado pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade e motivação. Para a realização de um estado de lealdade e boa-fé é preciso cumprir aquilo que foi prometido. Para realizar um estado de seriedade é essencial agir por motivos sérios. Para tornar real uma situação de zelo é fundamental colaborar com o administrado e informá-lo de seus direitos e da forma como protegê-los. Para concretizar um estado em que predomine a sinceridade é indispensável falar a verdade. Para garantir a motivação é necessário expressar por quê se age. Enfim, sem esses comportamentos não se contribui para a existência do estado de coisas posto como ideal pela norma, e, por consequência, não se atinge o fim. Não se concretiza, portanto, o princípio (ÁVILA, 2018, p. 103).

E conclui-se que “pode até haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado, mas não há quanto à sua espécie: o que for necessário para promover o fim é devido” (ÁVILA, 2018, p. 104).

Neste sentido, é necessário ressaltar que os princípios não se confundem com os valores, isto porque os valores seriam apenas meios para o alcance deontológico (ciência do dever e da obrigação) do princípio, ou seja, estado de coisas que se quer promover e aí estaria a sua relação com os valores, ao passo que os princípios se afastariam dos valores quando aplicados no plano deontológico. Eis que os valores se encontram no plano axiológico (valoração) ou teleológico (finalidade) atribuindo ao princípio um elemento com qualidade positiva (ÁVILA, 2018).

Por fim, as regras que foram consideradas pelo autor como normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação exige-se avaliação da correspondência entre o conteúdo conceitual que se construiu na norma e o conteúdo conceitual estabelecidos nos fatos ocorridos.

**Em primeiro lugar**, as regras diferenciam-se dos princípios pela **natureza da descrição normativa**: enquanto as regras descrevem objetos determináveis (sujeitos, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos, conteúdos), os princípios descrevem um estado ideal de coisas a ser promovido. **Em segundo lugar**, as regras diferenciam-se dos princípios pela **natureza da justificação** que exigem para serem aplicadas: as regras exigem um exame de correspondência entre a descrição normativa e os atos praticados ou fatos ocorridos, ao passo que os princípios exigem uma avaliação da correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado de coisas que deve ser promovido. **Em terceiro lugar**, as regras distinguem-se dos princípios pela **natureza da contribuição** para a solução do problema: enquanto as regras têm pretensão de decidibilidade, pois visam a proporcionar uma solução provisória para um problema conhecido ou antecipável, os princípios têm pretensão de complementariedade, já que servem de razões a serem julgadas com outras para a solução de um problema (ÁVILA, 2018, p. 107).  
**Grifo meu.**

Com isso, tem-se que, as regras não são meramente descrições de comportamentos, pelo contrário, são normas que possuem um caráter descritivo de comportamentos que são proibidos, obrigatórios e permitidos, portanto, se trata de comportamentos prescritos. E mais, ambas as normas são de caráter prescritivos, diferenciando-se no modo em que são veiculadas no ordenamento jurídico (ÁVILA, 2018).

Apesar de todas essas diferenças apontadas, é válido dizer que o sistema não pode ser composto apenas de princípios ou apenas de regras, isto porque se houver

um sistema só de princípios seria extremamente flexível pela ausência de imputação e de guias claros para o comportamento. De outro lado, um sistema composto só de regras, haveria uma aplicação de modo formalista e seria demasiadamente rígido pela ausência de válvulas de abertura para amoldamento de soluções peculiares a casos concretos (ÁVILA, 2018).

Portanto, não há um grau de importância para que seja estabelecido qual norma é mais importante para o ordenamento jurídico, sendo que ambas, tanto as normas quanto os princípios são necessárias, desempenhando funções diferentes e complementares, não havendo a possibilidade de se conceber uma norma se levar em consideração a outra, ou levar em consideração a outra sem a uma (ÁVILA, 2018).

#### **4. CAPÍTULO III: Aplicação dos Princípios do Direito Penal aos Postulados da Ética, Moral, Princípio e Regra.**

##### **4.1. Princípios do Direito Penal.**

Colocados os dois postulados a serem trabalhados para a aplicação dos princípios do direito penal, a saber, o primeiro postulado (1) o conceito de ética e moral de Immanuel Kant, sendo a (i) ética a disciplina responsável pela análise e inferência individual de um comportamento advindo da (ii) moral que, por sua vez, se trata de um conjunto de normas de um determinado conjunto de noções que são admitidas como verdadeiras, mas que não são alcançados pela experiência, apenas pela racionalidade.

O segundo postulado (2) a distinção entre regras e princípio em que as (i) regras são consideradas por Ávila (2018) como normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação exige-se avaliação da correspondência entre o conteúdo conceitual que se construiu na norma e o conteúdo conceitual estabelecidos nos fatos ocorridos. Enquanto, os (ii) princípios são finalísticos e estabelecem um fim a ser alcançado e, para Ávila, um fim é a ideia que se expressa em uma orientação prática e seu elemento constitutivo é seu conteúdo da maneira que é pretendido, não sendo necessariamente um ponto final qualquer, mas aquilo que possui como conteúdo desejado, se comportando mais na forma de reticências...

##### **4.2. Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Sua Aplicabilidade.**

Inicialmente, será abordado um dos princípios mais essenciais do nosso ordenamento jurídico, quiçá o mais essencial, sabe-se da fundamental importância do princípio da dignidade da pessoa humana, não apenas ao Direito Penal, mas ao próprio Estado Democrático de Direito como um todo. Para a República, o princípio da dignidade da pessoa humana atinge o status em cujo teor se considera o ser humano como fim último e necessário da atuação estatal. Assim, estabelece e prevê

o dispositivo da Constituição Federal de 1988: “*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana*” (BRASIL, 2022).

Desta forma, André Estefam parte da definição filosófica para exprimir sua a compreensão sobre o que vem a significar historicamente o princípio da dignidade da pessoa humana e como este importante princípio foi inserido no ordenamento jurídico do Estado Brasileiro:

Kant e Hegel, nos séculos XVIII e XIX, consolidaram a tese, mais próxima de sua configuração moderna, propondo, aquele, que o homem é o fim de todas as coisas e, nessa medida, não pode ser meio ou instrumento. A noção atualmente empregada à dignidade da pessoa humana advém do humanismo renascentista e do Iluminismo, em que pese, como visto, ser possível encontrar suas remotas raízes na Antiguidade greco-romana e na teologia cristã medieval. Sua incorporação definitiva na linguagem jurídica, entretanto, é ainda mais nova, derivando da segunda metade do século XX, como resposta às práticas desumanas observadas na Segunda Grande Guerra. Trata-se em sua acepção moderna de uma noção fruto da reação, na consciência ético-jurídica dos povos, contra todo tipo de atrocidade cometida por um homem contra seu semelhante. [...] A opção tedesca foi observada em outras Cartas Políticas, notadamente aquelas elaboradas em períodos de redemocratização, seguindo-se, portanto, a regimes ditatoriais, pródigos em negá-la. Cite-se, como exemplo, as Constituições de Portugal, Espanha e a brasileira, de 1988. Segundo Canotilho: “perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos), **a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República.** Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais” (ESTEFAM, 2018, p. 145). **Grifo meu.**

Para Estefam, o princípio da dignidade da pessoa humana possui um caráter transcendental, nitidamente derivado da concepção kantiana da racionalidade pura, chegando a conclusão de que o referido princípio se trata de um “sobrep princípio” ou o que podemos chamar de meta-princípio ou princípio dos princípios sendo o princípio “orientador de toda a interpretação normativa, apta a influenciar a aplicação do ordenamento jurídico e nortear a atuação estatal em todos os seus setores” (ESTEFAM, 2018, p. 146).

