

MARCELO BARROS JOBIM

Dignidade Humana e Solidariedade Social:

*Análise valorativa da vedação constitucional à pena de morte
para a compreensão de uma eficácia positiva.*

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE**

Recife, dezembro de 2002

MARCELO BARROS JOBIM

Dignidade Humana e Solidariedade Social:

*Análise valorativa da vedação constitucional à pena de morte
para a compreensão de uma eficácia positiva.*

Trabalho entregue como requisito parcial para
obtenção de título de Mestre em Direito Público,
pela Universidade Federal de Pernambuco, sob a
orientação do Prof. Dr. Eduardo Rabenhorst.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE**

Recife, dezembro de 2002

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Se há um momento mais importante em todo fim de uma etapa, esse é justamente o de reconhecer que não somos sós e de que não fazemos nada sozinhos. Todos nós precisamos uns dos outros e somos constantemente ajudados. É claro que não devemos ajudar esperando ser agradecidos, mas a ingratidão é um dos males que deforma a natureza humana, pois está associada ao egoísmo de quem não reconhece um pequeno apoio e à vaidade de quem pensa que faz tudo por si mesmo.

É por isso que aqui eu devo agradecer a todas aquelas pessoas que contribuíram ostensiva ou anonimamente para esse resultado. Em primeiríssimo lugar, ao espírito de meu pai que sopra na eternidade e à minha mãe que sempre foi e ainda é um esteio com ternura.

Agradeço a todos aqueles seres invisíveis que recheiam nossa mente com idéias para que possamos transmiti-las ao mundo físico.

Agradeço aos meus amigos que de perto participaram dessa jornada, em especial à minha amiga Alline Pedra, cuja personalidade faz jus ao nome. Ao colega Beclaute, pela sua invejável biblioteca, de grande utilidade na hora do sufoco; à Adriana, pelo apoio incondicional; e à Valéria, pelas dicas mais importantes.

Agradeço, com estima, a todos os funcionários que fazem o curso de Mestrado em Direito na UFPE, pela simpatia e por nos lembrar sempre a nossa dimensão humana.

E agradeço, por fim, a todos os professores em cuja imagem eu me espelho para um dia poder ser um pouco de cada um deles, pois o fim de uma etapa é o início de outra e, nessa nova jornada que se anuncia, precisamos ter um referencial para o sucesso.

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho ao meu saudoso amigo Márcio Andrade de Santana, cuja companhia me fez abraçar a causa dos Direitos Humanos, e a todos aqueles que são ou foram vítimas anônimas de nossa insensibilidade, de nossa apatia frente ao sistema criminal de nosso país que, paradoxalmente, é ele mesmo criminoso.

RESUMO

O presente trabalho busca identificar os valores constitucionais que corroboram a vedação constitucional à pena de morte na Constituição brasileira. Iniciamos com uma abordagem sobre a evolução histórica no sentido da humanização da pena, onde analisamos a racionalidade da questão de se considerar o homem delinqüente como titular de Direitos Humanos.

Em seguida, após um breve estudo sobre os direitos fundamentais, propomo-nos a demonstrar os limites da concepção jurídica do direito à vida e suas considerações a respeito da liberdade humana, numa modesta abordagem filosófica.

Procuramos identificar a dimensão positiva de eficácia da norma que veda a pena de morte, desenvolvendo conceitos segundo o constitucionalismo contemporâneo, verificando essa noção positiva quanto aos Princípios Fundamentais da dignidade da pessoa humana e do objetivo fundamental de se construir uma sociedade livre, justa e solidária.

São apresentados dois Projetos de Emenda Constitucional e um de Decreto Legislativo que visam à reintrodução da pena de morte no Brasil. Em oposição a esses Projetos, propomos uma efetiva conscientização da classe política, bem como da própria sociedade, no sentido dos reais valores vinculantes da Constituição.

ABSTRACT

The present work tries to identify the constitutional values that support the prohibition of death punishment in Brazilian Constitution. We start with a discussion about the historical evolution toward humanization of the punishment, where we analyse the rationality of the question of regarding the delinquent man as a holder of Human Rights.

Rather, after a briefing study about fundamental rights, we propose to demonstrate the limits of the juridical conception of right to life and its meanings about human liberty, in a modest philosophical boarding.

We seek to identify the positive dimension of effectiveness of the norm that forbid the death punishment, facing it as fully effective, developing concepts according to contemporaneous constitutionalism and observing this positive dimension as for Fundamental Principles of dignity of human being and the fundamental objective of bulding a free, fair and caring society.

Two Constitutional Amendment and one Legislative Decree Projects are presented. They intend to reintroduce the death punishment in Brazil. In opposite to these Projects, we propose an effective awareness of politicians and the society itself as well, about the real binding values of the Constitution.

*Todos nós, brasileiros, somos carne da carne daqueles
pretos e índios supliciados.*

*Todos nós, brasileiros, somos, por igual,
a mão possessa que os supliciou.*

*A doçura mais terna e a crueldade mais atroz aqui se conjugaram
para fazer de nós a gente sentida e sofrida que somos
e a gente insensível e brutal, que também somos.*

*Descendentes de escravos e de senhores de escravos,
seremos sempre servos da malignidade destilada e instalada em nós,
tanto pelo sentimento da dor intencionalmente produzida para doer mais,
quanto pelo exercício da brutalidade sobre homens,
sobre mulheres, sobre crianças convertidas em pasto de nossa fúria.*

*A mais terrível de nossas heranças é esta de levar sempre conosco
a cicatriz de torturador impressa na alma e pronta a explodir
na brutalidade racista e classista.*

*Ela é que incandesce, ainda hoje, em tanta autoridade brasileira
predisposta a torturar, seviciar e machucar os pobres que lhes caem às mãos.*

*Ela, porém, provocando crescente indignação,
nos dará forças, amanhã, para conter os possessos
e criar aqui uma sociedade solidária.*

*(Darcy Ribeiro. O povo brasileiro: a formação e o sentido do
Brasil, 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 120)*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

Uma opção constitucional	12
1. A tendência à abolição da pena de morte	12
2. Situando o problema	14
3. Resumo de conteúdo	15
4. Metodologia	16

Primeira Parte

CAPÍTULO I

Humanização da pena e Direitos Humanos	19
1.1. O sentido de “Direito Humano”	19
1.2. O período humanitário da aplicação penal	21
1.3. Direitos Humanos do homem delinquente	25

CAPÍTULO II

Direitos Fundamentais: o limite da concepção	
jurídica do direito à vida	29
2.1. Sobre as teorias dos direitos fundamentais	29
2.2. O estar vivo e o ser livre	33

CAPÍTULO III

Princípios fundamentais na Constituição Federal de 1988	
e os valores constitucionais	39
3.1. Dignidade da pessoa humana	42
3.1.1. O valor da pessoa humana	44
3.1.2. A função do princípio da dignidade humana	47
3.2. Solidariedade social	48
3.2.1. Solidariedade e Constituição	50
3.2.2. Conceito de solidariedade social	52

CAPÍTULO IV

A função hermenêutica dos princípios	54
4.1. Noções de interpretação	54
4.1.1. Alguns métodos de interpretação constitucional	57
4.1.2. Concepções modernas	63
4.2. Eficácia: princípios e direitos fundamentais	66
4.2.1. Estrutura das normas constitucionais	68
4.2.2. Distinção entre princípios e regras	70
4.3. Efetividade dos direitos fundamentais	74

Segunda Parte

CAPÍTULO V

Dimensões de eficácia da vedação à pena de morte	80
Eficácia positiva: alcance de uma análise valorativa	83

CAPÍTULO VI

A eficácia positiva quanto ao fundamento constitucional na dignidade da pessoa humana	89
6.1. A justiça da reeducação e o direito ao desenvolvimento	91
6.2. Os projetos na Câmara e suas justificativas	94
6.3. Plebiscito x Dignidade Humana	97

CAPÍTULO VII

A eficácia positiva quanto ao objetivo fundamental de se construir uma sociedade livre, justa e solidária	100
7.1. Distanciamento social e a morte informal	101
7.2. Pelo <i>controle</i> da criminalidade	105
7.3. Cooperação da comunidade na execução da pena	107
7.4. Responsabilidade social em matéria de criminalidade	111

CONCLUSÃO

Uma visão ampla da Constituição	114
--	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 120

Obras Gerais	120
Obras Específicas	123
Livros	123
Artigos (Revistas especializadas)	124
Artigos (Periódicos)	126
Obras Afins	127

ANEXOS

Anexo 1: Projeto de Emenda Constitucional N.º 113/1999:

Propõe consulta popular, mediante Referendo, para a adoção temporária da pena de morte	128
--	-----

Anexo 2: Projeto de Emenda Constitucional N.º 213/2000:

Propõe a alteração do Artigo 60, § 4.º, inciso IV (Cláusulas Pétreas), da Constituição Federal Brasileira de 1988	131
---	-----

Anexo 3: Projeto de Decreto Legislativo N.º 1896/2002:

Propõe a realização de Plebiscito, concomitante às eleições para prefeito de 2004, a propósito da instituição das penas de prisão perpétua para crimes hediondos, quando não seguidos de morte, e pena de morte para os casos de crimes hediondos, quando seguidos de morte, para os reincidentes	134
---	-----

INTRODUÇÃO

Uma opção constitucional

Muito já se tem discutido sobre o tema *pena de morte*, e os argumentos estão sempre sob a órbita do posicionamento a favor ou contra. Este trabalho, no entanto, procura analisar, dentro da opção constitucional pela sua não permissão, o campo de efetividade desta opção na realidade brasileira, bem como identificar os limites materiais que impedem a reforma da Constituição, no sentido de uma reintrodução da pena de morte no sistema jurídico brasileiro, como vem sendo objeto de projetos de Emenda em tramitação no Poder Legislativo Federal.¹

Existe quase uma tradição cultural de não se considerar aquele indivíduo que cometeu um crime como um titular de direitos fundamentais. Talvez, por não se ver nele a dimensão humana que se conserva após a prática de um ilícito penal. No entanto, os direitos fundamentais são, antes de tudo, um reconhecimento do Estado dos seus compromissos para com os jurisdicionados, bem como uma limitação de seus poderes, principalmente aquele que se apresenta na legitimidade do “direito de punir”.

É nesse aspecto que se questiona a legitimidade da aplicação da pena de morte, ainda levada a efeito por nações ditas civilizadas, como é o caso dos Estados Unidos da América, onde a pena de morte é permitida pela Constituição, embora nem todos os Estados a adotem. Mas naqueles em que esta pena foi adotada, as formas de execução são as mais variadas, como a cadeira elétrica, injeção letal e a câmara de gás, métodos que os “especialistas” entendem como os menos desumanos, como a reconhecerem que não existe uma forma humana de matar.

1. A tendência à abolição da pena de morte

Este trabalho pretende analisar os aspectos da ilegitimidade da pena capital à luz dos princípios fundamentais consagrados na Constituição brasileira de 1988, indo ainda mais a fundo quando procura demonstrar a sua carência de fundamentação em um sistema jurídico democrático, através dos limites do *jus puniendi* quanto ao direito à vida.

Abstivemo-nos de partir, nesta Introdução, de um ponto de vista da neutralidade, primeiro porque trabalharemos dentro do contexto constitucional brasileiro no sentido

¹ Ver Anexos no fim deste Trabalho

da não permissão da pena de morte e, segundo, porque existe já uma tendência, na nova ordem mundial, à sua abolição. Entendemos, ainda, que iniciar de uma forma neutra a discussão de um tema que envolve valores como a vida humana, e que da própria evolução do pensamento jurídico podemos extrair os nossos argumentos, seria o mesmo que partir do nada.

Somos da opinião de que é necessário que haja subjetividade, pois a preocupação excessiva com a objetividade leva-nos a concentrar nossa atenção sobre o sistema jurídico perfeito em detrimento do mais importante: uma ciência jurídica evoluída com a educação moral dos executores do sistema (ENGISCH, 1996: 254), bem como o desenvolvimento espiritual dos homens em geral, destinatários das normas.

Fazemos nossa a tentativa do estimado Professor João Maurício Adeodato de compatibilizar uma postura ética com o ceticismo gnosiológico, por ele denominado de “ética da tolerância”, buscando “evitar que as dúvidas quanto ao conhecimento verdadeiro levem a uma indiferença ética ou a posturas negativistas sobre a situação humana no mundo” (ADEODATO, 2002: 3). Vemos essa tentativa de fundamentação ética ser corroborada, no caso em tela, pela tendência universal de se abolir a pena de morte.

Para Cançado Trindade, ao se impor uma interpretação em conjunto do artigo 4 (que trata do Direito à Vida) e seus parágrafos, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos,² revela-se “uma inequívoca tendência restritiva do âmbito de aplicação da pena de morte mesmo nos países em que esta subsiste, de modo que continue se reduzindo até sua supressão final” (CANÇADO TRINDADE, 1999: 359). O parágrafo 3 é enfático ao proibir a pena de morte nos seguintes termos: “3 – Não se pode estabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido”.

Acreditamos, portanto, que essa tendência à abolição é fruto principalmente da idéia humanista da recuperação do criminoso e de que essa recuperação deve ser da responsabilidade da Justiça, enquanto instrumento do Estado. Mas, para isso, na lúcida observação de Patrício Gomes de Sá, “esta Justiça deve, na fase de execução, começar por não se preocupar com o passado nem com o presente, mas com o futuro do condenado, quando regresso” (GOMES DE SÁ, 1971: 49).

² Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto 678, de 1992.

2. Situando o problema

A Constituição brasileira de 1988 consagra a inviolabilidade do direito à vida (*caput* do Art. 5.º) e veda a pena de morte (Art. 5.º XLVII, “a”), salvo em guerra declarada. E esta vedação é garantida ainda por cláusula pétrea (Art. 60, § 4.º, IV), pois “uma constituição que assegure o direito à vida incidirá em irremediável incoerência se admitir a pena de morte”³ (DA SILVA, 2000: 204). O principal objetivo deste trabalho é contribuir com a concepção da ordem constitucional vigente para se identificarem os valores por ela consagrados e que resultaram na não admissão da pena capital.

A impossibilidade de se modificar a Constituição para introduzir a pena de morte no Brasil é quase sempre discutida no aspecto formal da imutabilidade das cláusulas pétreas, o que se confunde com o aspecto material mesmo, quando se preserva os “direitos e garantias individuais”. Porém, a partir dos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição, podemos verificar que os valores positivados pelo Poder constituinte vinculam diretamente tanto os poderes constituídos quanto a própria sociedade nesse sentido.

O principal desafio reside na implementação de uma política de realização constitucional no que concerne a dois fatores que, fazendo parte dos Princípios Fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988, são os eixos deste trabalho:

- a **dignidade da pessoa humana** como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, no sentido do respeito aos direitos fundamentais do indivíduo por parte do Poder Público no seu direito de punir;
- a construção de uma **sociedade livre, justa e solidária** como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, o que implica uma responsabilidade social, no sentido da cooperação da comunidade na execução da pena.

Para completar o entendimento do que pretendemos enfrentar neste trabalho, trazemos aqui dois questionamentos que apontam a meta que queremos atingir. Em primeiro lugar: a não existência de meios oficiais de execução da pena de morte, por si só, corresponde à eficácia do dispositivo constitucional? Segundo: a eliminação da vida de um condenado a uma determinada pena, ou antes, de um réu em fase de julgamento, mesmo por atos ilícitos cometidos pelos agentes públicos, pode ser encarada como uma ofensa à vedação constitucional à pena de morte?

³ Também vemos essa incoerência com relação à ressalva prevista na Constituição.

Parece-nos que essas questões ainda não foram enfrentadas e merecem ser consideradas dentro de um tema tão polêmico e tão emotivamente discutido, e podem ser uma outra via pela qual acreditamos poder chegar a novas conclusões.

3. Resumo de conteúdo

Dividimos o trabalho em duas partes para uma melhor estruturação em capítulos. Na primeira parte, iniciamos, no capítulo primeiro, com uma abordagem sobre a evolução histórica no sentido da humanização da pena, onde analisaremos a racionalidade da questão de se considerar o homem delinqüente como titular de direitos fundamentais. Em seguida, no segundo capítulo, após um breve estudo sobre os direitos fundamentais, propomo-nos a identificar os limites da concepção jurídica do direito à vida e suas considerações a respeito da liberdade humana, numa modesta abordagem filosófica.