Com isso, para que seja aplicado o princípio da dignidade da pessoa humana se fazem necessárias *“duas características presentes apenas no homem: sua racionalidade e autonomia da vontade, as quais, conjugadas, impedem que seja este utilizado como meio, mas sempre como fim em si mesmo”* (ESTEFAM, 2018, p. 146). E coroa seu entendimento com a seguinte fala:

Cumprir mencionar, ao cabo desta introdução, **a distinção entre dignidade humana e dignidade da pessoa humana: aquela se situa no âmbito da raça humana, situando-a como merecedora de respeito e proteção de caráter universal**; esta, a seu turno, se refere ao indivíduo, enquanto ser singular e centro de referência e imputação no ordenamento jurídico e foi a fórmula encampada pela Constituição brasileira de 1988 (ESTEFAM, 2018, p. 146). **Grifo meu.**

Para Guilherme de Souza Nucci:

Dignidade da pessoa humana: é um princípio regente, base e meta do Estado Democrático de Direito, regulador do mínimo existencial para a sobrevivência apropriada, a ser garantido a todo ser humano, bem como o elemento propulsor da respeitabilidade e da autoestima do indivíduo nas relações sociais (NUCCI, 2014, p. 71).

A razão para que seja o princípio da dignidade da pessoa humana como um *meta*-princípio decorre-se do fato de ser uma medida que visa frear as ações do Estado, como uma barreira para as pessoas de tal forma que dê a eles uma forma de agir a respeito da dignidade dos demais, ainda mais se tratando de direitos que são considerados indisponíveis, tal como: a vida, a saúde, a moradia etc. (ESTEFAM, 2018).

Assim:

Em nosso sentir, dois aspectos devem ser tomados em consideração. **O primeiro**, ligado ao crime, impõe ao legislador um conteúdo mínimo, no sentido de se limitar a punir comportamentos socialmente ofensivos. Com efeito, não pode se portar como déspota, tratando o ser humano como objeto ou mero escravo de sua vontade, pois, ao fazê-lo, nega a condição humana e, portanto, sua dignidade. A Constituição, quando atribui ao legislador federal a competência privativa para criar normas penais (art. 22, I), não lhe concede “carta branca” para criminalizar todo e qualquer comportamento. Em matéria de sexualidade, por exemplo, vê-se ele impedido de apenar atos unicamente imorais, sem teor lesivo à dignidade de terceiros, como a simples opção sexual de alguém ou a demonstração de afeto público entre casais do mesmo

gênero. **O segundo**, relacionado com a pena, reside na proscrição de sanções vexatórias, degradantes ou cruéis. Conecta-se o sobreprincípio, nesta senda, com a norma constitucional prescrita no art. 5º, XLVII, que veda penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, cruéis e de banimento (ESTEFAM, 2018, p. 148). **Grifo meu.**

Para Alexandre de Moraes, atual Ministro da suprema corte, o Supremo Tribunal Federal (STF):

**A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, que constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.** O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. [...] A ideia de dignidade da pessoa humana encontra no novo texto constitucional total aplicabilidade [...] e apresenta-se uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece-se verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever-ser configura-se pela existência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. [...] Ressalte-se, por fim, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n. 217A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948 e assinada pelo Brasil na mesma data, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (MORAES, 2003, p. 60). **Grifo meu.**

Bem como para Luís Roberto Barroso, também Ministro da suprema corte, o Supremo Tribunal Federal (STF):

É certo que, mais recentemente, já se discute tanto a aplicação do esquema tudo ou nada aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas. Isso porque, como visto, determinados princípios – como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros – **apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente.** Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ele busca alcançar (BARROSO, 2003, p. 13). **Grifo meu.**

Com isso pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana tem a possibilidade de interligar tanto a proibição de incriminação de condutas que podem ser consideradas socialmente inofensivas – critério relacionado ao crime – e a vedação de tratamento degradante, cruel ou de caráter vexatório – critério vinculado à pena da legislação.

Dito isto, analisa-se a Ética e Moral kantiana aplicada:

A ética: para o princípio da dignidade da pessoa humana pode-se inferir que seu conteúdo ético, a partir de como definiu Estefam, se trata de um meta-princípio devendo ser extraído do fato ou de uma medida que visa frear às ações do Estado, isto é, como uma barreira para que as pessoas de determinada civilização dê ao Estado e aos demais integrantes da civilização uma forma de agir a respeito da dignidade dos demais, ainda mais se tratando de direitos que são considerados indisponíveis, tal como: a vida, a saúde, a moradia etc.

A moral para este importante princípio, a partir de Kant, vem de sua posituação no ordenamento jurídico do Brasil, a saber, art. 1º, III, da CF/88, sendo totalmente universalizável, devendo ser aplicado para todas as pessoas que se depararem em uma determinada situação que lhe seja exigida uma conduta diante dela.

Por outro lado, em análise do que compreende como Regra e Princípio de Ávila, da seguinte maneira.

Se trata de uma regra, tendo em vista não serem as regras meramente descrições de comportamentos, mas sim podendo possuir prescrição de comportamento, nota-se que o princípio da dignidade da pessoa humana se trata também de uma regra. E em princípio, considerando o exposto, não se tem dúvidas de que este princípio é perfeitamente cabível no conceito de princípio de Ávila por possuir uma finalidade almejada em seu conteúdo.

### **4.3. Do Princípio da Legalidade e Sua Aplicabilidade.**

O princípio da legalidade também é positivado no ordenamento jurídico, dele se extrai a própria noção do que vem a ser o Estado Democrático de Direito devido ao Estado ser regido por leis devendo ser seguidas, de acordo com Estefam (2018, p.

149), “*diz-se que nullum crimen, nulla poena sine praevia lege, na consagrada fórmula de Feuerbach. Na redação do nosso Código Penal, diz-se: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (art. 1º)*”.

Sua origem traz a luz o império português no Brasil, em que no Código Criminal de 1830 dispunha no “*art. 1º não haverá crime, ou delito (palavras sinônimas neste Código) sem uma lei anterior, que o qualifique*”. O Código Penal da República de 1890 também o previa em seu art. 1º (ESTEFAM, 2018, p. 149).

O referido princípio tem o poder de trazer para sociedade a conotação de povos civilizados, a grande importância do princípio da legalidade é trazer ao ordenamento jurídico a sua necessária segurança, evidente proteção a todas às pessoas que estarão salvaguardadas de ações indiscriminadas do Estado, impondo a ele um limite de ação com “*punições criminais sem base em lei escrita, de conteúdo determinado e anterior à conduta*” (ESTEFAM, 2018, p. 149).

Nesta linha de raciocínio segue a doutrina de Nucci:

Cometida a infração penal, nasce para o Estado o poder-dever de punir (pretensão punitiva), consubstanciado na legislação material, com alicerce no seguinte direito fundamental (princípio da legalidade): não há crime sem prévia lei que o defina, nem pena sem prévia lei que a comine. 51 O direito penal, formador do corpo de leis voltado à fixação dos limites do poder punitivo estatal, somente se realiza, no Estado Democrático de Direito, por meio de regras previamente estabelecidas, com o fim de cercear os eventuais abusos cometidos pelo Estado. Vale ressaltar constituir a principal meta do direito penal tutelar a liberdade, impondo regras precisas e detalhadas, para que se possa cerceá-la. Logo, não se trata de um ramo jurídico encarregado unicamente da punição, como pensam alguns. Ao contrário, seus instrumentos jurídicos constituem o molde ideal do Estado Democrático de Direito para punir com equilíbrio, visando ao bem-estar da sociedade e daquele que sofreu a sanção (NUCCI, 2014, p. 87)

Salienta-se que, a observância ao princípio da legalidade não traz apenas e simplesmente a existência de lei dispendo sobre o tipo penal como pressuposto de sua existência. Na verdade, nota-se a necessidade de que se siga quatro requisitos para pressupô-lo, ou como diz Estefam, quatro subprincípios que serão derivativos: “*a) anterioridade da lei (lege praevia); b) lei escrita, lei no sentido formal ou reserva legal (lege scripta); c) proibição de analogia in malam partem (lege stricta); d) taxatividade da lei ou mandato de certeza (lege certa)*” (ESTEFAM, 2018, p. 150).

Desta forma escreveu Estefam separando o conteúdo do princípio da legalidade em seus subprincípios, sendo colacionado abaixo para maior amplitude do entendimento e raciocínio aqui abordados:

a) *Lege praevia* ou anterioridade: Dos aspectos acima indicados, destacamos em primeiro lugar a necessidade de que a lei seja anterior ao ato (*lege praevia*). Com efeito, de nada adiantaria assegurar que o direito penal se fundamenta na lei, caso esta pudesse ser elaborada *ex post facto*, isto é, depois do cometimento do fato. A incriminação de comportamentos anteriores à vigência da lei destrói por completo a segurança jurídica que se pretende adquirir com a legalidade. Por tal razão, não há legalidade sem a correlata anterioridade. b) *Lege scripta* ou reserva legal: É preciso, também, que a incriminação se baseie em lei no sentido formal. Não pode o direito consuetudinário ou o emprego de analogia embasar a punição criminal de um ato, ou mesmo o agravamento das consequências penais de uma infração penal definida em lei. Os usos e costumes, por mais arraigados que possam ser em determinada comunidade, não podem embasar a existência de um crime [...]. c) *Lege stricta* (proibição de analogia): A analogia constitui método de integração do ordenamento jurídico, em que se aplica uma regra existente para solucionar caso concreto semelhante, para o qual não tenha havido expressa regulamentação legal. É preciso lembrar que a vedação atinge somente a analogia *in malam partem*, isto é, aquela prejudicial ao agente, por criar ilícito penal ou agravar a punição dos já existentes. Desta forma, no conflito entre o teor e o sentido da lei deve-se preferir o primeiro. Com a vedação da analogia *in malam partem*, o Direito Penal “renuncia em favor do acusado não só a realização do fim da norma, como também a possibilidade do seu desenvolvimento judicial sobre o teor da lei para além da orientação da vontade da lei”. De ver que a proibição assinalada não se confunde com interpretação extensiva. Esta dá-se quando o agente extrai, da própria lei, seu verdadeiro alcance [...]. Reconhece-se como plenamente admissível, contudo, a analogia *in bonam partem* (benéfica ao agente). d) *Lege certa*, taxatividade ou mandato de certeza: A lei penal deve ser determinada em seu conteúdo. Não se permite a construção de tipos penais excessivamente genéricos, os quais são denominados tipos penais vagos. Uma lei penal incriminadora que punisse uma conduta vaga e indeterminada provocaria insegurança jurídica e acabaria por aniquilar a garantia constitucional em apreço. O indivíduo não teria como saber o que é certo ou errado se a lei não fosse clara o suficiente. O juiz é quem decidiria, em última análise, o que é ou não crime, segundo critérios vagos e imprecisos. Como ponderou Luiz Luisi, aludindo à taxatividade da lei penal, “sem esse corolário o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei” [...] Desde que a parte nuclear do ‘tipo’ não deixe margem a dúvidas, as expressões que a ele se acrescentam podem depender de interpretação para aplicar-se à norma, e nem por isso se desnatura o caráter incriminador desta”. Daí a validade dos chamados tipos penais abertos. Estes são os que empregam conceitos amplos, mas determinados em seu conteúdo, como o tipo penal dos crimes culposos (ESTEFAM, 2018, p. 150-154).

Com isso tem-se que o princípio da legalidade é de suma importância para que se mantenha a integridade tanto do código penal como do ordenamento jurídico e, inclusive, do Estado Democrático de Direito, sendo, portanto, universalizável.

Para a aplicação da Ética e Moral kantiana:

No tocante à ética: nota-se que com o princípio da legalidade seu ápice está em sua previsibilidade no ordenamento jurídico tanto para trazer a segurança jurídica, quanto para que esteja previsto o que deve ser exigido ou não pelo Estado, neste sentido, verifica-se que a visão ética kantiana que poderá ser empregada é de que se deve agir de acordo com o que está previsto em lei.

Por outro lado, a moral também virá pautada na universalização do princípio a todos que se encontrarem submetidos ao ordenamento jurídico, sendo evidente a proteção para todas as pessoas que estarão salvaguardadas de ações indiscriminadas do Estado.

Assim, em relação à aplicação da Regra e Princípio de Ávila, nota-se que se trata tanto de uma regra que se revela nítido que o princípio da legalidade também se trata de uma positivação (biunivocamente), prescritiva e descritiva de comportamentos. Ora, para os princípios que devem ser positivados, tem-se que o princípio da legalidade é o principal deles que demandará esta vertente de aplicação. Portanto, na natureza do que se compreende como princípio, percebe-se a abrangência como princípio e o modo de veiculação dele no ordenamento jurídico, sendo também incluído no critério de princípio proposto por Ávila.

#### **4.4. Do Princípio da Humanidade e Sua Aplicabilidade.**

O princípio da humanidade se trata de um princípio derivado do meta-princípio da dignidade da pessoa humana, devendo ser observado a natureza de sua intenção. Aqui, tem-se que o direito penal procura garantir os bons costumes e bem-estar da sociedade em si, devendo ser dispensando qualquer tratamento desumanizado àqueles que cometem crimes, ou seja, apesar de a eles serem imputadas as sanções, deverão ser vedadas as penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, cruéis, bem como a pena de morte, salvo em época de guerra declarada,

nos termos do Código Penal Militar, respeitando-se sempre a integridade física, moral e psicológica do preso (ESTEFAM, 2018).

Aqui, nota-se que Ética e Moral kantiana poderão ser encontrados da mesma forma que foram localizadas no princípio da dignidade da pessoa humana, isto pois, poderia ser este princípio inserido como um subprincípio do primeiro, assim, percebe-se que sua aplicabilidade é universal, devendo o aplicador não levar em consideração seus valores próprios, mas tão somente aquilo que se encontra previsto no ordenamento jurídico, sendo respeitada a integridade de todos os réus que forem submetidos às normas.

Ainda neste sentido, a Regra e Princípio de Ávila poderia ser aplicada ao referido princípio como princípio propriamente dito, tendo em vista que não há previsibilidade normativa, mas tão somente um fim último de um *dever-ser* para que se evite atrocidades aos réus condenados.

#### **4.5. Princípio do *ne bis in idem* e Sua Aplicabilidade.**

A lição trazida pelo princípio do *ne bis in idem* é de que ninguém será duplamente incriminado, processado ou condenado pelo mesmo fato. Com isso, o princípio traz a proteção do processo que é instaurado por um fato que tenha transitado em julgado, não sendo permitido que um fato idêntico historicamente ao anterior seja julgado de novo, conforme prevê o art. 95, V e art. 100, ambos do Código de Processo Penal: “*Art. 95. Poderão ser opostas as exceções de: V - coisa julgada. Art. 110. Nas exceções de litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada, será observado, no que lhes for aplicável, o disposto sobre a exceção de incompetência do juízo*” (ESTEFAM, 2018, p. 162).