No terceiro capítulo, faremos uma análise dos Princípios Fundamentais na Constituição brasileira, bem como sobre os valores constitucionais que inspiram toda a ordem jurídica brasileira. Concentraremos nossa atenção na análise do princípio da dignidade humana e na tentativa de identificar o conceito de solidariedade social, presente nos objetivos fundamentais da República.

Como nos propomos a buscar compreender a eficácia positiva de uma norma constitucional, sob a óptica dos Princípios Fundamentais, mister será fazer um estudo da função hermenêutica destes princípios. Sem nos aprofundarmos no vasto estudo sobre a hermenêutica jurídica, nos limitaremos ao estudo dos princípios no que concerne ao seu papel de vetor exegético das demais normas constitucionais, o que faremos no capítulo quatro. Ainda no mesmo capítulo, mesclamos os conceitos de princípios e direitos fundamentais, tentando delimitar a noção de eficácia e efetividade dos preceitos básicos da Constituição.

No quinto capítulo, abrindo a segunda parte de nosso trabalho, procuramos identificar a dimensão positiva de eficácia da norma que veda a pena de morte, encarando-a como de eficácia plena, desenvolvendo conceitos segundo o constitucionalismo contemporâneo. Seguindo essa noção positiva como uma dimensão de eficácia, procuramos verificá-la, no sexto capítulo, quanto à dignidade da pessoa humana, que tem como corolário a justiça da reeducação do homem delinqüente, analisando seu direito ao desenvolvimento e suas implicações na questão da pena de morte na ordem constitucional brasi-

leira. Sobre este ponto, questionaremos a conveniência da opinião pública em legitimar a discussão em torno da adoção da pena capital na ordem constitucional vigente.

Já no oitavo e último capítulo, faremos a mesma análise da eficácia positiva, agora quanto ao objetivo de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, procurando identificar a noção de cooperação social resultante desse objetivo.

Nosso trabalho traz, ainda, três Anexos: são dois Projetos de Emenda Constitucional e outro de Decreto Legislativo, na Câmara Federal, que visam à reintrodução da pena de morte no Brasil, demonstrando, assim, a atualidade do tema e a importância de nosso estudo.

4. Metodologia

Precisamos, desde já, esclarecer o que queremos dizer quando nos dispomos a fazer uma *análise* valorativa da vedação constitucional à pena de morte. Aurélio Buarque de Holanda assim nos mostra: “**analisar** v.t. Fazer análise de”; e, logo adiante: “**análise** s.f. 1. Exame de cada parte de um todo para conhecer-lhe a natureza, as funções, etc” (FERREIRA, 2001: 41). Pretendemos, assim, estudar o tema pena de morte através das dimensões de eficácia da norma em questão, mas a partir das implicações axiológicas traduzidas nos Princípios Fundamentais da própria Constituição. Trata-se, portanto, de uma abordagem teórica, sem pretensões de analisar as condições de aplicabilidade do Direito, mas, tão somente, de se compreender os vários sentidos da norma.

O que nos motiva o estudo é a flagrante desconexão entre as reiteradas conclusões dos debates acadêmicos no sentido da irracionalidade da pena de morte e a mentalidade, ainda presente na sociedade, ou, ainda mais grave, no meio político, de se ver nessa forma de punição uma solução para os problemas da criminalidade no país.

Entendemos que seja um alheamento intelectual dessa mesma realidade social, bem como das origens, peculiaridades e características tipicamente brasileiras de nossa sociedade. Um excesso de formalismo, tão comum ao pensamento jurídico, nos distancia ainda mais da possibilidade de oferecermos um diagnóstico preciso das mazelas sociais.

É nesse sentido que procuramos fazer uma aproximação entre o pensamento e a realidade. Para isso, após apresentarmos um modesto posicionamento sobre o ponto de vista axiológico, buscamos apontar o aspecto sociológico sobre a criminalidade em nosso país, através não só de conceitos clássicos, como também das conclusões de atentos

observadores da realidade brasileira. Com isso, livramo-nos não só de formalismos, como também de análises superficiais a respeito de nosso objeto de estudo.

Todo trabalho científico deve ter como ponto de partida a observação dos fatos, e é isso que faremos aqui, quando pretendemos demonstrar, diante da realidade dos massacres e execuções sumárias e demais violência informal do Estado, que o que se veda constitucionalmente, ou formalmente, como a pena de morte, é praticado informalmente, comprometendo a eficácia social do Texto Maior.

Dessa forma, os dados empíricos se concentram no esforço de apresentar essa realidade como base motivadora de nosso estudo. Entretanto, para o enriquecimento de nosso trabalho, utilizamos mais especificamente a pesquisa bibliográfica, na qual adotamos o sistema de referência Autor-data, presente no corpo do texto, por entendermos como um método mais apropriado a uma melhor leitura.

Reconhecemos a dificuldade de se estudar, em trabalho tão limitado, as implicações jurídicas de um comportamento tão arraigado nos costumes, como, por exemplo, de um lado, a velha conhecida truculência dos agentes estatais responsáveis pelo labor repressivo penal, e do outro, uma sociedade conivente, e diríamos, até, cúmplice de tais barbaridades. Estes, essencialmente, os dois alvos para onde apontam nossas observações, conscientes de que poderemos aprofundá-las em outras oportunidades.

Primeira Parte

CAPÍTULO I

Humanização da pena e

Direitos Humanos

Porque tive fome, e destes-me de comer: tive sede, e destes de beber: era hóspede, e me recolhestes: estava nu, e cobristes-me: estava enfermo, e visitastes-me: estava no cárcere, e viestes ver-me.

Mateus 25, 35 e 36

1.1. O sentido de “Direito Humano”

Os fatores que levam ao estudo da evolução da aplicação penal se confundem com os diversos temas referentes à própria história da humanidade (NORONHA, 1991: 20), pois nenhuma relação humana é merecedora de maior atenção do que aquela que envolve os conflitos mesmos entre os homens. Do ponto de vista do crime em si, o que torna objeto de relevante estudo são as formas de repressão levadas a efeito pela própria sociedade. No começo, de forma desordenada, prevalecendo a lei do mais forte, e mais tarde com a sistematização do que se convencionou denominar de idéias penais.

É nesse aspecto que, ao se estudar a história do Direito Penal, podemos perceber sempre a alusão às várias fases da aplicação da pena que vão desde a vingança privada até o período humanitário. Entre essas duas fases, encontram-se, ainda, a vingança divina e a vingança pública.

Desde já, notamos que a pena, por muito tempo, perdurou sobre a idéia de vingança (privada, divina e pública). Na primeira fase, o que existia era uma reação do grupo ao qual pertencia o ofendido contra o grupo social do ofensor, caracterizada pela arbitrariedade e pela desproporcionalidade entre ofensa e castigo. Na fase da vingança divina, prevalece a mentalidade de que a punição deveria estar à altura do deus ofendido, devendo ser aplicada com o rigor e a crueldade que a ofensa ao deus exigia. Na vingança pública, a pena possuía, principalmente, o objetivo de intimidar através da severidade e crueldade, para proteger o príncipe ou o soberano.

Cumprir observar a importância da passagem do elemento objetivo do crime para a relevância do elemento subjetivo e, ao lado deste aspecto voluntarístico do crime, identificar, mesmo nas penas severas da fase da vingança divina, a finalidade da pena no sentido de regenerar o criminoso, onde se objetivava a salvação da alma do condenado.

Neste aspecto, vem dos romanos o princípio do *poena constituitur in emendationem hominum*, mesmo não tendo eles a importância no direito penal que tiveram no civil para os outros povos.

Mesmo com uma conotação metafísica de “salvação da alma”, este objetivo demonstrava uma preocupação com o futuro do condenado como alguém não completamente inexistente após a execução. Uma visão precária de continuidade do ser emendável que traz para o Direito discussões em torno de questões morais e axiológicas, base das controvérsias sobre direitos humanos.

É sempre relevante perceber a conexão entre moral e direito, tendo como característica principal a reunião de noções valorativas sobre os conceitos. Não existe, no entanto, um consenso a respeito da definição ou da fundamentação dos direitos humanos, normalmente reduzindo o tema a questões de “necessidades”, “bens básicos” ou “valores fundamentais”.

Diversas expressões são utilizadas pela doutrina: direitos naturais, direitos fundamentais, direitos públicos subjetivos e liberdades públicas. Podemos citar, aqui, a título de ilustração, a definição de Perez Luño (LUÑO, s/d: 48 *apud* ALVARENGA, 1998: 42), para quem os direitos humanos seriam “Um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade, e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.”

Especificamente, no aspecto filosófico, podemos dizer que foi a partir do Cristianismo, com a consagração de uma ordem moral sobre a idéia do valor do homem individualmente considerado, que surgiram efetivamente as bases para uma filosofia no sentido da humanização, não só da pena, como de toda concepção jurídica. Estabelecendo princípios como a separação entre religião e governo,⁴ “a vitória do Cristianismo assinala o fim da sociedade antiga” (FUSTEL de COULANGES, 1975: 304).

Consideramos relevante, antes de adentrarmos no tema, demonstrar, aqui, nosso entendimento sobre como enxergamos a relação entre o Direito e a ética cristã que, para nós, é a fonte filosófica de todos os valores referentes à dignidade humana.

⁴ Esse entendimento é comumente extraído da passagem “A César o que é de César e a Deus o que é de Deus” (Mateus 22, 21); exprime, ainda, um conceito de justiça distributiva: dar a cada um o que lhe pertence.

Uma das máximas mais conhecidas e estudadas nos primeiros anos nas Faculdades de Direito é a que afirma: *ubi societas ibi jus*, que quer dizer “onde está a sociedade, está o direito”. O homem isolado não necessita de regras e seu querer é absoluto. É a partir do momento em que ele se relaciona com outro que seus interesses são relativizados, daí nascer a idéia de Direito como regulador dos contatos humanos.

A ética cristã, por sua vez, tem como base a célebre exortação de Jesus: “Amarás o teu próximo como a ti mesmo” (Mateus 22, 39). Mas quem seria o próximo? O próprio Jesus explica através da famosa *parábola do bom samaritano* em Lucas 10, 25-37, ou seja, o próximo é todo aquele com quem nos defrontamos e que necessita de nossa ajuda. Vivendo isolados, também jamais nos depararemos com o nosso “próximo”, bem como não teremos com quem disputar os nossos interesses.

Essa aproximação entre a regra jurídica e a ética cristã, como se vê, tendo ambas como objeto as relações humanas, ajuda-nos a compreender o sentido do *humano* associado ao Direito, que vem evoluindo desde as Revoluções que deram ensanchas, nos séculos XVII e XVIII, ao desenvolvimento do Constitucionalismo clássico. José Afonso da Silva aponta o pensamento cristão como uma das condições subjetivas ou “fontes de inspiração filosófica anotadas pela doutrina francesa” (DA SILVA, 2000: 177). E faz uma lúcida ressalva quando distingue o pensamento cristão então vigente, quando o alto clero apoiava a monarquia absoluta, do denominado *cristianismo primitivo*. Este, sim, na visão do autor, “continha uma mensagem de libertação do homem, na sua afirmação da *dignidade eminente da pessoa humana*” (DA SILVA, Idem: ibidem – Grifos do autor).

Para nós, esse entendimento se conforma com o período humanitário das idéias penais, tendo o Cristianismo, na sua mensagem original, sustentado toda a transformação no sentido de uma visão cada vez mais humana do Direito, principalmente em matéria penal onde a atuação do Estado requer uma adequada racionalização.

1.2. O período humanitário da aplicação penal

O período humanitário das idéias penais tem como um dos seus maiores intérpretes o filósofo italiano Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria que, em 1764, contando apenas 26 anos, ao escrever o seu famoso livro *Dos Delitos e das Penas*, revolucionou toda a doutrina de Direito Penal.

Assim como dantes fizera Descartes, Beccaria invoca a razão contra a tradição clássica da filosofia escolástica, proclamando pioneiramente o princípio da igualdade perante a lei, estabelecendo ainda limites entre a justiça divina e a justiça humana, bem como entre pecado e crime, atacando a desproporcionalidade entre pena e delito. Quanto à pena de morte, considera esta sem sentido:

A pena de morte não é, portanto, um direito, mas é a guerra da nação contra o cidadão, que ela julga útil ou necessário matar (BECCARIA, 1997: 90).

A evolução das idéias penais, portanto, é marcada principalmente pela passagem da concepção do condenado como objeto de aplicação da pena para a sua atual posição como sujeito de direito. Vale lembrar a expressão de Beccaria, que se referia ao homem delinqüente como um “delinqüente cidadão” (BECCARIA, *idem*: 30). Ademais, o atual crescimento dos ideais de respeito ao indivíduo, e o reconhecimento de seus direitos fundamentais, principalmente no aspecto da dignidade humana, trouxeram todo um ideal político-jurídico de reforma do sistema repressivo, mas que ainda se desenvolve muito lentamente.

No que se refere às penas de um modo geral, por serem substancialmente um ataque a bens jurídicos garantidos pelo Estado, a sua classificação mais comum é quanto ao bem jurídico afetado. Nesse sentido, para citar alguns exemplos, temos as penas corporais, que atingem a integridade física do apenado e as penas privativas de liberdade, que, como o próprio nome indica, privam o apenado do seu direito à liberdade.

Questionaremos, no capítulo seguinte, a classificação da pena de morte entre as penas corporais, no aspecto da compreensão do elemento vida como algo além do corpo e, portanto, não podendo ser alvo de uma “pena corporal”, no sentido meramente físico.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 deu início a uma nova concepção para a atuação do Estado, substituindo a Monarquia absoluta pelos ideais do Estado liberal burguês. Porém, essa substituição não representou ainda um atendimento das necessidades das classes menos favorecidas, que continuaram à mercê da dominação da burguesia promotora da Revolução Francesa, que havia conquistado a liberdade frente ao soberano, inspirada no direito natural racional, mas que, por sua vez, adotava uma nova forma de dominação que se anunciava: a ditadura da legalidade.

Em verdade, o reconhecimento no indivíduo de seus direitos universais só foi possível, paradoxalmente, após os massacres da Segunda Grande Guerra, com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Numa referência específica a esses direitos, que se positivam numa sociedade organizada através dos denominados Direitos Fundamentais, entendemos que seu papel, como um dos sentidos do Racionalismo Jurídico, é a **positivação dos valores humanos**, a partir do potencial de cada ser humano mesmo, enquanto cidadão e enquanto indivíduo titular de direitos universais.

Para tanto, a Constituição, aqui, possui uma importância considerável neste processo de positivação desses valores, bem como no reconhecimento desses direitos como imprescindíveis para o aperfeiçoamento da pessoa humana e para seu progresso, tanto social como individualmente. Analisando o Direito em seus múltiplos aspectos e partindo-se de uma conceituação genérica, na qual se diz que ele é um instrumento que regula a conduta humana, valorando-a, deve-se concluir que a *norma* está no Direito (como um instrumento regulador), o *fato* está na conduta humana e o *valor* está no próprio homem (REALE, 1999a: 29), caracterizando a essência do conceito de dignidade humana. Valor esse condicionador de todos os demais valores (TALAMINI, 1995: 187).

Esse progresso individual, como veremos mais adiante, é garantido pelo reconhecimento da liberdade como um processo de evolução do espírito. Verifica-se, então, uma correlação da temática dos Direitos Fundamentais com as questões de Direito Penal, no tocante principalmente à aplicação de penas.

Falaremos mais adiante sobre a dignidade humana, mas, antes, queremos dizer que não entendemos, como José Afonso, a dignidade da pessoa humana como o “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os outros direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (DA SILVA, 2000: 109). O próprio autor, na mesma obra, refere-se ao direito à vida como “matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem” (DA SILVA, idem: 822). Essa mesma expressão é utilizada por Adriano Pilatti, Assessor Legislativo da Câmara dos Deputados em 1991, em parecer solicitado pelo então deputado Sigmaringa Seixas sobre, entre outros temas consultados, a admissibilidade da adoção da Pena de Morte. Na oportunidade, o ilustre Assessor qualifica o direito à vida como “matriz lógica e biológica de todos os demais direitos” (PILATTI, 1991: 6).

Resta patente que o próprio direito à vida, sim, não só atrai como contém em si todos os demais direitos fundamentais, pela razão óbvia de ser o pressuposto do existir. Sem vida não há liberdade, sem liberdade não há vontade, sem vontade não há ação humana, e sem ação humana não há sequer o Direito, que não pode ter como ponto de partida premissas especulativas que se verificam como um “construcionismo antifenomenológico” (CÓSSIO, 1987: 149).

Portanto, vemos não só que a proteção à Vida é o valor supremo a ser positivado, como também que o Estado, ao aplicar a pena de morte, afeta, de uma só vez, todos os direitos fundamentais do homem em um só indivíduo.

A pena, há muito, deixou de ser vista como uma manifestação divina, atributo de um poder onisciente e, portanto, infalível. Desde que a humanidade descobriu a Razão, não só as suas instituições, como a própria forma de ver o mundo, tornaram-se resultantes de uma construção racional, contudo imperfeita, uma vez que “as idéias são confusas em nós porque não somos totalmente perfeitos” (DESCARTES, 1999: 44).

Ora, a pena, sendo um objeto cultural, não pode jamais perder a sua noção de falibilidade inerente a qualquer ato humano. A pena, objeto do Direito, é tão falível quanto este, que é “fruto das concepções humanas, é falho e imperfeito como imperfeitas e falhas são as instituições da humanidade” (ROSE, 1991: 45). No nosso caso específico, a pena de morte reclamaria uma inexistente presunção de infalibilidade do processo penal. Toda aplicação da pena, sendo falível, deve ter um mecanismo de reparação estatal. A Constituição brasileira, ao vedar a pena de morte, está sabiamente reconhecendo essas limitações.

Nesse sentido, é forçoso reconhecer que a pena de morte torna impossível não só a recuperação do condenado culpado, como também impossibilita os meios de reparação para o condenado inocente, e isso já bastaria para demonstrar a sua completa inutilidade.

O despropósito da pena de morte reside ainda na idéia que seus defensores sustentam de que se deve matar para se evitar que se cometam novos crimes. Mas não existe pena preventiva, pois não se pune pelos crimes que poderão ser cometidos. Se há um caráter preventivo na pena, esse é abstrato e genérico, presente no fator repressivo que supostamente inibiria criminosos em potencial. Mas, mesmo nesse sentido utilitário da pena, podemos chegar a um verdadeiro “terrorismo penal onde o ser humano, mais espe-

cificamente o condenado, é utilizado como um meio para se conseguir um fim”, representando uma “gritante ofensa à dignidade humana” (TORON, 1993: 278).

Em verdade, portanto, pune-se o indivíduo concreto pelo crime factualmente cometido, com o fim de que esse mesmo indivíduo não volte a cometer novos crimes. Nasce, aqui, o núcleo do conceito racional da pena como processo, e a própria expressão *pena de morte* se torna contraditória, pois, na lúcida observação de Miguel Reale, “o conceito de pena e o conceito de morte são entre si lógica e ontologicamente irreconciliáveis e que, assim sendo, ‘pena de morte’ é uma *contradictio in terminis*” (REALE, 1999b: 287).

Quanto a esse aspecto da pena como processo, ainda falaremos quando formos analisar o princípio da dignidade da pessoa humana, com a superação de teses deterministas, no terceiro capítulo. Adiantamos que esse princípio é o mais importante para compreensão de uma eficácia positiva atribuída à vedação constitucional à pena capital.

1.3. Direitos Humanos do homem delinqüente

A necessidade da punição, quando se relaciona com os institutos dos direitos fundamentais, leva à seguinte questão: pode-se considerar o criminoso como titular de direitos na mesma medida do cidadão honesto e respeitador das leis?

Enrico Ferri responderia negativamente, mas ponderando no sentido de que, da mesma forma que a lei penal impõe aos cidadãos que não a violem, também o faz com relação aos seus funcionários que devem respeitar as normas de direito penal processual e de execução, “pelas quais no homem ‘delinqüente’ é punido o delinqüente, mas respeitado o homem” (FERRI, 1999: 132).

Mas isto não se dá por um “filocriminalismo”, na expressão de Ferri, que identificava essa característica em alguns penalistas de seu tempo, como se o homem delinqüente pudesse ter relações jurídicas de igual para igual com o Estado. Na verdade, pelas lições dos séculos passados e pelas sugestões da Ciência penal, o desrespeito, por parte do Estado moderno, das prerrogativas elementares humanas do criminoso já condenado, bem como das garantias individuais referentes à sua defesa, resultaria na deformação da justiça penal e na desaprovação da consciência pública.

E, por fim, conclui o criminalista italiano, afirmando o seguinte: “Não compete nem convém ao Estado suprimir ou corromper no criminoso o que nele há ainda de humano e que na maioria dos casos não é pouco” (FERRI, 1999: 132).

O reconhecimento de direitos fundamentais ao homem delinqüente reflete ainda o ideal cristão de se pagar o mal com o bem, em oposição à natureza vingativa da retribuição penal, caracterizando mais uma vez a influência do Cristianismo no período humanitário das idéias penais:

Tendes ouvido que foi dito: Amarás ao teu próximo, e aborrecerás ao teu inimigo. Mas eu vos digo: Amai os vossos inimigos, fazei bem aos que vos têm ódio: e orai pelos que vos perseguem e caluniam: para serdes filhos de vosso Pai, que está nos céus, o qual faz nascer o seu sol sobre bons e maus: e vir chuva sobre justos e injustos. Porque se vós não amais senão o que vos amam, que recompensa haveis de ter? Não fazem os publicanos também o mesmo? (Mateus 5, 43-46)

Como dizíamos na Introdução deste trabalho, existe quase uma tradição cultural de não se considerar aquele indivíduo que cometeu um crime como um titular de direitos fundamentais. Se já se torna difícil fazer compreender a noção racional de direitos consagrados a criminosos, como tornar aceitável a idéia de “amar os inimigos”?

Muitos encaram os Evangelhos como uma mera diretriz ingênua do bom comportamento e, diante de conceitos aparentemente paradoxais como esse, preferem considerá-los como algo místico e insuscetível, portanto, de uma análise racional. Após fazermos uma pesquisa com o intuito de encontrar uma interpretação apropriada a essa idéia, deparamo-nos com a sobriedade da seguinte exegese espírita:⁵

Amar os inimigos não pode, pois, significar que não se deve fazer nenhuma diferença entre eles e os amigos. Este preceito parece difícil, e até mesmo impossível de praticar, porque falsamente supomos que ele prescreve darmos a uns e a outros o mesmo lugar no coração. Se a pobreza das línguas humanas nos obriga a usarmos a mesma palavra para exprimir formas diversas de sentimentos, a razão deve fazer as diferenças necessárias, segundo os casos.

⁵ Interessante o trabalho do Dr. Fernando Ortiz, Professor da Universidade de Havana, *A Filosofia Penal dos Espíritas*. Ver referência completa na Bibliografia (ORTIZ, 1998).

Amar os inimigos não é, pois, ter por eles uma afeição que não é natural, uma vez que o contato de um inimigo faz bater o coração de maneira inteiramente diversa que o de um amigo. Mas é não lhes ter ódio, nem rancor, ou desejo de vingança (KARDEC, 1996: 152).

Se substituirmos as palavras amigos e inimigos por cidadãos honestos e homens delinquentes, respectivamente, compreenderemos o sentido evangélico aplicado aos direitos fundamentais dos criminosos e a reserva de Ferri, acima mencionada, ao referido tema. Estaremos descobrindo um dos valores da maior relevância em uma sociedade que se pretenda solidária.

Cabe aqui a precisa observação do psicanalista Contardo Calligaris: “Com a psicanálise, aprendemos a considerar que mesmo os loucos são feitos do mesmo tecido nosso, apenas sofrem eletivamente de tal ou qual elemento ou traço que está em cada um. Por que nossa compreensão pararia diante do assassino ou do estuprador? Naturalmente, quanto mais compreendemos o mal, tanto menos podemos puni-lo radicalmente”. E finaliza o autor: “Em algum lugar, um dia, será preciso que a gente consiga situar o mal como inimigo”. (CALLIGARIS, 1998). Compreender cada vez mais o mal e situá-lo como inimigo, despersonalizando-o da figura do homem delinquente, esse o desafio de uma sociedade civilizada.

Semelhante é o pensamento do Professor Fernando Ortiz que, ao discutir a questão da pena de morte, comenta que “a menos que se tenham em conta motivos de vingança na reação social contra o delito, não há razão científica para raciocinar de um modo contra o delinquente, e de outro contra o enfermo incurável e contagioso” (ORTIZ, 1998: 165).

Como veremos mais adiante, existe uma distinção entre o elemento concreto e o elemento abstrato no homem, o que se traduz pelo conceito de corpo e espírito, respectivamente. A analogia feita acima nos parece que pode ser assim resumida: enquanto o “enfermo incurável” possui seu *corpo* doente, o delinquente, por sua vez, padece de um mal no *espírito*. E, aqui, citamos, mais uma vez, Kardec: “Se um homem tem o instinto de assassinio, é seguramente o seu próprio Espírito que o possui e que lho transmite, mas nunca os seus órgãos” (KARDEC, 1999: 278).

Pela observação de Fernando Ortiz, na linha de pensamento dos positivistas, um homem pode ser criminoso, com predisposição ao delito pelas características de sua per-

sonalidade, mas não vir a cometer qualquer crime “graças a uma ação favorável do ambiente que neutraliza e amortece a espontaneidade de seus impulsos anti-sociais” (ORTIZ, 1998: 93). E completa o autor, que faz um estudo de filosofia jurídica penal, sob a óptica espírita: “Pode assim, para os kardecistas, estar um Espírito preparado para a delinquência e não cair nas tentações malsãs, pela bondade confortante de um ambiente ativo e moral”.

Pertinente é a opinião de Cristiane Derani, para quem “o conceito de meio ambiente não se reduz a ar, água, terra, mas deve ser definido como o conjunto das condições de *existência humana*, que integra e influencia o relacionamento entre os *homens*, sua saúde e seu desenvolvimento” (DERANI, 1997: 71 – Grifos da autora). Esse entendimento de meio ambiente quanto ao aspecto da coexistência humana, associado ao ideal de desenvolvimento, serve-nos para compreender o aspecto da solidariedade social.

De qualquer sorte, a preservação, portanto, da dimensão humana no criminoso, ou melhor, de sua dignidade como pessoa, implica considerar os seus direitos relativos aos valores da própria natureza humana e que envolvem o direito fundamental ao desenvolvimento e à convivência social (no sentido da ressocialização) que, por sua vez, implicam uma responsabilidade social referente à participação da comunidade na execução da pena.

Mas, para se reconhecer tais direitos do homem delinqüente, é necessário desenvolver uma análise racional da atuação do Estado na esfera comportamental do indivíduo, o que nos leva a uma nova compreensão da liberdade humana. E ainda, no tocante à aplicação da pena de morte, verificar o limite da concepção jurídica do direito à vida, o que nos propomos no capítulo seguinte.

CAPÍTULO II

Direitos Fundamentais: o limite da concepção jurídica do direito à vida

O que é nascido da carne, é carne: e o que é nascido do espírito, é espírito: Não te maravilhes de eu te dizer: Importa-vos nascer outra vez.

João 3, 6 e 7

2.1. Sobre as Teorias dos Direitos Fundamentais

É preciso reconhecer, como nos mostra Bonavides, que a “vinculação dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá, sem óbices, ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana” (BONAVIDES, 1998: 516). Em nosso trabalho, o que nos interessa é a compreensão da dimensão positiva dos direitos e que novas teorias desenvolvem sob o aspecto da atuação estatal e não meramente de sua abstenção.

Essas teorias podem nos ajudar a identificar o papel dos direitos fundamentais em nosso sistema constitucional. Em primeiro lugar, vale lembrar que tais teorias surgem em meados dos anos 70, principalmente na Alemanha, e buscam explicitar se a interpretação dos direitos fundamentais pressupõe ou não uma teoria pertinente a esses direitos que propicie compreensão lógica, global e coerente dos seus princípios constitucionais.

Na tentativa de se evitar um excesso de abordagem teórica e encarar o tema sob um ângulo mais dogmático, procurou-se desenvolver uma metódica mais rígida de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, principalmente no que toca ao surgimento de teorias sistêmicas, com uma abordagem estrutural das normas constitucionais.

Robert Alexy, ao desenvolver uma teoria dos direitos fundamentais da Lei Fundamental, diz que é uma “teoria do direito positivo de uma determinada ordem jurídica, uma teoria dogmática”, mas encarando-a amplamente sobre três dimensões: analítica, empírica e normativa (ALEXY, 2001a: 29).

Contribuindo para uma abordagem global das distintas posturas que condicionam a interpretação dos direitos fundamentais, essas teorias reúnem, muitas vezes, classificações díspares que envolvem categorias político-normativas e teórico-doutrinárias.

Entre elas, estão as teorias do Estado liberal de direito, do Estado social de direito, a axiológica, a institucional e a democrático-funcional (BÖCKENFÖRDE, 1974: 1.529-1.538 *apud* BONAVIDES, 1998: 565), que passaremos a analisar sucintamente.

A *Teoria do Estado liberal* surge com a ascensão da classe burguesa, na Europa dos séculos XVII e XVIII. A burguesia possuía um considerável poder econômico, mas pretendia transformá-lo em um efetivo poder político. As Revoluções que marcaram o surgimento do constitucionalismo clássico trouxeram uma ideologia de Estado com o primado na defesa das liberdades públicas.

O indivíduo é o tema central dos direitos fundamentais, prestando-se a assegurar, diante da ameaça estatal, esferas significativas da liberdade individual, que estão especialmente expostas, segundo a experiência histórica, em face do poder do Estado. Em essência, são direitos de autonomia e de defesa perante o Estado.

Fundamentada nas doutrinas do contrato social, recebe, do ponto vista jurídico, forte influência dos princípios de direito natural que são positivados em Códigos e Constituições, bem como são solenemente universalizados em forma de Declarações de direitos. Essas Declarações, em sentido moderno, ultrapassam, e muito, o sentido meramente pactual das “notas de direitos” que surgem na Inglaterra, tais como a Magna Carta (1215), a *Petition of Rights* (1628) e a *Bill of Rights* (1688), para citar as mais importantes.

O Estado liberal inaugura a idéia participativa da cidadania na formação da vontade soberana, exprimindo o pensamento vitorioso de limitação da autoridade e desmantelamento das estruturas autocráticas de poder (BONAVIDES, *idem*: 566), fechando com o período da divinização do direito e abrindo as portas do Racionalismo jurídico.

Com a superação do Estado liberal, no entanto, que via nos direitos fundamentais uma dimensão meramente negativa e de defesa, surge a concepção dos denominados direitos sociais, dando início à *Teoria do Estado social*. Se antes o Estado era o vilão, passa ele a ser agora o grande parceiro das causas sociais. Essa teoria pretende superar o desdobramento entre as liberdades jurídica e real, considerando que a liberdade, mesmo tendo uma visão subjetiva, adquire uma dimensão social, ou seja, que os direitos fundamentais, além do caráter delimitador-negativo, têm também a função de facilitar pretensões de prestações sociais perante o Estado. Ao contrário do *status negativus* dos direitos individuais, os direitos sociais exigem prestações estatais e a imposição de de-

veres ao Estado, devendo-se, para isso, reconhecer uma dimensão positiva dos direitos fundamentais.

Um dos marcos históricos que contribuem para essa mudança de mentalidade é justamente o reflexo da Revolução Industrial, iniciada na segunda metade do século XVIII, na Inglaterra, que traz toda as mazelas de uma sociedade unicamente baseada nos valores de mercado e os abusos cometidos em nome do direito à liberdade e à propriedade privada.