Para Estefam:

Outro aspecto inerente ao princípio em estudo consiste na proibição de que o mesmo fato concreto seja subsumido a mais de uma norma penal incriminadora. Assim, por exemplo, se o agente desferir diversos golpes de faca contra uma pessoa, num só contexto, visando matá-la, objetivo atingido depois do trigésimo golpe, não há vinte e nove crimes de lesão corporal e um homicídio, mas tão somente um crime de homicídio (o meio utilizado pelo agente pode, contudo, qualificar o delito, tornando mais severa a pena imposta) (ESTEFAM, 2018, p. 162).

A ética e a moral kantianas aplicadas ao princípio trazido por Estefam podem ser enquadrados nitidamente eis que além de estar previsto no ordenamento jurídico, sendo universalizado, visa-se sua aplicação a todos que a eles estiverem submetido, tendo ainda o caráter da internalização do acusador, isto porque mesmo que o acusador, no contexto do trecho supra, considere ter havido diversos crimes de lesão corporal e homicídio, tem-se que sua reflexão ética interna não importará para a aplicação da norma jurídica, não podendo, por exemplo, requerer que o Estado puna o agente pela segunda facada dada à vítima.

Em relação ao entendimento de Ávila quando da regra e princípio, verifica-se que o princípio do *ne bis in idem* encaixa-se perfeitamente também em ambos postulados, ora, considerando que expressamente indicado no código de processo penal e tendo em vista a abrangência, nota-se que se trata de mais um princípio penal coerente e de acordo com as visões de Kant e Ávila, tanto nos aspectos de se ter uma importância universal e interna (ética), bem como possuir uma imediatidade prescritiva (regra) e natureza de princípio em razão de sua finalidade.

#### **4.6. Do Princípio da Individualização da Pena e Sua Aplicabilidade.**

Em análise do texto Constitucional da Magna Carta (BRASIL, 1988), em seu art. 5º, XLV, CF/88, “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido*”, seguindo no inciso “XLVI – *a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos*”. Deste dispositivo e incisos extrai-se o princípio da individualização da pena em que se cuida da importância de humanizar a pena sem que se perda o condão de punir do Estado e do Código Penal (ESTEFAM, 2018).

Para Estefam, a individualização da pena é:

[...] conforme determina expressamente nossa Constituição (art. 5º, XLVI). Individualizar significa dar tratamento único, especial – tratar o agente como

um indivíduo, como uma pessoa única, que cometeu um fato cujas peculiaridades devem ser analisadas. “Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico. A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da ‘mecanizada’ ou ‘computadorizada’ aplicação da sanção penal, que prescindida da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena preestabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto” [...] O princípio proíbe, portanto, a aplicação sistemática da mesma pena a casos distintos, ou seja, a inflicção de uma “pena-padrão”. (ESTEFAM, 2018, p. 383-384).

No mesmo sentido Nucci:

Significa que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido (NUCCI, 2014, p. 65).

Nessa hipótese, a pena a ser aplicada, seja ela multa ou como sanção penal e o condenado vir a falecer, não poderá ser cobrado o valor dos herdeiros, por exemplo, ainda que no limite da herança. Ora, a multa é considerada dívida de valor após o trânsito em julgado da sentença condenatória, assim passaria a ser executada pelo juiz cível, que, por sua vez, tendo falecido o executado, deverá remeter os autos à Vara de Execução Criminal para que seja julgada extinta a punibilidade do executado, porque não poderia a pena ser aplicada às pessoas inocentes, como os herdeiros (NUCCI, 2014).

Com isso pode-se inferir que a pena em si não pode ser universal ou padronizada a todos aqueles que cometeram determinado crime parecido ou comum. Pelo contrário, deverá a pena se adequar de forma individual, específica e detalhada à cada tipificação e o código penal é estruturado para isto, considerando o sistema trifásico da aplicação de pena, os benefícios possíveis de serem alcançados em sua aplicação entre outros institutos do próprio código de processo penal (como o da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal).

Em análise da Ética e Moral kantiana verifica-se que se faz nítido a interpretação

do legislador fazendo-se com que ética seja aplicada a todos, ou seja, a reflexão sobre às normas será diferente em seu resultado, todavia, a aplicação dessa possibilidade de reflexão para que se alcance a individualização da pena é universalizável em seu modo final.

Nota-se que tanto como Regra e Princípio cabe a interpretação trazida por Ávila, isto porque se trata também de uma norma positivada no ordenamento jurídico que possui inclusive a abrangência necessária para ser considerada um princípio ao ponto de que deve ser observado e aplicado a todos.

#### **4.7. Do Princípio da Proporcionalidade e Sua Aplicabilidade.**

Outro princípio extremamente relevante para o Direito Penal é o princípio da proporcionalidade, em que as penas deverão ser proporcionais à gravidade da infração penal cometida, sendo vedado qualquer exagero na punição que venha vir sofrer o réu pelo Estado, assim como a extrema liberdade em seu cumprimento.

Aqui vale a menção maestral de Miguel Reale na conceituação deste princípio trazida por Estefam em sua obra:

Miguel Reale, a pretexto de analisar a proporcionalidade da pena, escreveu com maestria: “O poder-dever de punir, que compete ao Estado, abre-se, desse modo, em um leque de figuras ou ‘medidas’, segundo soluções escalonadas, mensuráveis em dinheiro ou em ‘quantidade de tempo’. Essa ordenação gradativa é da essência mesma da justiça penal, pois esta não se realizaria se um critério superior de igualdade ou proporção não presidisse à distribuição das penas, dando a cada infrator mais do que ele merece” (REALE, 1968, *apud* ESTEFAM, 2018, p. 385).

Assim, nota-se que o surgimento do princípio da proporcionalidade vem como conclusão lógica e natural da aplicação de um sistema que visa à justiça propriamente dita, devendo o condenado responder tão somente pela prática do crime que cometeu, estando estritamente ligado ao princípio da individualização da pena que prevê no art. 5º, XLVI que diz “*a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;*” (BRASIL, 1988).

Com isso, não poderia o princípio da proporcionalidade ser confundido com o

princípio da razoabilidade que também se verifica muito sua utilização no ordenamento jurídico. Nota-se que o princípio da razoabilidade se refere basicamente à questão do controle do abuso, realizada em face de situações extremas e inequívocas do Estado.

A proporcionalidade, por sua vez, contém formulação teórica mais apurada havendo uma proibição de excesso, diz-se que este princípio se dá em três dimensões, nas palavras de Estefam:

[...] a relação estabelecida entre o meio (imposição de pena criminal) e o fim (prevenção e retribuição pelo ato cometido), concluindo-se que existem outros instrumentos menos lesivos para coibir o ato (tais como – a depender da hipótese – sanções cíveis, administrativas ou fiscais) e, ao mesmo tempo, eficazes para a regular a conduta (juízo de adequação) (ESTEFAM, 2018, p. 142).

Cabe, portanto, ao legislador a competência de se evitar a desproporcionalidade por excesso punitivo. Todavia, por outro lado, também se proíbe a proteção deficiente, de modo a não se permitir a ineficácia da prestação legislativa, culminando na ausência de proteção a bens jurídicos essenciais (ESTEFAM, 2018).