Nesse aspecto, surge a questão dos direitos sociais, que não estão no uso razoável de um direito fundamental, mas na possibilidade do particular gozar das situações de vantagens abstratamente reconhecidas no ordenamento. Portanto, em contraposição ao abstencionismo estatal do Estado liberal, exige-se, para a sua realização, a intervenção estatal estritamente necessária. Tal intervenção caracterizaria a concretização da dimensão institucional dos direitos humanos.

A teoria do Estado social contribui, dessa forma, para a compreensão multidimensional dos direitos fundamentais.

Além dos aspectos individual e social dos direitos fundamentais, reconhece-se, ainda, uma dimensão institucional desses direitos, iniciando, assim, a *Teoria institucional* dos direitos fundamentais. Nessa dimensão, busca-se o quadro, ou a instituição, que vai definir e orientar o sentido, o conteúdo e as condições de exercício dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 1998: 1304).

Nessa teoria estão os pressupostos da linha objetiva, a partir da qual se dá a escalada das novas gerações de direitos fundamentais, pois “É na esfera da reflexão institucional que transcorre a passagem dos direitos individuais aos direitos sociais, com os direitos individuais recebendo a segunda base histórica de sua legitimidade; a primeira fora obra das teses do malogrado Estado Liberal” (BONAVIDES, 1998: 568). Na instituição, além dos direitos fundamentais, estão presentes outros bens de valor constitucional. Dessa forma, os direitos fundamentais mantêm uma relação de condicionalidade com os demais bens constitucionais, cujo conteúdo e limites serão aferidos pelo critério da ponderação de interesses.

Devido a essa passagem dos direitos individuais aos direitos sociais, a instituição e o valor irão entrar nas idéias e nos conceitos “para reformar a fundo o subjetivismo individual do pensamento jurídico cultivado desde a velha escola do direito natural por

juristas abraçados às primeiras teses de universalização abstrata da liberdade” (BONAVIDES, 1998: 568).

Essa teoria apresenta, ainda, uma vertente funcional. Assente no caráter institucional dos direitos fundamentais, vincula-os à realização dos fins prefixados na norma constitucional, infirmando a dimensão aberta e plural dos fins e funções constitucionais.

Dentro da óptica de Rudolf Smend, com seu método interpretativo da Constituição denominado “científico-espiritual”, que busca um processo de integração da ordem jurídica do Estado (SMEND, 1955: 189 *apud* BONAVIDES, *idem*: 436), surge, ainda, uma teoria dos direitos fundamentais, baseada na ordem dos valores.

Na *Teoria axiológica* dos direitos fundamentais, estes se inserem no processo integrativo da ordem estatal, caracterizando a própria realidade política. A função integradora dos direitos fundamentais se traduz na sistematização do conteúdo axiológico-objetivo do ordenamento democrático, fixando os valores básicos da comunidade dentro de um sistema normativo.

A crítica que se faz a essa teoria é que ela conduz a uma ordem ou hierarquia de valores, de modo um tanto subjetiva, sem respaldo de critérios ou de medidas de relevância objetiva. Outro aspecto, é que ela poderia levar a uma interpretação dos direitos fundamentais de modo intuitivo, redundando em uma tirania de valores.

Por fim, a *Teoria democrático-funcional*. Resumidamente, o que podemos dizer da teoria democrático-funcional é que ela é baseada na noção de direitos fundamentais na sua função pública e política. Tais direitos só poderiam atingir seu significado ideal quando relacionados a fatores constitutivos e garantidores do livre processo de produção democrática do Estado e do processo de formação de vontade política.

Nesta teoria, como diz Canotilho, “acentua-se particularmente o momento teleológico-funcional dos direitos fundamentais no processo político-democrático” (CANOTILHO, 1998: 1306), onde o exercício dos direitos é, também, um dever, dado o seu conteúdo e alcance, havendo, ainda, uma “despersonalização-funcionalização” dos direitos para se tentar salvaguardar a ordem que os reconhece.

Como pretendemos demonstrar aqui, os direitos fundamentais possuem dupla perspectiva (objetiva e subjetiva), revelando várias e diversificadas funções na ordem jurídica. Isso quer dizer que esses direitos não se reduzem à mera dimensão subjetiva ou apenas à função de proteção da esfera livre e individual do cidadão.

Na verdade, a constatação da multifuncionalidade dos direitos fundamentais não constitui nenhuma novidade. Como observa Ingo Wolfgang Sarlet, a despeito dos importantes desdobramentos que se vinculam às perspectivas subjetiva e objetiva, identificadas pela doutrina moderna, essa multifuncionalidade “pode ser reconduzida à doutrina dos quatro *status* de G. Jellinek, do final do século passado” (SARLET, 2001: 157).

É em Robert Alexy (ALEXY, 2001a: 247-260) que encontramos a leitura dos *status* de Jellinek, principalmente o *status positivus*, que tem maior relevância num Estado Democrático e que contribui para a compreensão de uma dimensão positiva de eficácia dos direitos fundamentais, mesmo para aqueles que correspondem aos denominados direitos de defesa do indivíduo, em face do *jus imperii* do Estado.

Existiriam, portanto, quatro *status*, que seriam uma espécie de situação na qual se encontra o indivíduo e que qualificariam sua relação com o Estado (JELLINEK, 1905: 83 *apud* ALEXY, *idem*: 248). São eles o *status subjectionis*, no qual o indivíduo está subordinado aos poderes estatais; o *status negativus*, que consiste numa esfera de liberdade individual perante o Estado; o *status positivus*, que complementa o segundo, assegurando ao indivíduo a possibilidade jurídica de utilizar as instituições do Estado e exigir deste determinadas ações positivas; e, por fim, o *status activus*, referente a possibilidade do indivíduo participar ativamente da formação da vontade estatal.

As teorias dos direitos fundamentais enriquecem o sentido positivo e normativo dos direitos fundamentais, principalmente quando levam à compreensão da multifuncionalidade desses direitos, fazendo com que as normas positivas acompanhem a universalidade e o dinamismo da sociedade em constante evolução.

2.2. O estar vivo e o ser livre

A análise sobre as teorias dos direitos fundamentais não nos livra da preocupação sobre a formalidade do Direito em si, que é basicamente discutido dentro da natureza lingüística das normas jurídicas, mesmo naquelas que trazem em seu conteúdo alguns preceitos caracterizados como *fundamentais*, tendo por exemplo o direito à vida. Nesse sentido, os temas jurídicos quase sempre são reduzidos ao aspecto formal da linguagem. Na observação precisa de Calmon de Passos,⁶ “o Direito tem a fragilidade de ser linguagem e a perversidade de ser decisão”. Essa decisão, por sua vez, recai sobre valores hu-

⁶ Palestra realizada no II Congresso Alagoano de Direito Público, de 27 a 30 de maio de 2002, em Maceió.

manos de fundo e de conteúdo e não mais de forma. Ou seja, o Direito tem o aspecto ambíguo de ser linguagem, enquanto forma; decisão, enquanto conteúdo.

Além das intermináveis discussões sobre a subjetividade do juiz em uma lacuna da lei, ou num labor interpretativo, deve-se ainda questionar a respeito dos princípios que o próprio legislador atua na descoberta do Direito (ENGISCH, 1996: 307). As questões muitas vezes levantadas sobre a metajuridicidade podem ser confundidas, ou reduzidas, ao caráter multidisciplinar dos temas jurídicos. O *jurídico* não é um conceito autônomo, ele está vinculado a temas diversos.

O problema da relação entre Lei e Direito se transforma em um tema “vincadamente filosófico-jurídico” (ENGISCH, idem: 381) e reflete uma crise de existencialidade humana profunda, com respaldo em valores e objetivos humanos.

O que tentamos demonstrar é que um dos obstáculos ainda não superados pela doutrina jurídica, principalmente em Direito Penal, é a concepção da Vida humana como um bem meramente jurídico, no seu sentido biológico, do ponto de vista puramente corpóreo, e a sua desconsideração como algo mais, ou seja, como parte integrante das propriedades da alma, distinta do corpo, no sentido analisado por Descartes (DESCARTES, 1999: 53). Como prova disto, temos, dentro do estudo das classificações penais, um despropositado enquadramento da pena de morte entre as penas corporais.

Ora, essa classificação doutrinária, como vimos no primeiro capítulo, é definida quanto ao bem jurídico atingido pela pena, que, nesse caso, seria a integridade física, e que teria como único elemento o corpo. Teríamos, então, como exemplo, as penas de castigos físicos, como a tortura e o açoite, já reprovados pelo sentimento coletivo.

Acontece que a pena de morte não atinge simplesmente o corpo (pena corporal), sendo este um intermédio para se atingir a Vida, que, por sua vez, não nos foi concedida pelo Estado que tem, apenas, o dever de proteger e de preservar a dos seus cidadãos.

É importante frisar que estamos nos referindo aqui, no que concerne ao tema pena de morte e direito à vida, àqueles valores que condicionam toda a ordem jurídica, “até para que se defina se é legítimo um poder constituinte originário instaurar a pena de morte” (TALAMINI, 1995: 182).

Partindo de uma constatação da “*máxima essencialidade* que possui a vida humana”, Eduardo Talamini observa que “a vida, mais do que objeto de direito, *constitui* o próprio sujeito de direito”, sendo não só imprescindível para que ele exista, mas sendo

ela mesma a própria existência. O autor aponta esta como “a diferença radical entre a pena de morte e outras sanções: ela recai exclusivamente sobre o sujeito, que, então, torna-se, exclusivamente objeto” (TALAMINI, *idem*: 184).

O que se pretende demonstrar é que a antijuridicidade da pena de morte reside na própria idéia de juridicidade relativa do bem Vida, pois ele não deveria entrar no Contrato Social como algo posto à disposição do soberano (ROUSSEAU, 1999: 43). A vida não é um bem que se tira do homem. Em verdade, assim como o homem está na sociedade, ele “está na vida”; e não a vida está nele. A vida e a sociedade são ambientes existenciais de atuações humanas. Porém, enquanto a vida é um ambiente de existência propriamente dita, a sociedade é um ambiente de coexistência, e é aqui onde reside o diferencial chave para uma nova compreensão.

Para Manoel Carpena Amorim, “A vida e a liberdade, como pressuposto (a primeira) e elemento essencial da personalidade (a segunda), receberam no Direito brasileiro o lugar de primazia decorrente do valor atribuído pela vertente cristã da Civilização Ocidental à pessoa humana” (AMORIM, 1998: 97). Ressalta-se a moral idealizada no Cristianismo como característica típica do Ocidente e especificamente em nosso país, cuja Constituição invoca a proteção de Deus em seu Preâmbulo.

Como vimos anteriormente, nossa posição é no sentido da sintonia entre a ética cristã e o Direito, pelo aspecto comum do relacionamento entre os homens, o que, para nós, inspira a compreensão de um conceito apropriado de Direito humano.

É justamente o processo de inter-relações humanas que faz com que o Estado organize a sociedade dentro dos modais *proibido*, *permitido* e *obrigatório*, regulando, aí sim, o ser livre e não o ser vivo. A partir dessa distinção, pode-se dizer que há duas espécies de liberdade: a natural e a política. No entanto, não há que se falar em um *viver jurídico*. Esse mesmo Estado, por não organizar a vida como faz com a sociedade, não pode, conseqüentemente, ter sobre aquela os mesmos direitos ou poderes que possui, já reconhecidamente limitados, sobre a liberdade dos indivíduos.

O pensar não seria apenas, como era para Descartes, o pré-requisito para existir (DESCARTES, 1999: 38), mas principalmente para ser livre, daí se entender a idéia de que o homem está condenado à liberdade, no sentido de que ela o faz ser responsável por seus atos, uma vez que os cometa no pleno exercício de suas faculdades. No dizer de Sartre (SARTRE, 2001: 678), “o homem, estando condenado a ser livre, carrega nos

ombros o peso do mundo inteiro: é responsável pelo mundo e por si mesmo enquanto maneira de ser”. Além do mais, não vivemos para pensar; pensamos para sobreviver (ORTEGA Y GASSET, s/d: 304 *apud* MACHADO NETO, 1966: 12).

A liberdade, portanto, possui uma conotação política muito mais relevante do que a vida. Explicamos: não é especificamente pelo fato de estar vivo que o homem comete crimes, mas sim por ter a sua liberdade viciada e, na maioria das vezes, corrompida por motivos de ordem sócio-econômica, como, por exemplo, desemprego, analfabetismo, fome, miséria ou distorcidas políticas econômicas e sociais.⁷ Não podemos esperar de quem não tem acesso a uma vida digna, principalmente uma educação adequada, uma vinculação a princípios morais, como o respeito à vida ou à propriedade de um semelhante, tão caros à nossa mente educada e supostamente moralista.

A principal mudança de mentalidade que se propõe aqui está na separação do fator *estar vivo* do fator *ser livre*. O crime, assim como qualquer outra conduta humana, é uma realidade que se desenrola dentro do segundo e não do primeiro fator. O homem não delinque enquanto é, mas enquanto age (PESSINA, 1899: 112 *apud* MAGGIORE, 1951: 233) e o pré-requisito da ação punível é a vontade livre, o que implica uma responsabilidade, surgindo, assim, as condições da imputabilidade. Na lição de Santiago Nino, “Essa responsabilidade por nossos atos, que o determinismo pretende desqualificar, é tanto de índole jurídica como de caráter moral” (NINO, 1989: 273).

Por conotação política, a que atribuímos à liberdade, entendemos o fato de que a liberdade seria objeto de controle do Estado de uma forma muito mais ampla do que seria com a vida, a qual o Estado só se limitaria a proteger. A liberdade, por seu turno, é mais merecedora de condicionamentos, apesar de não se entender isso como uma repressão, mas, sim, como uma análise de como se desenvolver uma política de aproveitamento da liberdade humana. Não a liberdade política, propriamente dita, ou seja, aquela que é garantida e proporcionada pelo Estado, mas aquela que é própria da natureza humana, aquela que faz com que o homem seja responsável pelos seus atos. *A liberdade política seria, portanto, muito mais do que um mero reconhecimento da liberdade natural, mas um compromisso do Estado de propiciar ao homem um ambiente onde ele desenvolveria as suas potencialidades.*

⁷ Não confundir com as teses deterministas. Aqui, acreditamos que os fatores externos limitam a liberdade, ou influenciam o comportamento do homem na escolha de suas ações.

A vida deve ser vista essencialmente como um bem espiritual,⁸ bem como um ambiente para a evolução no mundo moral, e a liberdade especificamente como um bem jurídico, na condição de um instrumental dessa evolução do espírito, cabendo aqui a afirmativa de Maggiore, segundo o qual, “a liberdade é o mais alto grau da soberania do espírito, que se põe como criadora do seu mundo: o mundo moral”⁹ (MAGGIORE, 1951: 369).

É interessante notar, ainda, que a pena, em se tratando de uma *diminuição, restrição*, ou de uma *privação* de um bem jurídico, ou seja, um ataque parcial com possibilidade de se restaurar o respectivo bem atingido, transforma-se em uma *supressão*, isto é, um fim definitivo, exatamente daquele bem sobre o qual o Estado menos poder deveria ter, como nos parece forçoso concluir.

Explica-se esse argumento fazendo uma análise da relação entre bem jurídico e objetividade jurídica. Percebe-se que o Estado nos concede direitos, assim como a liberdade nos é garantida nos limites de uma convivência pacífica. Estes seriam, como exemplo, os bens tutelados pelo Direito (Estado-juiz) e, ao mesmo tempo, atingidos nos casos das penas restritivas de direitos e privativas de liberdade, respectivamente.

Entretanto, o que dizer de uma pena que não só priva, restringe ou diminui um bem, mas que o suprime e o destrói por completo? Lembrando, ainda, que esse bem é nada menos do que a Vida e que esta é proveniente não do Estado, mas de algo que se encontra além da compreensão dos homens. E não é preciso um esforço de raciocínio para se ter a certeza disso. Como se vê, não se trata aqui de uma invocação a um dogma divinamente revelado, mas de puro exercício intuitivo.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, cabe aqui fazer o seguinte questionamento: qual o bem jurídico atingido no caso da pena de morte?

É um erro no mínimo sutil apontar o corpo como resposta para esta pergunta. Não se pode dizer que a pena de morte é uma pena corporal, simplesmente porque ela não atinge só o corpo. O Homem não é o seu complexo anatômico, mas a sua história, o seu pensamento, a sua vontade, o seu passado e o seu futuro. A vida humana constitui nossa própria existência, tudo quanto fazemos, desejamos e pensamos (RECASÉNS-

⁸ Utilizamos o adjetivo *espiritual* por entendê-lo um termo mais apropriado para definir, em nosso conceito, aquilo que está entre o não ser especificamente jurídico, e o não ser genericamente natural.

⁹ “La libertà è il più alto grado della sovranità dello spirito, che si pone come creatrice del suo mondo: il mondo morale”.

SICHES, 1998:72). Se a doutrina jurídica quisesse realmente fundamentar a pena capital, deveria criar, através de um processo altamente retrógrado, um novo tipo de classificação penal mais de acordo com o bem *jurídico* afetado por essa espécie de pena. Nesse sentido, poder-se-ia especular que a pena de morte não seria classificada, na verdade, como uma pena *corporal*, mas como uma “pena vital”, sendo mais coerente com o bem atingido.

Com a evolução das idéias penais, corroborada pelas modernas teorias dos direitos fundamentais, ao atingir um bem jurídico através de uma pena, o Estado deve garantir a sua futura restauração, sendo a pena aplicada ainda no sentido de reeducar o criminoso. A pena não é vingança, e, sim, um revide de caráter repressivo, proporcional ao mal cometido, mas com o intuito de se dar um tratamento que seja capaz de recuperar o agente do crime. Na pena de morte essa recuperação é simplesmente impossível.

A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, em seu artigo 4, consagra o direito à vida como um direito fundamental e *inderrogável*, e no parágrafo 4(3) proíbe definitivamente o estabelecimento da pena de morte nos Estados Partes que já não a aplicam (CANÇADO TRINDADE, 1999: 359). Isso nos leva a sustentar que o direito à vida só pode ser entendido como um bem jurídico, dentro de uma análise do Direito Positivo, no limite de sua proteção pelo Estado, não devendo ser, conseqüentemente, objeto de aplicação penal.

CAPÍTULO III

Princípios fundamentais na Constituição

Federal de 1988 e os valores constitucionais

Então chegando-se Pedro a ele, perguntou: Senhor, quantas vezes poderá pecar meu irmão contra mim, para que eu lhe perdoe? Será até sete vezes? Respondeu-lhe Jesus: Não te digo que até sete, mas que até setenta vezes sete vezes.

Mateus 18, 21 e 22

A Constituição é elaborada por um poder de natureza política que visa dar legitimidade a uma nova ordem estabelecida. Por sua característica incondicional e autônoma, o Poder constituinte consagra os valores de uma sociedade e os dispõe em um diploma jurídico fundamental. Em se tratando de uma Constituição rígida, esses valores serão protegidos ou por uma técnica diferenciada de modificação ou pela previsão de um núcleo imutável que conserva determinados preceitos fundamentais enquanto for vigente a nova ordem constitucional.

É interessante observar que, sendo a Constituição um texto jurídico, ela fixa, ao mesmo tempo, a constituição política de um Estado. Procura-se, portanto, explicar como na constituição criada pelo Poder constituinte se produz uma nova fixação jurídica de uma ordem política e, simultaneamente, se compreende a ordem política como uma ordem jurídica.

Parece-nos que os Princípios Fundamentais estão justamente nesse campo indefinido, pois são efetivamente normas jurídicas e, ao mesmo tempo, são os elementos da Constituição que mais possuem uma natureza política e axiológica. Como veremos, os princípios exercem um papel diferente do das regras no interior de um sistema de normas. Estas, as regras, na sua especificidade, regulam as relações jurídicas que se enquadram perfeitamente na descrição de seu suporte fático, enquanto que aqueles, os princípios, na sua generalidade, funcionam como otimizadores do sistema jurídico de normas e servem, com isso, para conservar a Constituição. O sentido dos valores positivados pelos princípios, na sua flexibilidade semântica, muda, acompanhando a evolução da sociedade.

Não vamos enfrentar, agora, a clássica distinção entre regras e princípios. Antes, procuremos entender este último como um dos mais importantes conceitos do constitucionalismo contemporâneo. O Professor Ivo Dantas, fazendo um estudo sobre o significado da palavra *Princípio*, chega à definição de que

PRINCÍPIOS são categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativas dos valores consagrados por uma determinada sociedade (DANTAS, 1995: 59).

Para José Afonso, “Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas” (DA SILVA, 2000: 96), e citando Canotilho e Vital Moreira, completa: “são ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem *valores e bens* constitucionais” (CANOTILHO & MOREIRA, 1991: 49 *apud* DA SILVA, *idem*: *ibidem*).

Outra definição precisa é de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o princípio “é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e *servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo*, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” (MELLO, 2000: 747 – Grifos nossos).

Na Constituição Federal de 1988, os princípios Fundamentais estão dispostos no Título I, nos quatro primeiros artigos. O artigo primeiro, na simplicidade de seu enunciado, estabelece a Forma de Governo (República), a Forma de Estado (Federativa) e o Regime de Governo (Estado Democrático de Direito).

Na esteira do pensamento que concebe os princípios como a viga mestra do Poder político, determina, ainda, nos incisos, os fundamentos da República Federativa do Brasil, trazendo, em seu parágrafo único, o princípio da Soberania Popular. Assim estão dispostos os *fundamentos da República Federativa do Brasil*:

Art. 1º - *omissis*:

- a) a soberania;
- b) a cidadania;
- c) a *dignidade da pessoa humana*;

- d) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- e) o pluralismo político.

O artigo segundo estabelece a técnica clássica da separação dos poderes, sendo seguido, no artigo terceiro, pelos *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*. São eles:

Art. 3.º - omissis:

- a) *construir uma sociedade livre, justa e solidária;*
- b) garantir o desenvolvimento nacional;
- c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- d) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

E, por fim, o artigo quarto enumera os princípios que regem as relações internacionais do Estado Brasileiro.

Quanto aos objetivos fundamentais da República, é essencial perceber que os princípios constitucionais, além de seu aspecto fundamental, possuem uma *dimensão funcional* de programa de ação, uma função dirigente e impositiva, portanto. Impõe tarefas e programas aos poderes públicos que devem, de qualquer forma, buscar a sua concretização, pois essas tarefas são imposições normativo-constitucionais, núcleo de uma *Constituição dirigente* (CANOTILHO, 1994: 166).

Essa observação é muito importante para quando formos analisar a função hermenêutica dos princípios, pois, como pretendemos demonstrar, os princípios fundamentais, enquanto fundamentos vinculantes de conduta, pautam não somente a ação do legislador constituído, mas também do administrador, do juiz e de todas as pessoas, físicas e jurídicas, privadas ou públicas, que compõem a sociedade política.

Como se vê pelas definições que pudemos apresentar, os princípios têm estreita relação com os valores fundamentais da sociedade política, trazendo estes do mundo moral para o deonticamente exigido. Robert Alexy estabelece a diferença entre princípios e valores, ao afirmar que eles são de caráter deontológico e axiológico, respectivamente (ALEXY, 2001a: 147).

Podemos dizer que os Princípios Fundamentais, portanto, são normas que carregam em si mesmas um valor. Esse valor é que vai ser a base, ou a consistência¹⁰ de toda ordem jurídica nacional. Com a relevância do princípio do Estado Democrático de Direito, e coerente com ele, é que salientamos, neste trabalho, o fundamento da República Federativa do Brasil na dignidade da pessoa humana e seu objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

3.1. Dignidade da pessoa humana

Já falamos superficialmente, no primeiro capítulo, o que pensamos sobre a dignidade humana, quando dizíamos que o direito à vida lhe seria um bem superior. Entretanto, aqui, pretendemos tratar do tema voltado para a ordem constitucional vigente em nosso país, numa tentativa de demonstrar a vinculação normativa oriunda dos valores estabelecidos na Constituição de 1988.

Não é fácil falar sobre a dignidade da pessoa humana, mesmo no campo específico de normas positivas, sem sermos levados a conceitos abstratos e de cunho filosófico. Trata-se de um valor por excelência e como tal deve ser encarado. O conceito de pessoa, como categoria espiritual, como subjetividade, que possui valor em si mesmo e fins absolutos, titular de direitos fundamentais face ao Estado, é consequência do Cristianismo, como origem da concepção de direitos considerados inatos do indivíduo.

O valor distinto da pessoa humana, uma vez proclamado, terá, como consequência lógica, a afirmação de direitos específicos de cada ser humano e o reconhecimento de que, na vida social, o homem não se confunde com a vida do Estado.

Miguel Reale apresenta três concepções de dignidade: o individualismo, o transpersonalismo e o personalismo (REALE, 1996: 77). O primeiro caracteriza-se pelo entendimento de que cada homem, cuidando de seus próprios interesses, estará garantindo, indiretamente, o interesse coletivo. O transpersonalismo, oposto ao individualismo, vê na realização do bem coletivo a salvaguarda dos interesses individuais. A dignidade hu-

¹⁰ Preferimos a expressão *Consistência* a *fundamento* ou *base*. Estas, inspiradas no modelo da Física mecanicista foram superadas pelos conceitos holísticos quânticos que dão uma idéia de organicidade e inter-relação. Para Capra, “a visão de mundo clássica e mecanicista teve de ser abandonada no começo do século [séc. XX], quando as teorias quântica e da relatividade – as duas teorias básicas da Física moderna – levaram-nos a adotar uma visão mais sutil da natureza, holística e ‘orgânica’” (CAPRA, 1983:48). Transportando esses conceitos para a Ciência jurídica, os princípios não estariam isolados na “base” da estrutura do ordenamento jurídico, mas seriam, eles mesmos, a sua própria *consistência*, presentes em todo universo normativo.

mana, portanto, realiza-se na coletividade ou na proteção do bem comum. Por sua vez, o personalismo, rejeitando ambas concepções, faz uma distinção entre indivíduo e pessoa, onde aquele é uma unidade em si mesmo e esta uma unidade aberta.

Um importante aspecto do reconhecimento da dignidade humana é quanto à autonomia do ser humano, e a conseqüente responsabilização por seus atos, ao contrário das idéias deterministas. Carlos Santiago Nino, refutando as teses deterministas, faz um interessante estudo sobre o tema e apresenta os seguintes tipos de determinismos (NINO, 1989: 269 e 270):

O determinismo de tipo *ético* é aquele segundo o qual os homens não podem deixar de fazer o bem e quando fazem algo de moralmente errado, o fazem por compulsão. O segundo tipo de determinismo é o *teológico*, que afirma que Deus, sendo onisciente, sabe por antecipação o que os homens farão, implicando, assim, que estes não podem frustrar suas expectativas. O determinismo *lógico* afirma que, dado que um valor de verdade de uma proposição é atemporal, uma proposição acerca do que alguém fará no futuro sempre vai ser verdadeira ou falsa, pelo que o agente não pode alterar esse valor de verdade que a proposição já tinha antes de sua ação. Outro é o determinismo *psicológico*, que vem afirmando que as ações dos homens estão condicionadas por eventos, inclinações ou tendências de índole mental. Já o determinismo *físico* sustenta que nossos atos são resultado causal de fatores físicos, químicos, biológicos (genética, por exemplo) que ocorrem de forma imediata em nosso organismo e mediadamente em outros organismos ou no meio ambiente. Finalmente, temos o determinismo *social*, afirmando que as ações dos homens estão causadas por fatores tais como sua pertinência a determinada classe social, ou o processo de socialização e de educação a que o indivíduo tenha sido submetido etc.

Essas teses deterministas, apresentadas por Nino, parecem desconsiderar a pessoa no seu sentido espiritual, como ser atuante e que interfere no ambiente onde vive e não o contrário. Através delas, cairia por terra até mesmo o sentido da *autonomia da vontade* que inspira as relações contratuais entre os indivíduos. A pessoa humana possui um valor em si mesmo e é a arquiteta de suas próprias conquistas, adquiridas pelo conhecimento, através da Razão, concepção herdada do Cristianismo com a conhecida máxima do “Conhece a Verdade e a Verdade vos libertará”.

Santiago Nino observa, ainda, que os três últimos tipos de determinismo – o psicológico, o físico e o social – parecem representar uma ameaça para a relevância moral da vontade humana. E, após fazer uma breve análise sobre as implicações desses conceitos, levanta a seguinte questão: qual é exatamente a forma em que a tese determinista incidirá na significação moral da voluntariedade? E ele mesmo responde:

A resposta mais óbvia é que tal tese parificaria à voluntariedade humana de uma certa ação de um sujeito com outras propriedades deste sobre as quais não tem controle – como sua estatura ou cor da pele –, já que umas e outras se originariam em eventos que não estariam por sua vez submetidos à vontade do indivíduo. Isto faria que os homens não tenham efetiva liberdade para atuar de outro modo que como de fato o fazem, e que, portanto, não lhes possa atribuir *responsabilidade* por seus atos (NINO, 1989: 272 – Grifo do autor).

Numa observação precisa, após questionar a idéia do determinismo, Santiago Nino refere-se, então, à legitimidade de determinação de responsabilidade jurídica, para a qual o determinismo será ou não relevante segundo a teoria que se adote a respeito da justificação moral do emprego da coação estatal contra um indivíduo, principalmente através da pena. (NINO, idem: 273). E aí, o autor faz uma análise das teorias *preventivas* e *retribucionistas* que procuram justificar a pena, mas que não cabe desenvolver aqui.

Esse entendimento de Santiago Nino parece nos levar à idéia de que a punição estatal é uma consequência racional da dignidade humana, vista como reconhecimento de uma responsabilidade ao homem, em oposição às teses deterministas que, em último caso, são uma visão “autômata” do ser humano, se é que assim podemos nos expressar. Nesse caso, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser traduzido como um “princípio de autonomia da pessoa” (NINO, idem: 297).

3.1.1. O valor da pessoa humana

Resta-nos, assim, considerar um conceito ideal do ser humano, levando-nos à compreensão do sentido de *desenvolvimento da personalidade*, o que contraria frontalmente a idéia de pena de morte. Uma vez que se concebe a pessoa, distinta do indivíduo, como um valor, e o caráter absoluto de seu princípio correspondente, ou seja, o da digni-

dade da pessoa humana, mister concluir que este é o princípio que positiva o valor fundamental da ordem jurídica.

Especificamente quanto ao objeto de nosso estudo, podemos afirmar que os valores, como a dignidade da pessoa humana, servem como limitadores dos sistemas repressivos que envolvem a condenação de uma atitude criminosa e a conseqüente punição de seu agente, que, mesmo assim, não perde os seus qualificativos de dignidade humana. Mas que qualificativos são esses?

O respeito, pelo Estado, à dignidade da pessoa humana não se dá exatamente por uma espécie de “altruísmo estatal”,¹¹ mas sim pelo dever do Estado em reconhecer, no indivíduo, a sua pertinência ao gênero humano e todos os seus desdobramentos, como, por exemplo, o seu caráter evolutivo. Por reconhecer no homem não uma peça que, por circunstâncias predeterminadas, se torna defeituosa e é passível de ser descartada, mas por ver nele um ser livre e responsável por seus atos. Essa responsabilidade, deve-se frisar, justifica a noção genérica de pena. Não o tipo ou intensidade desta. Essa liberdade e essa responsabilidade é que caracterizam a dignidade humana e dão ao ser humano um conceito ideal, que nos leva à compreensão, repetimos, do desenvolvimento da personalidade.

Se existe uma base axiológica que sustenta uma ordem jurídica, essa base é a pessoa humana. O Direito, estruturado em linguagem, é essencialmente estático e as transformações das instituições e regras jurídicas nada mais são do que o resultado da evolução da humanidade, ou seja, da pessoa humana.

A palavra pessoa, e conseqüentemente o conceito expressado por este vocábulo, teve sua sede principal no Direito, deixando agora de lado seu sentido originário de máscara na cena teatral clássica; e conserva a condição de uma das noções básicas no mundo do jurídico (RECASÉNS-SICHES, 1998: 244).