Diante disto, uma vez mais a Ética e Moral kantiana se encontram sendo aplicadas ao princípio do código penal, de tal forma que se faz universalizável a obrigação de se estender a todos (moral), bem como a reflexão interna de quem aplica à pena sob a ótica da legislação vigente para que não se cometa excessos e impute penas equivocadas (ética). Notadamente, verifica-se a possibilidade e necessidade desse referido princípio ser inserido como tal ante à sua importância e necessidade de observância, mesmo não havendo previsão legal positivamente.

#### **4.8. Do Princípio da Culpabilidade e Sua Aplicabilidade.**

Para que se tenha a imputação de um tipo penal a um determinado agente faz-se necessário que este agente possua culpabilidade, isto porque não há crime, nem pena, sem a culpabilidade (*nulla poena sine culpa*). Isto é, para que se tenha responsabilização criminal dever-se-á partir do pressuposto de que haja dolo ou culpa, disto extrai-se o princípio da culpabilidade.

O princípio da culpabilidade está previsto no art. 5º, LVII, da CF/88 em que diz “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Para Estefam, esse princípio possui as seguintes dimensões para análise:

Atualmente, compreende-se que o princípio possui três importantes dimensões: a) a proibição de responsabilização penal sem dolo ou culpa 178; b) a vedação de aplicação da pena sem culpabilidade, isto é, desprovida de imputabilidade, possibilidade de conhecimento da ilicitude do ato e exigibilidade de outra conduta (vide Título II, Capítulo 8, item 3.3); c) a gravidade da pena deve ser proporcional à gravidade do fato cometido (ESTEFAM, 2018, p. 156).

Além de estar expressamente previsto na Magna Carta, os dispositivos dos art. 18 e 19 ambos do Código Penal também fundamentarão o princípio da culpabilidade especificando a o intuito da aplicação do princípio:

Diz-se o crime: Crime doloso. I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Crime culposo. II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente (BRASIL, 1940, art. 18, CP).

Coroando o entendimento do princípio da culpabilidade no art. 19 do Código Penal que diz “*pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente*” (BRASIL, 1940, art. 19, CP).

De acordo com Nucci:

[...] o princípio da culpabilidade (*nullum crimen sine culpa* ou não há crime sem dolo e sem culpa), que fornece uma base sólida para a aplicação das leis penais, fazendo com que o intérprete, em caso de dúvida no processo de concretização da norma, aplicando-a à situação fática surgida, opte por seguir esse princípio informativo da ciência penal. [...] Ainda que tais opiniões, interpretando literalmente a lei penal, existissem, outras não faltavam exigindo que houvesse ao menos culpa do agente no resultado mais grave, pois, baseado no princípio de que não há crime sem dolo e sem culpa, seria inaceitável acatar a responsabilidade penal objetiva. Assim, baseado num princípio, buscava o intérprete aplicar a lei penal ao caso concreto visando à realização da justiça e não simplesmente tendo por fim a aplicação mecânica do texto normativo (NUCCI, 2014, p. 68-69).

A análise cabível do que estabeleceu Kant e Ávila nesse princípio pode ser dada da seguinte forma, no que diz respeito à moral não se mostra crível a possibilidade do referido princípio ser aplicado à apenas um sujeito, pelo contrário, deve-se também ser levado para o campo da universalização e sendo a todos plausível de aplicação. No tocante à ética, mesmo que o julgador e os demais representantes do Estado entendam que o sujeito deve ser punido, mas que não há culpabilidade (nem dolo ou culpa) na imputação do crime, tem-se que esta reflexão interna uma vez mais não será relevante para o campo da moral kantiana, tendo que ser aplicado a regra universal ao réu. Ao contrário disto, pode-se dizer que ocorreria injustiça, conforme disse Nucci:

O princípio da culpabilidade garante que ninguém será criminalmente processado e condenado se não tiver agido com dolo ou culpa. No cenário processual penal, as denúncias genéricas, sem apontar exatamente quem fez o que, podem atingir em cheio o princípio da culpabilidade. Logo, denúncias genéricas podem ser rejeitadas com base na ausência de provas mínimas de ter o réu agido com dolo ou culpa. Ao cuidar do princípio da presunção de inocência, de fundo processual penal, não se pode olvidar a sua ligação com o direito penal, pois obriga o Estado a produzir prova contra o réu, que se incumbe de negar. Por mais grave que tenha sido o delito, não se fará “justiça” à força, elegendo qualquer um para pagar pelo dano provocado. Eis que surge a mera presunção relativa de que, preenchido o tipo penal, pode-se considerar ilícito e culpável o fato. No entanto, é preciso prova cabal de inexistência de excludentes de ilicitude e de culpabilidade. Interagem os sistemas penal e processual penal. A ampla defesa e o contraditório são capazes de desfazer a inicial credibilidade gerada pelo tipo penal preenchido, que foi suficiente para a apresentação e o recebimento da denúncia (NUCCI, 2014, p. 100-101).

Em relação aos conceitos de Ávila, percebe-se que o princípio da culpabilidade se enquadra em ambos os conceitos propostos pelo autor, tanto em regra devido à sua previsibilidade e decidibilidade, como na extensão indicadora e estrutural do sistema do ordenamento jurídico proposta pelo que vem a ser princípio e sua natureza finalística.

#### **4.9. Do Princípio da Insignificância e Sua Aplicabilidade.**

Para conceituar o princípio da insignificância, pode-se dizer que a concepção proposta por Cleber Masson (2018) que contribuiu com a doutrina sobre o princípio, ao dizer que, o princípio da insignificância se trata de uma causa supralegal que gera

a exclusão da tipicidade para crimes de ofensa mínima ao bem jurídico tutelado em que não valha à pena movimentar a máquina Estatal.

O princípio da insignificância ou da criminalidade de bagatela, originário do Direito Romano (*minimus non curat pretor*) e introduzido no Direito Penal por Claus Roxin, é aceito atualmente como causa de exclusão da tipicidade. O fato encontra enquadramento na lei penal (tipicidade formal), mas não é capaz de lesar ou de oferecer perigo ao bem jurídico. Daí falar em ausência de tipicidade material. É possível sua incidência na lesão corporal dolosa de natureza leve e na lesão corporal culposa (CP, art. 129, caput, e § 6.º), quando a conduta acarreta em ofensa ínfima à integridade corporal ou à saúde da pessoa humana (MASSON, 2018, p. 131).

Com efeito, nos crimes contra o patrimônio, em que se ofende o interesse de uma ou de algumas poucas pessoas, o princípio da insignificância é aceito como excludente da tipicidade quando o valor da coisa é ínfimo, ou seja, muito inferior a um salário mínimo. De outro lado, nos crimes tributários que têm a União e, reflexamente, toda a coletividade como sujeito passivo, admite-se a criminalidade de bagatela nas lesões que não extrapolem uma quantia absurdamente superior (MASSON, 2018, p. 540).

Deste modo, para que seja aplicado o referido princípio é imperativo que haja “a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica” (MASSON, 2018, p. 363), devendo ser observados requisitos objetivos tais como a inexpressividade da lesão jurídica bem como requisitos subjetivos tais como as “condições do agente e da vítima, aqui se incluindo a sua situação econômica, o valor sentimental do bem e as circunstâncias e resultado do crime” (MASSON, 2018, p. 363).

Nesse diapasão, lesões insignificantes devem ser excluídas da esfera penal, permanecendo apenas na esfera cível ou outros âmbitos do Direito, dependendo da situação, se tratando, por oportuno, de uma estratégia de defesa do Direito Penal que deve ser observado e levado a rogo para esfera da aplicação da moral e ética de Kant.