O reconhecimento, pelo Direito, da dignidade da pessoa humana, é a constatação de que o homem é um ser em constante desenvolvimento. Na concepção da ética cristã, com o “Vós sois o sal da terra” (Mateus 5, 13) ou “Sedes vós logo perfeitos, como também vosso Pai celestial é perfeito” (Mateus 5, 48), entendemos encontrar a origem ou a

¹¹ Reportamos à expressão “filocriminalismo” utilizada por Ferri (Ver p. 25 deste Trabalho).

base filosófica desse pensamento. É claro que esses conceitos nos parecem abstratos, mas a noção de um *deus* como paradigma da perfeição é apenas uma forma que, na linguagem religiosa, representa, a nosso ver, todos os valores que a filosofia jurídica tanto procura descobrir para fundamentar o Direito Positivo.

É só no interior de uma sociedade política que podemos aferir o valor da pessoa humana, e bem leciona Miguel Reale ao afirmar que “Se o valor da pessoa humana condiciona a experiência estimativa do homem, é claro que é nos ciclos culturais que se desenvolvem os esforços de realização do humano” (REALE, 1963: 76).

Interessante observar, sobre a relação da dignidade humana com o aspecto dinâmico da personalidade, que, no direito comparado, encontramos o Art. 10, n.º 1, da Constituição da Espanha de 1978, que assim dispõe: “A dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o *livre desenvolvimento da personalidade*, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social” (DA SILVA, 1994: 546).

Já o Tribunal Constitucional alemão declarou que “à norma da dignidade da pessoa humana subjaz a concepção da pessoa como um ser ético-espiritual que aspira a determinar-se e a desenvolver-se a si mesmo em liberdade. A Lei Fundamental não entende esta liberdade como a de um indivíduo isolado e totalmente dono de si mesmo, senão como a de um indivíduo referido a e vinculado com a comunidade” (BverfGE 45, 187 (227) *apud* ALEXY, 2001a: 345).

Contrariando as estimativas modernas e especificamente com relação à criminalidade, é de se lamentar que, nos Estados Unidos, segundo Eric Lotke, “a dignidade humana não está na lista das principais preocupações do sistema criminal”, e “levar em conta a dignidade de um criminoso pode ser considerada uma conduta antipatriótica” (LOTKE, 1998: 39). Talvez, possamos inferir daí, a existência da pena de morte num país que, paradoxalmente, arvora-se como um paradigma da Democracia.

Concluimos esse tópico com a precisa lição de João Maurício Adeodato, para quem “o valor de uma pessoa é sempre intersubjetivo, como dito, vez que só frente a outra pessoa é reconhecida como tal [...] Cada pessoa, cada **espírito pessoal**, é um ponto de contato entre o mundo ideal dos valores e o mundo real, é uma ponte para a **realização** dos valores” (ADEODATO, 1996: 146 – Grifos do autor).

3.1.2. A função do princípio da dignidade humana

Os princípios constitucionais, por seu caráter valorativo, ensejam uma técnica procedimental baseada no método da ponderação de interesses. Mas, como bem observa Daniel Sarmento, esse método não se reduz a uma técnica meramente procedimental, pois “incorpora uma irreduzível dimensão substantiva, na medida em que seus resultados devem se orientar para a promoção dos valores humanísticos superiores, subjacentes à ordem constitucional” (SARMENTO, 2000: 57). O autor afirma, ainda, que “Estes valores estão sintetizados no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que confere unidade teleológica a todos os demais princípios e regras que compõe o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional” (SARMENTO, *idem*: *ibidem*).

Aqui, reside o ponto crucial de nosso estudo, pois define o que vai dar sentido justamente à dimensão positiva de eficácia das demais normas constitucionais, especificamente às que dispõem sobre direitos fundamentais, quando são iluminadas pelo farol exegético dos princípios.

A dignidade humana, portanto, tem uma função precípua de estabelecer os parâmetros de toda atividade estatal, tanto no aspecto negativo quanto no positivo. Ou seja, tanto o princípio serve como uma defesa do indivíduo como limite indeclinável para a atuação do Estado, como também corresponde a um referencial para a atuação positiva do Estado que “tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas” (SARMENTO, *idem*: 71).

O princípio da dignidade da pessoa humana delinea o arcabouço jurídico brasileiro, sendo fonte primária para qualquer interpretação das normas impostas pelo Estado e sintetizando todos os ideais políticos de sua organização, como o princípio republicano, o regime democrático, a garantia dos direitos fundamentais da liberdade e igualdade, enfim, dando uma tônica humanizante ao poder político.

O que vai complementar a concepção da importância da dignidade humana é justamente o valor da pessoa humana que, como vimos, só é mensurado num contexto social. Sustentamos, no primeiro capítulo, que existe uma justa correlação entre o Direito e a ética cristã, e esta correlação está no que existe em comum tanto no aspecto do conflito de interesses, que origina as regras jurídicas, como na solidariedade, que tem seu fundamento nos preceitos evangélicos. Esse ponto em comum é justamente o relacio-

namento humano em sociedade, que traz a necessidade de um certo ordenamento, e este ordenamento, por sua vez, quanto às peculiaridades do valor da pessoa humana, inspira-se pela ética cristã, deve trazer em seu contexto os requisitos da solidariedade social.

Como pretendemos demonstrar, ao lado do princípio dignidade humana, a solidariedade social é um dos valores, ora analisados, que mais contribuem para a compreensão da eficácia positiva da vedação constitucional à pena de morte, pois traz um sentido de participação da sociedade no objetivo de ressocialização do homem delinqüente.

3.2. Solidariedade social

Para falar de solidariedade, do ponto de vista político, recorreremos às lições de autores clássicos, entre eles, Duguit é o que mais nos dá subsídios para a compreensão deste importante valor estabelecido em nossa Constituição.

O ideal de igualdade delineou uma compreensão da necessidade da participação de todos para a consecução de objetivos comuns, o que Aristóteles já vislumbrava de uma forma um tanto precária: “Embora as funções dos cidadãos sejam dessemelhantes, todos trabalham para a conservação de sua comunidade, ou seja, para a salvação do Estado. Por conseguinte, é a este interesse comum, tão importante em uma sociedade, que deve relacionar-se a virtude do cidadão” (ARISTÓTELES, 2000: 48).

Conceitos como “conservação da comunidade” através do trabalho de todos ou “virtude do cidadão” já não são tão estranhos para o pensamento contemporâneo. Para Duguit, “o ponto de partida de qualquer doutrina relativa ao fundamento do direito deve basear-se, sem dúvida, no homem natural; não aquele ser isolado e livre que pretendiam os filósofos do século XVIII, mas o indivíduo comprometido com os vínculos da solidariedade social” (DUGUIT, 1996: 15-16).

Numa compreensão sociológica do Direito, vemos que, para Luhmann, “é necessário ver e pesquisar o direito como estrutura e a sociedade como sistema em uma relação de interdependência recíproca” (LUHMANN, 1983: 15). Essa relação possui também um aspecto temporal, além do material, levando, portanto, a uma teoria evolucionista da sociedade e, conseqüentemente, do Direito.

Evolução e desenvolvimento, por sua vez, são conceitos associados à idéia de movimento (do atual estágio para um melhor), mas, para que haja movimento, é necessário um impulso, ou uma *força*. Aqui, segundo nosso entendimento, é que entra a noção

de Poder. A idéia de um Estado justo e de uma sociedade solidária é o que sustenta a nova ordem política, como dois dínamos propulsores de uma energia dinâmica que conduzem a evolução da humanidade.

Diferente da concepção germânica, que assemelha o poder à *violência*, pela tradução similar da palavra GEWALT¹² (MÜLLER, 1995: 20), vemos que, para que haja desenvolvimento, o Poder só deve ser encarado como Virtude (VIR = vigor, força moral). Daí, a concepção de Montesquieu, ao associar a República ao valor virtude, ao lado da Monarquia: honra; e do despotismo: medo (MONTESQUIEU, 1997: 60-65).

Aristóteles já anunciava que “não basta ter mérito, é preciso ter bastante energia e atividade para estar certo do êxito” (ARISTÓTELES, 2000: 63). Exortando a vida ativa, o pensador grego encontra ressonância ainda em Duguit que, numa relação entre desenvolvimento e liberdade, considera que “a liberdade concebida dessa forma assume um caráter inabalável, pois, nesse sentido, consiste unicamente na *liberdade de se cumprir o dever social*” (DUGUIT, 1996: 28 – Grifos nossos).

Falar de “cumprir o dever social” é falar de solidariedade. Ainda pelas lições de Duguit, vemos que ele considerava que “os grupos sociais sempre existiram e que os homens os integram sem perder a consciência de sua própria individualidade e dos laços de interdependência com os demais” (DUGUIT, idem: 22). Surge a seguinte indagação feita pelo próprio autor: “Que laços são esses?” E ele mesmo responde que se tratam de uma expressão de largo uso, parecendo ainda bastante adequada, apesar do descrédito em que os políticos a lançaram: “A ‘solidariedade social’ é que constitui os liames que mantêm os homens unidos” (DUGUIT, idem: ibidem).

Uma vez que a regra de direito é a mesma para todos os homens, “considerando que impõe a todos a cooperação na solidariedade social, estabelece, contudo, para cada um, deveres diferentes, porque a tendência e o potencial, em cada homem, são diferentes e por isso mesmo *devem cooperar de maneira diferente na solidariedade social*” (DUGUIT, idem: 26 – Grifos nossos).

Na doutrina mais atualizada, vamos verificar que, para Ronald Dworkin, a defesa da própria legitimidade política não está no terreno árido dos contratos, “mas no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes”

¹² Em nota, na página 20, o tradutor Peter Naumann faz a observação de que “O termo alemão utilizado pelo autor é *Gewalt*, que pode ser traduzido por *violência* e por *poder*”.

(DWORKIN, 1999: 250). Acontece que, como o próprio autor observa, a fraternidade é um ideal político, reconhecido pela retórica revolucionária francesa, que ainda não examinamos. Parece ter razão o autor, quando constatamos que poucas obras estão voltadas para a descoberta e conceituação científica desse tão importante fator político das sociedades modernas.

Com estreita relação com a democracia participativa, a noção de sociedade solidária carece de uma merecida atenção no meio acadêmico que a torne cada vez mais compreensível, contribuindo para a identificação de seu real valor.

3.2.1. *Solidariedade e Constituição*

Em primeiro lugar, cumpre fazer a seguinte indagação: seria tecnicamente correto utilizar indistintamente os termos *fraternidade* e *solidariedade* como sinônimos?

A Constituição brasileira de 1988 segue a orientação da Constituição portuguesa de 1976 que, em seu artigo primeiro, dispõe: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na *construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”.

O objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de se construir uma sociedade livre, justa e *solidária*, está disposto no Título I, Art. 3.º, inciso I, da Constituição Federal. Portanto, trata-se de norma positiva e de natureza imperativa. Se admitirmos a identidade conceitual entre sociedade solidária e sociedade fraterna, então esta previsão constitucional está em perfeita sintonia, ainda, com o Preâmbulo do Texto Maior, quando este se refere aos “valores supremos de uma sociedade fraterna”.

A natureza meramente valorativa do Preâmbulo esparge seus conceitos por todo o texto constitucional, dando a tônica interpretativa das normas positivas. Quando associamos a idéia de solidariedade com a de virtude, identificamos um aspecto de compromisso da sociedade frente aos problemas que surgem em seu seio, o que nos leva a considerar a questão da responsabilidade social. Essa noção de responsabilidade, fruto da compreensão dos valores extraídos do próprio sistema, tanto explícita como implicitamente, enriquecem o sentido moderno dos direitos fundamentais que, como vimos anteriormente, alcançam cada vez mais uma dimensão funcional e institucional que requer, para tanto, a participação da sociedade.

Às vezes, o tema solidariedade vem traduzido na palavra *cooperação* ou ainda *colaboração*, como é o caso do Artigo 205 da Constituição quando diz que a educação é direito de todos e que “será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”.

A solidariedade, no seu aspecto de responsabilidade, e conseqüente participação ativa da sociedade nos objetivos de interesse coletivo, aparece ainda nos Artigos 227 e 230 da Constituição que tratam, respectivamente, do dever da família, da *sociedade* e do Estado de assegurar os direitos da criança e do adolescente, e do dever de amparar as pessoas idosas. Antes, vem disposto no § 1.º do Artigo 216, que o Poder Público, “com a colaboração da sociedade”, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro.

A nosso ver, em total harmonia com o ideal de solidariedade previsto na Constituição, vamos encontrar, a nível infraconstitucional, a mesma regra de participação da sociedade. Dessa forma, e utilizando-se do termo *cooperação*, destacamos o Artigo 4.º da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), que dispõe que o Estado deverá recorrer à “cooperação da comunidade” nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.¹³

Vemos, assim, que o sistema jurídico brasileiro, através de um paradigma constitucional da solidariedade social, exige a participação da sociedade em determinados aspectos das atividades políticas. Não se compadecendo com uma expressão estática de democracia, o princípio democrático “é um *processo de continuidade transpessoal*, irreduzível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas” (CANOTILHO, 1998: 283).

Dentro de uma visão ampla do Direito, “a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade *aberta e activa*, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral, liberdade de participação crítica no processo político, condições de igualdade econômica, política e social”. É nesse sentido que Canotilho interpreta os preceitos da Constituição da República Portuguesa que apontam para sua transformação numa sociedade livre, justa e solidária (art. 1.º) (CANOTILHO, idem: ibidem).

Essa democracia participativa, uma vez que dá condições aos cidadãos de interferirem no processo político, através de um sentido de solidariedade, vai criar as premis-

¹³ Entendemos tratar-se aqui de um caso típico de Recepção pela Constituição.

sas que levam à compreensão da responsabilidade social, oposta ao conceito vincadamente paternalista dos direitos sociais.

3.2.2. *Conceito de solidariedade social*

Um outro aspecto importante da questão de uma sociedade solidária, e que vai nos ajudar a definir o seu conceito, é o de sua organização, daí se compreender a formação de instituições sociais com finalidades específicas. O fenômeno institucional é mais amplo e abrangente do que a mera organização sob a forma de *fundações, sindicatos e associações*. O aspecto de grupo ou de união está no centro do institucionalismo. Muitas vezes, a criação ou fundação, mesmo informal, de um grupo operoso de cidadãos pode ser mais eficiente do que uma instituição formalizada.

O Estado incentiva a cooperação da sociedade em muitos aspectos da vida social, como é o caso do projeto “Amigos da Escola” que faz parte de programa de gestão compartilhada do Governo Federal. Por outro lado, cria, por lei, órgãos oficiais que preveem a participação da sociedade. Exemplo é o Conselho da Comunidade que, como veremos adiante, é um dos Órgãos da Execução Penal, previsto no Capítulo VIII do Título III da LEP, e que conta entre seus membros, com “representantes da comunidade”.

A sociedade, portanto, além do imperativo moral de cooperar com os semelhantes, tem, em muitos casos, o dever jurídico, estabelecido constitucionalmente, de participar das atividades de interesse público e possui mecanismos para isso. O eventual contra-argumento de que o ato solidário, naturalmente espontâneo, é incompatível com a idéia de um *dever jurídico* efetivamente não procede, pois, em muitos outros casos, o direito obriga o particular a cumprir determinadas obrigações que possuem maior relevância moral, como, por exemplo, a obrigação alimentícia no Direito Privado.

O incentivo ou a determinação de cooperar faz parte de um dos fins mais importantes do Direito que é o desenvolvimento da pessoa humana, que está intrinsecamente associado ao ideal de dignidade do ser humano.

A concepção de uma *sociedade solidária*, apesar de prevista na Constituição entre os *objetivos fundamentais* da República, ainda não recebeu o merecido interesse pela doutrina. Os conceitos são escassos, apesar de se perceber uma inspiração desse tão importante instituto em algumas transformações do Direito contemporâneo. Dentre elas, citamos a evolução do Direito de Família, que, seguindo a essência da Constituição bra-

sileira vigente, supera uma fase eminentemente patrimonialista e inaugura uma mentalidade de família fundada na afetividade (NETTO LÔBO, 2001).

Essa noção, no entanto, limitada a um ramo do direito privado, deixa a desejar pela falta de um conceito publicístico de solidariedade, principalmente em Direito Penal, onde impera, ainda, uma mentalidade repressiva, tanto nas instituições, quanto na sociedade.

Fechando este capítulo, apresentamos, aqui, o conceito, elaborado por Canotilho, de *política de solidariedade social* que, para o mestre português, designa

o conjunto de dinâmicas político-sociais através das quais a comunidade política (Estado, organizações sociais, instituições particulares de solidariedade social e, agora, a Comunidade Européia) gera, cria e implementa protecções institucionalizadas no âmbito económico, social e cultural como, por exemplo, o sistema de segurança social, o sistema de pensões de velhice e invalidez, o sistema de creches e jardins-de-infância, o sistema de apoio à terceira idade, o sistema de protecção à juventude, o sistema de protecção de deficientes e incapacitados (CANOTILHO, 1998: 483).

Na tentativa de contribuir com a conceituação de tão relevante fator político, arriscaríamos a dizer que, para nós, *solidariedade social é a dinâmica de uma sociedade que, inspirada nos preceitos fraternos, de um ponto de vista ético-político, trabalha em prol de seus próprios membros, incentivada pelo Poder Público, sem cogitar de diferenças de âmbito moral, de classe ou qualquer outra forma de discriminação e orientada pela diversidade das aptidões e dos níveis evolutivos de cada um.*

CAPÍTULO IV

A Função hermenêutica dos princípios

Mas agora soltos estamos da lei da morte, na qual estávamos presos, de sorte que sirvamos em novidade de espírito, e não na velhice da letra.

Rom 7, 6

4.1. Noções de interpretação

Uma das funções mais marcantes dos princípios é a de servirem de referencial para a compreensão das demais normas, tanto constitucionais, como infraconstitucionais. Por isso, precisamos analisar aqui, sem pretensões óbvias de esgotar o tema, algumas considerações superficiais sobre a Hermenêutica constitucional para que possamos entender a metódica de compreensão de princípios constitucionais.

Em primeiro lugar, é preciso ter algumas noções a respeito da *hermenêutica jurídica*. A palavra *hermenêutica*, do grego *hermeneuein*, está associada ao verbo “interpretar” e se relaciona, ainda a Hermes, enquanto portador e mediador de uma mensagem. Vista como ato de interpretar as expressões essenciais da vida humana, a hermenêutica era “uma operação fundamentalmente diferente da quantificação, do domínio científico do mundo natural; porque neste ato de compreensão histórica está em causa um conhecimento pessoal do que significa sermos humanos” (DILTHEY, sem inf. *apud* ALVARENGA, 1998: 74).

A Hermenêutica Jurídica está entrelaçada com as questões do pensamento jurídico, de um modo geral, que recai sobre o seu material indispensável que é a *linguagem*, com todas as suas variações semânticas. Dessa forma, vários métodos são utilizados em busca da compreensão dessa linguagem especializada que visa não a descrever, mas a prescrever condutas e comportamentos. Podemos dizer ainda que a Hermenêutica jurídica apresenta uma peculiaridade importantíssima quando permite interpretar o ordenamento jurídico, dando-lhe um novo significado que, muitas vezes, não foi sequer almejado pelo legislador no processo de elaboração das leis.

Em se considerando a organização legal acrescida de fatos e valores originários e supervenientes ao ordenamento jurídico, a interpretação amplia não só o sentido da norma como de todo o sistema. À Hermenêutica jurídica cabe reconhecer os valores que estão subjacentes à letra da lei e, ainda mais, cuidar para que esses valores continuem

direcionados para a causa do homem e da sociedade. Ela só se justifica quando serve à dignidade humana, pois, não sendo assim, pode não só limitar os objetivos do Estado como justificar verdadeiros absurdos que, uma vez positivados, transformam-se em exploração de natureza econômica, social ou política.

Para evitar esses abusos, um dos recursos é procurar identificar o sentido originário da lei, identificando os valores que inspiraram o legislador no momento de sua promulgação. A questão é se seria possível descobrir esse sentido originário “sem se tornar primeiro consciente da mudança de circunstâncias que separam aquele momento da atualidade” (GADAMER, 1997: 485).

Mas, nem só da busca de um do sentido originário deve se ocupar o intérprete. Outra missão importante é justamente a compreensão dos fins da norma, ou seja, uma análise não do passado, mas uma interpretação visando o futuro, como, por exemplo, o progresso da humanidade.

A norma jurídica, sendo estruturada em linguagem, faz com que a ciência do direito não possa prescindir de métodos eficazes de interpretação da lei como pressupostos de sua justa e correta aplicação. Devemos lembrar, ainda, que interpretar e aplicar são tarefas que, às vezes, se confundem, uma vez que a segunda pressupõe o conhecimento do sentido e do alcance da norma jurídica. Nesse caso, exige-se uma interpretação prévia, justamente o objetivo de nosso trabalho.

O esforço de interpretar as normas jurídicas sempre fez parte dos estudos dos juristas desde que se descobriu que o texto não contém a norma. Destacamos, aqui, a lição de Carlos Maximiliano:

As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra jurídica; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito (MAXIMILIANO, 1994: 1).

A interpretação, portanto, obedece algumas regras e enunciados preestabelecidos pela investigação científica. A ciência que estuda os métodos de interpretação é justamente a Hermenêutica. Em se tratando de interpretação de normas de direito, temos, então, uma Hermenêutica jurídica.

Essa distinção é aceita por Celso Ribeiro Bastos, para quem “hermenêutica e interpretação levam a atitudes intelectuais muito distintas”, pois naquela estamos “tratando de regras sobre regras jurídicas, seu alcance, sua validade, investigando sua origem, seu desenvolvimento etc.”, enquanto nesta não existe esse caráter teórico-jurídico, “mas há de ter uma vertente pragmática, consistente em trazer para o campo de estudo o caso sobre o qual se vai aplicar a norma” (BASTOS, 1997: 21).

Concluimos dessas lições que a interpretação é a aplicação no caso concreto dos enunciados estabelecidos pela ciência hermenêutica, sendo distintas as noções de interpretação de uma norma jurídica e de reflexão sobre as formas pelas quais serão feitas as interpretações jurídicas. O texto normativo é estático e sua aplicação ao caso concreto requer uma constante descoberta dos alcances da norma, visando identificar seu real significado nos diferentes momentos de sua aplicação. A letra da lei permanece, mas seu sentido deve acompanhar as mudanças que o progresso e a evolução cultural impõem à sociedade e esta tarefa é desenvolvida mais exatamente com os princípios.

Semelhantes ao Decálogo bíblico, com seu princípio do *Não Matarás*, por exemplo, que ainda exerce forte influência em sistemas jurídico contemporâneos, os princípios, independente da época em que foram promulgados, serão sempre a matriz interpretativa de todas as normas específicas que surjam com o decorrer da evolução do Direito e da sociedade.

Percebemos, desde já, que a própria Hermenêutica possui uma função essencial no ordenamento jurídico, pois este, por si só, não garante o fim do Direito que é a harmonia social. A Hermenêutica jurídica, no entanto, expande a compreensão do Direito e, para isso, deve estar orientada pelos próprios valores que legitimam o ordenamento jurídico. Valores, esses, positivados na forma de princípios normatizados nas constituições.

Sendo assim, podemos iniciar nosso estudo afirmando que, no princípio, existiu a crença de que, para interpretar, deveria se buscar, antes de tudo, a vontade do legislador, surgindo a noção de uma interpretação literal da norma. Esse pensamento cedeu espaço em virtude da própria dinâmica dos fatos sociais que reagem sobre o direito, bem

como da evolução dos institutos, que exigiram a flexibilidade e o alcance que hoje nos ministram seus intérpretes.

Como fonte principal do direito, a lei aceita vários sentidos, e vigorando indefinidamente, acena com a possibilidade de ter mais de uma interpretação ao longo dos tempos, desde que essa seja racional e que vise o bem comum.

No campo da interpretação das leis, podemos dividir a matéria quanto aos órgãos de que emana. Sendo assim, temos a interpretação autêntica, onde o próprio legislador interpreta, no texto mesmo da lei; a interpretação judicial, feita por juízes ou tribunais; e a interpretação doutrinária, realizada por estudiosos da matéria.

4.1.1. Alguns Métodos de Interpretação Constitucional

Quatro correntes teóricas servem de referência para o estudo dos métodos de interpretação jurídica. A primeira, a Escola da Exegese, que surge com os efeitos da Revolução Francesa, e tendo como consequência mais marcante o Código de Napoleão, postula que o Direito se revela nos textos das leis escritas promulgadas pela Estado. Não haveria lacunas na lei, e não sendo essa suficientemente clara, procurava-se identificar a “intenção do legislador”. O crescimento das demandas sociais, no entanto, faz com que essa Escola entre em declínio, pelo seu excesso de formalismo e distância da realidade social.

A Escola Histórica, fundada por Savigny, no século XIX, via o Direito como um resultado dos acontecimentos históricos. Sendo estes mutáveis, assim como a sociedade, o Direito não poderia ser posto de modo definitivo e a lei deveria acompanhar o desenvolvimento da comunidade. A essa Escola, segue a da Livre Investigação Científica, surgida na França com François Geny, e que propugnava que o juiz pode decidir *praeter legem* e não somente *secundum legem*, porém, jamais *contra legem* (GENY, sem inf. *apud* PEIXINHO, 2000: 25).

Por fim, a Escola do Direito Livre, que surge na Alemanha, em 1906, como reação à lógica do Direito Positivo. Por esta Escola, que teve como precursor Rudolf von Ihering, a jurisprudência podia ter a liberdade de ação sobre determinada matéria tratada na lei, mas sem desrespeitar o conteúdo desta.

Os métodos tradicionais de interpretação estão, a todo momento, sendo utilizados pelo intérprete no trabalho de aplicação da norma no caso concreto. Eles correspon-

dem, principalmente, à estrutura das normas, do ponto vista da linguagem em texto escrito, bem como aos fatores estranhos ao texto.

Dentre os métodos tradicionais de interpretação, encontramos o gramatical, o lógico e o sistemático. A interpretação gramatical enfrenta uma questão léxica (FERRAZ JÚNIOR, 1994: 287), partindo do pressuposto de que a ordem das palavras e seu modo de conexão são importantes para se obter o correto significado da norma. A interpretação lógica, por sua vez, procura buscar uma coerência racional que possibilite a aplicação lógica dentro do ordenamento jurídico (PEIXINHO, 2000: 29). Por fim, se as questões envolvidas são de compatibilidade num todo estrutural (FERRAZ JÚNIOR, 1994: 288), fala-se de interpretação sistemática.

Ainda temos os métodos de interpretação histórico e sociológico. Se, nos três métodos anteriores, ocorriam problemas semânticos referentes aos significados das palavras, aqui “a hermenêutica pressupõe que tais significados são função da conexão fática ou existencial em consideração ao conjunto vital – cultural, político e econômico – que condiciona o uso da expressão” (FERRAZ JÚNIOR, *idem*: 289). O objetivo da interpretação histórica é identificar a *occasio legis* do momento histórico em que a norma surgiu, bem como os condicionamentos sociológicos, daí a nem sempre clara distinção entre os métodos histórico e sociológico.

Para finalizar essa rápida análise dos métodos tradicionais de interpretação, abordamos os métodos de interpretação teleológico e axiológico, que Tercio Sampaio chama de “problemas pragmáticos *stricto sensu*” (FERRAZ JÚNIOR, *idem*: 291). O método teleológico possui como regra básica a idéia de que sempre é possível atribuir um propósito às normas. Consciente da insuficiência do texto da norma, reconhece que “É preciso que a atividade interpretativa seja contextual e concretize a real dimensão da norma, que é proclamar a justiça” (PEIXINHO, 2000: 39). As finalidades da norma são “*telos* axiologicamente postos em relevo” (FERRAZ JÚNIOR, 1994: 291), aproximando os conceitos de interpretação teleológica e axiológica que ajudam o intérprete na captação do sentido da norma, e sua conseqüente aplicação mais próxima da justiça.

Esses métodos, por terem basicamente o texto da norma como objeto do labor exegético, reduzindo-se a uma análise da linguagem, perdem a sua razão de ser quando se está diante de normas da Constituição. A carga valorativa do Texto Magno exige uma

interpretação que transcenda os contextos meramente lingüísticos, e que procure fazer uma análise dos valores positivados pelas normas constitucionais.

Na interpretação de uma Constituição escrita e dogmática não existe, logicamente, uma radical prescindibilidade do texto, até porque os valores se apresentam através dos enunciados normativos. No entanto, os métodos de interpretação constitucional, ao tentarem garimpar os valores do sistema, devem buscar outros recursos ou outras fontes de interpretação.

É comum indicar como interpretação apenas a atividade consciente que se dirige à compreensão e à explicitação do sentido de uma norma, ou seja, de um texto. Mas, “Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...] representam forças produtivas de interpretação”, caracterizando “uma democratização da interpretação constitucional” (HÄBERLE, 1997: 14).

Os métodos tradicionais, portanto, não são suficientes para identificar o sentido de uma norma constitucional, exigindo uma “Abertura para uma Metodica Estruturante” (CANOTILHO, 1998: 1125). Para isso, surgem novos métodos e novos princípios específicos de interpretação constitucional.

Sendo a Constituição um dispositivo jurídico que positiva os valores da comunidade, através dos princípios constitucionais, estes princípios é que vão dar a tônica de toda tarefa interpretativa. Nasce, com esta concepção, a *Jurisprudência dos valores*. Como observa Bonavides, “A jurisprudência dos princípios, enquanto ‘jurisprudência dos valores’ domina a idade do pós-positivismo” (BONAVIDES, 1998: 256).

Os princípios embasam as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte, expressando os valores superiores que dão sustentação à organização do Estado e servindo como linhas mestras que deverão orientar a atuação das instituições políticas.

Os princípios deixam de ser meros subsídios ao ordenamento jurídico, na metódica do positivismo clássico, e entram nas constituições como verdadeiros fundamentos do sistema. Passam a ser, numa analogia referente à Física moderna, a própria *consistência* do ordenamento jurídico, que se entrelaça numa teia de normas coordenadas, que têm nos princípios o seu grande fator de aglutinação.

Sem trazerem de volta as concepções jusnaturalistas, de certa forma subjetivas, suprimem, no entanto, ainda na lição de Bonavides

o acanhamento, a estreiteza e as insuficiências do positivismo legal ou estadualista, deixando à retaguarda velhas correntes do pensamento jurídico, impotentes para elucidar a positividade do Direito em todas as suas dimensões de valor e em todos os seus graus de eficácia (BONAVIDES, 1998: 256).

A interpretação constitucional vai inaugurar, aqui, uma ampliação dos métodos hermenêuticos ou, ao menos, uma completa inovação, em busca do sentido real, e não meramente literal, das normas constitucionais.

A *Jurisprudência dos problemas* surge com a tópica. Como observa Tercio Sampaio, “Quando se fala, hoje, em tópica pensa-se, como já dissemos, numa técnica de pensamento que se orienta para os problemas” (FERRAZ JÚNIOR, 1994: 327). Baseia-se, portanto, esse método de interpretação, nos chamados *topois*, ou seja, “lugares comuns na argumentação discursiva, que não vinculam o juiz, mas apenas apresentam-lhe alternativas possíveis para a solução de determinado problema” (SARMENTO, 2000: 129).

Inspirado na obra de Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*,¹⁴ o método tópico problemático traz uma interpretação constitucional reconduzido a um processo aberto de argumentação entre os vários participantes, através da qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto (CANOTILHO, 1998: 1137).

Para evitar a influência de um aspecto jusnaturalista na jurisprudência dos valores, bem como um casuísmo na jurisprudência dos problemas, houve, na análise de Bonavides, a conexão entre as duas escolas, e essa conexão se transforma na “espinha dorsal da Nova Hermenêutica do pós-positivismo” (BONAVIDES, 1998: 255-256).