A aplicação kantiana neste aspecto poderia se dar assim: obviamente se trata também de um princípio universalizável trazido para o campo da moral devendo a todos se aplicar. Interessante notar que mesmo na análise ética e prática do princípio percebe-se que há um crime cometido que inclusive prevê sanção penal, todavia, obedecendo os requisitos apontados deverá o juiz aplicar o princípio e excluir a

tipicidade, importante salientar que para que haja um crime é necessário a tipicidade da conduta (dolo ou culpa), havendo ausência de dolo e culpa não há em que se falar em crime. Portanto, a reflexão interna do julgador nesses aspectos não deverá prevalecer e tampouco da sociedade, mas sim, a lei, que é aplicável a todos.

Em se tratando de um princípio, perfeitamente possível de se enquadrar na teoria de Ávila no tocante ao princípio, devido sua extensão e natureza finalística, estabelecendo um fim a ser alcançado, não se pode, por outro lado, se enquadrar nos moldes de uma regra, isso porque não há previsibilidade normativa do referido princípio, conforme bem pontuou Masson em sua citação a seguir:

Acerca da incidência do princípio da insignificância no crime de furto, vale a pena conferir um elucidativo julgado do Superior Tribunal de Justiça: Aplica-se o princípio da insignificância à conduta formalmente tipificada como furto consistente na subtração, por réu primário, de bijuterias avaliadas em R\$ 40 pertencentes a estabelecimento comercial e restituídas posteriormente à vítima. De início, há possibilidade de, a despeito da subsunção formal de um tipo penal a uma conduta humana, concluir-se pela atipicidade material da conduta, por diversos motivos, entre os quais a ausência de ofensividade penal do comportamento verificado. Vale lembrar que, em atenção aos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, o Direito Penal apenas deve ser utilizado contra ofensas intoleráveis a determinados bens jurídicos e nos casos em que os demais ramos do Direito não se mostrem suficientes para protegê-los. **Dessa forma, entende-se que o Direito penal não deve ocupar-se de bagatelas.** Nesse contexto, para que o magistrado possa decidir sobre a aplicação do princípio da insignificância, faz-se necessária a ponderação do conjunto de circunstâncias que rodeiam a ação do agente para verificar se a conduta formalmente descrita no tipo penal afeta substancialmente o bem jurídico tutelado. Nessa análise, no crime de furto, avalia-se notadamente: a) o valor do bem ou dos bens furtados; b) a situação econômica da vítima; c) as circunstâncias em que o crime foi perpetrado, é dizer, se foi de dia ou durante o repouso noturno, se teve o concurso de terceira pessoa, sobretudo adolescente, se rompeu obstáculo de considerável valor para a subtração da coisa, se abusou da confiança da vítima etc.; e d) a personalidade e as condições pessoais do agente, notadamente se demonstra fazer da subtração de coisas alheias um meio ou estilo de vida, com sucessivas ocorrências (reincidente ou não). Assim, caso seja verificada a inexpressividade do comportamento do agente, fica afastada a intervenção do Direito Penal (HC 208.569/RJ, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6.<sup>a</sup> Turma, j. 22.04.2014, noticiado no Informativo 540 *apud* MASSON, 2018, p. 364). **Grifo meu.**

Desta forma, a aplicação do princípio da insignificância se dá tão somente por ser um instituto do Direito Penal de natureza doutrinária e jurisprudencial, não possuindo previsão legal no ordenamento jurídico, assim, sendo inviável seu emprego

no que Ávila entende por regra.

#### **4.10. Do Princípio da Exclusiva Proteção a Bens Jurídicos e Sua Aplicabilidade.**

A análise deste último princípio a ser estudado se deu propositalmente porque se trata de um princípio que abarcará todos os demais vistos anteriormente. O princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos traz a ideia de que o direito penal deverá tutelar apenas os bens jurídicos fundamentais, reconhecidos pela Constituição Federal de 1988. Desta forma, tem-se que deverão ser afastados, portanto, os valores puramente morais, religiosos, éticos ou ideológicos.

Assim concebe Estefam o referido princípio a partir do que entendia Claus Roxin:

De acordo com Claus Roxin, “a proteção de normas morais, religiosas ou ideológicas, cuja violação não tenha repercussões sociais, não pertence, em absoluto, aos limites do Estado Democrático de Direito, o qual também deve proteger concepções discrepantes entre as minorias” (ESTEFAM, 2018, p. 160).

Isto porque não poderia o Estado Democrático de Direito permitir que valores controvertidos, que pudessem contradizer o conteúdo contido na norma, fossem implementados e observados pelo Direito Penal. Um exemplo de tal situação seria um conteúdo axiológico advindo seja de uma doutrina religiosa ou até mesmo de uma concepção ideológica violassem o princípio da dignidade da pessoa humana, se tornando para efeitos de aplicação normativa, inconstitucionais (ESTEFAM, 2018).

Devendo ser observado no âmbito do Direito Penal o estrito cumprimento de regras que são consideradas de essencial importância para a segurança jurídica do ordenamento jurídico e da sociedade como um todo.

Segundo o princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos, o fato praticado não poderá ser constituído como ilícito se não for lesivo ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, isto é, não poderia haver controle penal se a conduta ativa ou omissiva de algum agente não causasse algum tipo de lesividade a outrem. Portanto, não seria possível de se conceber uma eventual existência de um crime que não tivesse

ofendido um bem jurídico.

Neste sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é uma concreção do princípio da necessidade e, por isso, se deriva do princípio da proporcionalidade em sentido amplo [...]. Ao ser a função do Direito penal a proteção de bens jurídicos (penais), tão só será necessário e proporcional quando exista um bem jurídico (penal) a proteger frente a comportamentos que o coloquem em perigo ou que o lesionem (STF – RHC 81.057/SP, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25.05.2004).

Isto porque dentro deste deve-se ser somado o princípio da intervenção mínima, sendo que o direito penal deverá ser imputado às situações extremas como *ultima ratio*, devendo para tanto que outros âmbitos do direito e do ordenamento jurídico trazer a solução para o litígio (tais quais o direito civil, direito tributário etc.).

Um exemplo dessa preferência se dá da seguinte maneira:

“[...]a subtração de um pacote de balas em um supermercado, já punida com a expulsão do cliente do estabelecimento e com a cobrança do valor do produto ou sua devolução, já foi resolvida por outros ramos do Direito, de modo que não necessitaria da interferência do Direito Penal (ESTEFAM, 2018, p. 160).

A intervenção mínima surgiu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como modo de garantir que a intervenção estatal no plano individual deva se dar apenas quando estritamente necessário. No Brasil, deriva do princípio da dignidade da pessoa humana e do fato de o art. 5º, caput, da CF declarar a inviolabilidade da liberdade, da vida, da segurança e da propriedade. Apesar de haver consenso a respeito deste princípio, o legislador tem a tendência de promover uma verdadeira inflação legislativa (nomonia, nomorreia ou crescimento patológico da legislação penal), o que acarreta, em última análise, o descrédito do sistema criminal (ESTEFAM, 2018, p. 160).

Tudo isto, porque deve ser garantido a intervenção mínima do Estado no plano individual das pessoas, sendo empregado apenas quando realmente houver necessidade de intervenção.

Assim, traz Nucci em sua doutrina:

Significa que o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor conflitos

existentes em sociedade, os quais, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes. Há outros ramos do Direito preparados a solucionar as desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores traumas. O direito penal é considerado a *ultima ratio*, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator. [...] Caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz, porque não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública. Podemos anotar que a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito e, conseqüentemente, à ineficiência de seus dispositivos (NUCCI, 2014, p. 66).

Diante do exposto, evidentemente, pode-se concluir que, ao observar as orientações e os mandamentos veiculados nos princípios do direito penal, contempla-se, ao final, o efetivo alcance do Estado Democrático de Direito na sociedade brasileira. Sendo, portanto, universalizáveis no quesito da moral kantiana, tendo vista que todos os princípios, inclusive o princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos, sejam aplicáveis a todas as pessoas.

No campo da ética kantiana, nota-se que não se encontra o referido princípio positivado em um determinado dispositivo legal do direito penal, assim como outros abordados no presente estudo. Todavia, a existência deles (doutrinariamente e/ou jurisprudencial) são suficientes para que sejam aplicáveis e considerados éticos, não sendo relevante para o campo do Direito o que o sujeito vem a concordar ou não internamente em si.

Em Ávila, nota-se que não há previsibilidade legal do princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos, sendo possível enquadrá-lo tão somente no critério da natureza de princípio eis que finalístico.

## 5. Considerações Finais.

Após estipular os dois postulados para aplicá-los aos princípios do Direito Penal, percebe-se que o estudo sobre a Ética se dá pelo dever desta estar pautada no **fato** da moral, como um sistema que regulamentará a relação entre os indivíduos de uma determinada comunidade (SÁNCHEZ VÁSQUEZ, 2017).

Assim, considerando que a moral se trata de um comportamento humano que se encontra em todo o tempo e em toda história da sociedade, percebe-se a necessidade de se considerar também que se trata de um tema diversificado fixando a atenção de seu estudo nas manifestações das épocas (SÁNCHEZ VÁSQUEZ, 2017).

Com isso, estudar o que é moral em sua essência como algo que é empreendido e utilizado socialmente e individualmente coloca-se em evidência que uma nova moral, de acordo com as necessidades e possibilidades de cada tempo pode contribuir com uma aproximação do indivíduo à uma moral verdadeiramente humana e universal (SÁNCHEZ VÁSQUEZ, 2017).

A ética, por outro lado, pode ser entendida como parte da filosofia que se dedicará à reflexão teórica sobre a moral, buscando construir racionalmente a partir de métodos de análise e explicação próprios da filosofia. Deste modo, a ética busca explicar o fenômeno moral de modo que consiga aumentar o auto-conhecimento do indivíduo e aumentar o grau de liberdade. Assim, pode-se inferir que a ética depende da existência de uma filosofia moral para que exerça seu objetivo último de **esclarecer reflexivamente o campo da moral** (SÁNCHEZ VÁSQUEZ, 2017).

Portanto, *“tanto as doutrinas morais como as teorias éticas seriam modos de expressar “moral pensada”, diante dos códigos morais pessoais e sociais realmente assumidos pelas pessoas, que constituiriam a “moral vivida”* (CORTINA; MARTINEZ, 2013, p. 22).

Desta forma, cumpre dizer que as doutrinas morais geralmente são confundidas com as teorias éticas, todavia, os autores chamam a atenção em dizer que é necessário que seja feito um esforço para que não se confunda ambos os conceitos e planos de reflexão, isto porque **“as doutrinas morais continuam no**

***plano moral concreto (linguagem-objeto), ao passo que as teorias éticas visam remontar uma reflexão até mesmo no plano filosófico*** (CORTINA; MARTINEZ, 2013, p. 22). **Grifo meu.**

Portanto, desde logo verifica-se que a moral e a ética se tratam de palavras polissêmicas, possuindo mais de um significado e mais de uma forma de aplicabilidade, justificando a controvérsia havida nas aplicações no decorrer dos estudos doutrinários e produções científicas.

Assim a, Ética e Moral de Miguel Reale distancia-se da corrente majoritária do campo da Filosofia, não sendo possível sua aplicabilidade aos princípios do direito penal. Miguel Reale se baseou em Max Scheler e inicia seu pensamento no início do século XX e se destaca por se contrapor ao pensamento da ética de Kant.

As principais obras de Max Scheler se chamam *O formalismo na ética* e *A ética material dos valores*, ambas propõe a superação do que é considerado equivocado no pensamento de Kant, isto a custa de uma teoria alternativa que aproveita as potencialidades do método fenomenológico de Edmund Husserl (CORTINA; MARTÍNEZ, 2013).

Segundo o que propôs Scheler, Kant teria se equivocado da mesma maneira que os filósofos empiristas que abordaram a ética e a moral, a saber, “[...] em afirmar a existência de apenas dois tipos de faculdades no ser humano” (CORTINA; MARTÍNEZ, 2013, p. 73):

(A) a razão, que proporciona a priori só formas nos âmbitos teórico e prático e, por isso, atinge universalidade e incondicionalidade; (B) a sensibilidade, que é capaz de conhecimentos particulares e condicionados, isto é, de conteúdos, mas sempre a posteriori. Tais pressupostos forçaram Kant a se apoiar na razão, pois a moral demanda universalidade e incondicionalidade, isto é, apriorismo (CORTINA; MARTÍNEZ, 2013, p. 73).

Para Max Scheler, a razão e a sensibilidade não são suficientes para compreender a moral e a ética, isto porque o espírito humano é dotado de uma “*intuição emocional*” que deve realizar atos que não são dependentes do pensamento racionalista (pensamento do puro racional), tampouco, da sensibilidade subjetiva, sendo capaz, esta intuição emocional de alcançar o “estatuto de conhecimento a

*priori*” (CORTINA; MARTÍNEZ, 2013, p. 73).

Portanto, pode ser abandonada a identificação do a priori com a racionalidade e do material com a sensibilidade, pois preferir, odiar, estimar, amar etc., não são atos sensíveis nem racionais, mas emocionais, que nos proporcionam a priori conteúdos materiais não-sensíveis. Não parece muito adequado à natureza dos valores perguntar o que são, pois os valores não são, mas valem ou pretendem valer. Ao afirmar que não são, não se deseja dizer que são ficções inventadas pelos seres humanos, mas que não podem ser entendidos como coisas ou maneiras de ser das coisas. Também não é correto identificar os valores com o agradável, nem com o desejável ou desejado, nem com o útil; **com relação ao agradável, algo nos agrada porque se nos apresenta como valioso e não o contrário. Quanto a sua identificação com o desejado ou com o desejável, ou com ambos ao mesmo tempo, é também incorreta, pois o desejo é um ato sentimento e apetitivo variável em sua intensidade, ao passo que o valioso é reconhecido sempre como tal, sem oscilações no que se refere a essa qualidade. No que se refere a sua identificação com o útil, é preciso dizer que é igualmente errônea, pois, embora haja valores úteis, estes são um tipo, mas não esgotam o termo e, desde logo, não é a eles que nos referimos no âmbito da ética** (CORTINA; MARTÍNEZ, 2013, p. 73). **Grifo meu.**

Assim, tem-se que, de acordo com Cortina e Martínez (2013, p. 74), os valores são qualidade, esta, por sua vez, é dotada de conteúdo *“independentes tanto de nossos estados de espírito subjetivos como das coisas, as quais são denominadas “bens” precisamente por ser portadoras de tais qualidades, e precisam de um sujeito dotado de intuição emocional que as capte”*.

Não devendo ser o sujeito que cria o valor presente em determinado objeto e também não deve ser o valor que dependa do objeto que ele está sustentando.

Na teoria de Scheler **afirma-se uma ciência pura dos valores, uma axiologia pura, que se sustenta em três princípios: 1) Todos os valores são negativos ou positivos. 2) Valor e dever são relacionados, pois a captação de um valor não realizado é acompanhada pelo dever de realizá-lo. 3) Nossa preferência por um valor e não por outro verifica-se porque nossa intuição emocional capta os valores já hierarquizados.** A vontade de realizar um valor moral superior em vez de um inferior constitui o bem moral, e seu contrário é mal. Não existem, portanto, valores especificamente morais (CORTINA; MARTÍNEZ, 2013, p. 74).

Apesar de contrapor Kant, nota-se que a teoria ética de Scheler não abrange todo o escopo que o tema da ética e da moral propõe, conforme proposto por Kant abordado no capítulo I, sendo, portanto, a tese de Scheler uma corrente minoritária. E

esse modelo ético é seguido por outros pensadores Nicoli Hartmann, Hans Reiner, Dietrich von Hildebrand e Ortega y Gasset e, mais, embora sigam alguns ideias de Scheler, alteraram parte da estrutura do pensamento *“que chamou a intuição moral de “estimativa” e inclui os valores morais na hierarquia objetiva, diferentemente de Scheler”* (CORTINA; MARTÍNEZ, 2013, p. 74).

Disto, percebe-se que não seria possível aplicar a referida teoria de Max Scheler, aderida por Miguel Reale, aos princípios do direito penal. Eis que sendo a pena objeto a ser capturado pelos sentidos do sujeito, isto é, o juiz ao perceber um crime com seus sentidos dependeria tão somente do que vem a compreender ser ético e moral ou não para imputar a pena ao réu, havendo uma total parcilidade.

Neste sentido, verifica-se a necessidade de observância do princípio do juiz natural e imparcial em que se *“estabelece o direito do réu de ser julgado por um juiz previamente determinado por lei e pelas normas constitucionais, acarretando, por consequência, um julgamento imparcial”* (NUCCI, 2014, p. 158), não sendo possível a existência de um juiz de exceção, porque do contrário não seria um juiz natural (art. 5.º, XXXVII, CF/88).

Assegurando-se o juiz natural, em último grau, estabelece-se a regra do juiz imparcial. Entretanto, por mais cautela que se tenha na elaboração de leis, é possível que um determinado caso chegue às mãos de magistrado parcial. Essa falta de isenção pode decorrer de fatores variados: corrupção, amizade íntima ou inimizade capital com alguma das partes, ligação com o objeto do processo, conhecimento pessoal sobre o fato a ser julgado etc. Nota-se, portanto, que não basta ao processo penal o juiz natural. Demanda-se igualmente o juiz imparcial, motivo pelo qual o Código de Processo Penal coloca à disposição do interessado as exceções de suspeição e de impedimento, para buscar o afastamento do magistrado não isento. Esse princípio é constitucionalmente assegurado, embora de maneira implícita. Ingressa no sistema pela porta do art. 5.º, § 2.º, da Constituição (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”) (NUCCI, 2014, p. 159).

Portanto, Nucci dirá que não sendo respeitado a referida norma e diploma legais será a considerada a Sentença do juiz absolutamente ilegítima, ou até nula ensejando-se o retorno do processo ao *status quo ante*.

Quando se cuida do tema do juiz natural e imparcial, não havendo respeito a

tal princípio, qualquer sentença condenatória será absolutamente ilegítima, quiçá nula. Deve-se projetar esses direitos processuais penais para a esfera da execução penal, onde já se está cumprindo a pena. Logo, a punição (matiz penal) se transforma, conforme o preso apresente bom comportamento e, valendo-se dos seus básicos direitos processuais penais (ampla defesa, contraditório, juiz natural e imparcial) possa provocar o encurtamento da sua pena. Em síntese, todos os princípios constitucionais penais relacionam-se aos princípios constitucionais processuais penais. O mesmo se pode dizer dos princípios penais em relação aos processuais penais. Portanto, não vemos nenhuma relevância na teoria geral do processo. Se for uma forma didática de ensinar processo ao aluno, somos levados a argumentar com dois pontos: a) há outras formas, hoje, muito mais eficientes em matéria de pedagogia; b) ensinar alunos, baseado numa junção facilitada do processo civil e penal, não torna essa facilitação uma ciência (NUCCI, 2014, p. 101).

Assim, tendo em vista que a proposta de Immanuel Kant não se baseia na experiência individual do sujeito para que seja declarado moral (sob a condição da universalização) a ação do indivíduo, sendo expressada por meio das normas, sejam elas as regras e/ou os princípios conceituados por Ávila, a universalidade racional, se mostra mais apropriada para aplicação aos princípios do direito penal, que jamais poderão estar condicionados a atos discricionários do juiz ou do julgador, que compõe o Poder Judiciário como um todo, não podendo ser permitido que tal intenção seja reverberado no sistema do Estado, senão, apenas em lei, porque do contrário, ocorreria o que Kant chamou de erro grosseiro e pernicioso (KANT, 1797, p. 23).

Assim, o intuito do trabalho foi de contribuir com a comunidade de olhos curiosos e atentos o conhecimento em trazer à luz da perspectiva de Kant aquilo que Reale não abordou em sua principal obra, o conceito explanado do que vem a significar os termos de ética e moral no tocante ao universalizável para o campo da filosofia.

## 6. Referências Bibliográficas.

ABBGNANO, Nicola. **História da Filosofia**. Trad. Armando da Silva Carvalho e António Ramos Rosa. Ed. 4. Lisboa: Editorial Presença, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2008. p. 669.

\_\_\_\_\_, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. 334 p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2019. 239 p.

BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação Constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: renovar, 2003.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 8.ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2011.

BECKENKAMP, Joãozinho. **O direito como exterioridade da legislação prática em Kant**. ethic@, Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 151-171, dez. 2003

BRASIL. Lei nº 2.848/40, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 31 de ago. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 31 de ago. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2, parte especial : arts. 121 a 212 / Fernando Capez**. — 18. ed. atual. — São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CARNELUTTI, F. **As misérias do processo penal**. São Paulo, SP: Conan, 1995. 83 p.

COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. São Paulo, SP: Mestre Jou, 1974. 488 p.

CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emílio. **Ética**. São Paulo: Loyola, 2013. 176 p.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120) / André Estefam**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 667 p.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. 2. ed. Campinas: BookSeller, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

HECK, José Nicolau. **Direito e moral: duas lições sobre Kant**. Goiânia: UFG: UCG, 2000. 170 p.

KANT, Immanuel; KOSBIAU, Diego (Rev.). **A metafísica dos costumes**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. 319 p.

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001. 680 p.

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão prática**. Tradução, introdução e notas de Valério Rohden. São Paulo: MartinsFontes, 2003. 620 p.

KREMER-MARIETTI, Angèle. **A Ética**. Tradução Constança Marcondes César. Campinas: Papyrus, 1989. 136 p.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212 / Cleber Masson**. – 11. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003 (Coleção temas jurídicos), p. 60 et seq.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral: uma polêmica**. Tradução, notas e posfácio: Paulo Cesar de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. 179 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal / Guilherme de Souza Nucci**. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, D. R. **Considerações acerca da moral kantiana e suas implicações no direito**. Revista do CAAP, 2010 (1), Belo Horizonte, jan-jun 2010.

PASCAL, Georges. **Compreender Kant**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. 206 p.

Reale, M. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **A doutrina de Kant no Brasil**. 1949.

\_\_\_\_\_. **Obras políticas**. Brasília: Edu-Unb. 1983.

SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. **Ética**. 37. ed. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 2017. 304 p.

SMANIO, FABRETTI, Gianpaolo Poggio, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal: Criminologia, Princípios e Cidadania**. São Paulo: Editora Atlas, 2016. 256 p.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte/BH: Del Rey, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. volume 1. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TODELO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.