Há, ainda, o *Método Científico-espiritual* que, como vimos, foi o método que deu campo ao surgimento de uma teoria axiológica dos direitos fundamentais, contribuindo, ainda, para a compreensão de uma teoria material da Constituição.

Procura se distanciar, cada vez mais, do ponto de vista exclusivamente jurídico para identificar e realçar o aspecto político da Constituição, sendo este o critério que a

¹⁴ Publicada no Brasil pela Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, Ministério da Justiça, 1973.

distingue das demais normas jurídicas (SMEND, 1955: 238 *apud* BONAVIDES, 1998: 156). Contrapõe-se radicalmente aos métodos exegéticos tradicionais, próprios do Estado Liberal, quando busca uma integração sócio-valorativa da Constituição, onde a interpretação não se destina à concretização da norma constitucional, mas visa à compreensão do seu sentido e da realidade constitucional, conduzindo à articulação da lei constitucional “com a *integração* espiritual real da comunidade” (CANOTILHO, 1998: 1139).

É, sem dúvida, um avanço considerável no estudo das formas de interpretação constitucional, pois se liberta dos conceitos formais de uma insuficiente lógica normativa, tendo como objeto a realidade espiritual presente na dinâmica de uma sociedade em constante evolução.

Já para *Método Jurídico-normativo-estruturante*, Canotilho apresenta os seus postulados básicos, dentre os quais destacamos o fato de que “a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um ‘domínio normativo’, isto é, um ‘pedaço de realidade social’ que o programa normativo só parcialmente contempla” (CANOTILHO, *idem*: 1139). A interpretação ou a concretização da norma constitucional transcende a análise restrita do texto da norma.

Correlacionam-se, aqui, os métodos tradicionais de interpretação literal, histórica, sistemática e teleológica, acrescidos de elementos políticos, cabendo à nova metodologia de interpretação, mediante um modelo de estrutura, completá-los (PEIXINHO, 2000: 91).

Mas o elemento decisivo mesmo da teoria estruturante da norma constitucional é uma teoria hermenêutica que diferencia a norma do texto normativo, sendo este uma mera superfície daquela. A metodologia jurídica normativo-estruturante se caracteriza como um método de trabalho com os textos, e não apenas sobre os textos das normas, mas também com outros não necessariamente dogmáticos.

Ao contrário da tópica, que concebe a interpretação constitucional sob o império da vontade suprema do intérprete, partindo do caso concreto, a *Interpretação Hermenêutico-concretizadora* recupera a primazia da norma e analisa o caso concreto a partir dela. Inicia, na verdade, com uma pré-compreensão, relacionando texto e contexto, mas sem realizar uma subsunção pura e simples. Nas palavras de Friedrich Muller, “os procedimentos automáticos de obtenção do direito fazem sentido onde a aplicação da lei

excepcionalmente não se apresenta como concretização, mas como uma simples subsunção” (MÜLLER, 1995: 45).

A concretização, portanto, é o resultado de um trabalho de construção da norma jurídica, uma vez que essa não se reduz ao seu texto. Na lição de Manoel Messias Peixinho, “A superioridade da norma jurídica sobre o seu texto significa que uma norma preexistente só alcança sua plenitude hermenêutica na própria concretização” (PEIXINHO, 2000: 81). Aproximam-se, aqui, os requisitos do método hermenêutico-concretizador e do normativo-estruturante. Vale lembrar que, para Canotilho, “**Concretizar a constituição** traduz-se no *processo de densificação* de regras e princípios” (CANOTILHO, 1998: 1127 – Ambos os grifos do autor).

Para completar essas breves considerações sobre os métodos de interpretação constitucional, apresentamos, aqui, os princípios constitucionais desenvolvidos por Canotilho (CANOTILHO, idem: 1148 *et ss.*), para depois vermos as concepções modernas de compreensão da Constituição.

Esses princípios partem de uma postura metódica de concretização hermenêutica e, em primeiro lugar, temos o *Princípio da Unidade da Constituição*. A unidade do ordenamento jurídico é um dos postulados básicos em que se funda o Direito Moderno. Apesar do grande número de normas, a forma sistemática do ordenamento faz com que essas normas estejam coordenadas pelo requisito de validade, dentro de um critério hierárquico, cujo ápice da “pirâmide” é ocupado pela Constituição (KELSEN, 1998: 168). É, portanto, a Constituição que dá unidade ao ordenamento jurídico e essa unidade se reflete nela mesma, quando se procura interpretá-la evitando contradições entre as normas constitucionais.

O *Princípio do Efeito Integrador*, muitas vezes associado ao Princípio da Unidade, significa que, na solução dos problemas constitucionais, deve-se dar relevância aos critérios que favoreçam a integração política e social, buscando a unidade política. Já o *Princípio da Máxima Efetividade*, como o próprio nome indica, preza pela maior efetividade possível da norma constitucional. Ligado à tese da atualidade das normas programáticas, é invocado no âmbito dos direitos fundamentais, visando dar a estes ampla eficácia. Em sintonia com os princípios anteriores, o *Princípio da Harmonização das normas constitucionais* determina a combinação dos bens jurídicos em conflito, e sua aplicação se volta preferencialmente aos direitos fundamentais. Vai dar sentido à

necessidade de uma técnica alternativa de solução de antinomias, para a qual é utilizada a técnica da *ponderação de interesses*.

4.1.2. *Concepções modernas*

A Teoria da Argumentação Jurídica nasce inspirada nos conceitos da nova retórica, como instrumento da razão prática, verificada sua importância particular para a lógica jurídica (PERELMAN, 1998: 140). Sustenta o princípio de que a lógica jurídica não obedece ao mesmo critério de uma lógica formal. Enquanto esta utiliza a prova demonstrativa, em busca de uma verdade, aquela diz respeito mais à adesão a uma decisão a que se chega através da argumentação.

Como ensina Tercio Sampaio, “A demonstração, neste sentido, liga-se aos raciocínios lógico-formais, como os matemáticos, enquanto a argumentação, não pressupondo a construção de sistemas axiomatizáveis, com seus axiomas e regras de transformação, refere-se aos raciocínios *persuasivos*, como são os políticos e os jurídicos, cuja validade é restrita a auditórios e particulares, não pretendendo adquirir a universalidade da demonstração” (FERRAZ JÚNIOR, 1994: 323).

Robert Alexy desenvolve sua Teoria da Argumentação Jurídica (ALEXY, 2001b: 211 *et ss.*) tentando fundamentar as regras de direitos humanos, que são regras para a esfera da ação. Tem sua base na teoria do discurso, com raiz em Habermas (HABERMAS, 1973: 240 *apud* ALEXY, *idem*: 99), que permite não só uma fundamentação dos direitos fundamentais, como também constitui a teoria básica do Estado Democrático de Direito.

O autor apresenta uma série de formas de argumento individuais, com estreita associação qualitativa com os métodos tradicionais de interpretação, dentre os quais destacamos a forma de argumento teleológico que, para Alexy, para se compreender o seu conceito, é necessário antes “uma análise detalhada dos conceitos de fins e meios bem como dos conceitos correspondentes de desejo, intenção, necessidade prática e objetivo” (ALEXY, *idem*: 232).

Reconhecendo a impossibilidade de fazer essa análise detalhada naquela oportunidade, Alexy, no entanto, dá a conhecer a estrutura da argumentação teleológica e expõe a seguinte característica:

Argumentos teleológicos objetivos são caracterizados pelo fato de que o indivíduo que argumenta não se apóia nos objetivos de qualquer pessoa do passado ou do presente, mas antes nos objetivos ‘racionais’, ou aqueles ‘objetivamente prescritos no contexto da ordem jurídica em vigor’ (ALEXY, 2001b: 233).

Podemos fazer, a partir desse conceito, uma referência ao Princípio da Unidade da Constituição, que vê nesta uma união de normas coordenadas, ou ainda, ao Princípio da Harmonização das normas constitucionais, que busca conciliar interesses. É essa Unidade, aliada a essa Harmonia, que, entendemos, vai dar subsídios à compreensão dos “objetivos racionais prescritos no contexto da ordem jurídica”, o que caracteriza a finalidade do próprio sistema constitucional.

A teoria da argumentação se apresenta bastante democrática quando pressupõe, ainda, na observação de Daniel Sarmento, “a existência de uma comunidade dialógica”, podendo ser aplicada no processo da ponderação de interesses (SARMENTO, 2000: 127). Nas palavras do autor, “O que há são soluções mais ou menos razoáveis, dentro das molduras estabelecidas pela Constituição, cuja legitimidade vai repousar na força persuasória da sua fundamentação, em relação a um auditório universal, formado por toda comunidade política” (SARMENTO, idem: ibidem).

Na esteira da teoria da argumentação, Alexy desenvolve, ainda, as “Classes de fundamentação teórico-discursiva dos direitos humanos” (ALEXY, 2001c: 97), enriquecendo o estudo da aplicação da Constituição em seus aspectos fundamentais.

O objetivo principal de se interpretar uma constituição é buscar o máximo de sua efetividade. As normas não podem ser vistas pela óptica de um formalismo que limite o seu campo de compreensão, que pode vir a comprometer os esforços de uma realização eficaz da Constituição.

Diz Canotilho que **realizar a constituição** significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais (CANOTILHO, 1998: 1126), uma vez que toda constituição tem uma pretensão de eficácia.

A mera cogitação¹⁵ da mudança, na Constituição Brasileira de 1988, de um direito individual de tamanha importância, com todos os valores consagrados, e já imutável

¹⁵ Atentar para a dicção do texto constitucional: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais” (CF/1988, Art. 60, § 4.º, inciso IV)

em face de toda a sistemática de proteção aos direitos fundamentais, é uma afronta flagrante à força normativa da constituição e uma nefanda justificação, não, decerto, de um poder real e dominante, propriamente dito, como na crítica de Hesse à Lassale, mas de todo um sistema político falido e injusto, e contrário a toda ordem valorativa constitucionalmente garantida.

Assim pensamos, a partir da observação de Hesse de que “o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes. Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser” (HESSE, 1991: 11).

Precisamos lembrar da velha concepção do sentido sociológico de Constituição, apresentado por Ferdinand Lassale: “Onde a constituição *escrita* não corresponder à *real*, irrompe, inevitavelmente, um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a *folha de papel*, sucumbirá, necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país” (LASSALE, 1998: 47).

A crítica de Hesse, no entanto, não pode ser reduzida, apenas, à compreensão da força normativa, mas que, conscientes dessa compreensão, possamos analisar as formas de se tornar efetiva essa *força normativa*. E essa análise parte do significado da ordenação jurídica (DEVER SER) em função da realidade (SER).

Por isso, voltamos novamente a Hesse, quando este afirma que “o significado da ordenação jurídica na realidade, e em face dela, somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco” (HESSE, 1991: 13).

A idéia, portanto, de que o significado da ordenação jurídica, no caso a Constituição, só pode ser apreciado em virtude de seus efeitos na realidade traz uma inevitável necessidade de se verificar as questões a respeito de sua eficácia, até porque, a “Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia” (HESSE, idem: 16). Daí, nasce o esforço de se procurar, cada vez mais, analisar os “âmbitos da norma”, uma vez que “a concretização prática da norma é mais do que a interpretação do texto” (MÜLLER, 2000: 22). Para Friedrich Müller, essa é uma “metó-

dica” que “abrange em princípio todas as modalidades de trabalho da concretização da norma e da realização do direito” (MÜLLER, 2000: 22).

A força está na natureza das coisas e constitui a essência e a eficácia da constituição, “impulsionando-a, conduzindo-a, e transformando-se, assim, em força ativa” (HESSE, 1991: 20).

4.2. Eficácia: Princípios e Direitos Fundamentais

Podemos afirmar que a Constituição configura um sistema de valores, mas não um sistema lógico-formal, que caracteriza as ciências exatas, mas sim um sistema lógico-teleológico (CANARIS, 1989: 77). A função hermenêutica dos Princípios é mais evidente naqueles que estabelecem os valores da comunidade, portanto denominados de *Fundamentais*. Essa função hermenêutica traduz não só uma orientação exegética sobre normas infraconstitucionais, como também de normas da própria Constituição onde se encontram dispostos os mesmos princípios. Isso pode nos levar ao seguinte questionamento: existe uma hierarquia entre as normas constitucionais?

Esse é um momento importante para estabelecermos nosso ponto de vista. Estamos aqui mesclando conceitos de Princípios e Direitos Fundamentais para identificarmos as dimensões de eficácia das normas constitucionais. Para isso, temos que reconhecer que tanto aqueles princípios, quanto estes direitos estão inseridos em um mesmo dispositivo jurídico de natureza fundamental.

Os Direitos Fundamentais, estabelecidos em normas constitucionais, recebem, portanto, a influência da orientação exegética dos Princípios e isso nos leva a perguntar se essa influência caracteriza uma hierarquia existente entre eles.

O que podemos concluir, extraindo conceitos da doutrina mais abalizada, é que não existe uma hierarquia formal entre os Princípios e os Direitos fundamentais, até porque a hierarquia, no Direito, “é a circunstância de uma norma encontrar sua nascente, sua fonte geradora, seu ser, seu engate lógico, seu fundamento de validade, numa norma superior” (TEMER, 1996: 146). Neste sentido, já nos adverte também Luis Roberto Barroso, quando diz que “isso não se passa entre as normas promulgadas originariamente com a Constituição” (BARROSO, 1996: 187).

Porém, não se pode negar a existência de uma maior relevância dos Princípios Fundamentais que, como vimos, possuem uma natureza política e valorativa além de

sua função normativa, estabelecendo os preceitos básicos da organização e dos ideais do Estado. Já os Direitos Fundamentais, por sua vez, referem-se à tutela jurídica das liberdades públicas, as quais o próprio Estado, politicamente organizado, deve respeitar.

Alguns autores chegaram a propugnar pela existência de normas constitucionais inconstitucionais, como Otto Bachof, que, escaldado com os efeitos da Segunda Grande Guerra, sustentava a teoria de um fundamento em valores suprapositivos, originados de um direito supralegal (BACHOF, 1994: 62) e que, uma vez acolhidos pela Constituição, tornavam inconstitucionais as normas constitucionais escritas que com eles fossem incompatíveis, assim declaradas pela Corte Constitucional.

No Brasil, a tese da possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais foi levantada por Ivo Dantas, ao afirmar que “a existência de Princípios Fundamentais como expressão de uma técnica legislativa utilizada pela constituinte representa uma hierarquia interna na própria Constituição” (DANTAS, 1995: 73), respondendo positivamente, embora com fundamentação diferente, a indagação ao Título do livro de Bachof: *Existem Normas Constitucionais Inconstitucionais?*

Pensamos ser mais acertado o entendimento da inexistência de hierarquia entre normas constitucionais, mas, desde já, vemos que o tema pode nos levar a várias conclusões. É certo que não existe uma hierarquia formal, mas sim uma considerável preponderância dos Princípios sob o aspecto hermenêutico. Mas aí estamos encarando o problema sob dois ângulos muito diferentes. Senão, vejamos:

Quando aventamos a possibilidade de uma hierarquia interna formal na Constituição, estamos adotando, na observação de Daniel Sarmento, uma concepção estática da Constituição que preconiza que, se duas normas constitucionais colidirem, a de estatura inferior deve ser eliminada, decretando-se a sua invalidade (SARMENTO, 2000: 34). O autor refere-se, ainda, a uma hierarquia dinâmica na Constituição que não aceita a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais. Neste caso, o possível conflito entre as normas constitucionais é resolvido apenas no momento da decisão do caso concreto, “impondo o sacrifício incondicionado das prescrições da norma constitucional reputada de escalão inferior” (SARMENTO, idem: 38).

Outro sentido é quando falamos de uma preponderância dos Princípios sob o aspecto hermenêutico. Não estamos falando, aqui, de uma hierarquia propriamente dita, mas de uma condicionalidade de compreensão das demais normas constitucionais sob a

óptica exclusiva dos Princípios. Isto pode ser traduzido na aplicação dos direitos fundamentais, cuja dimensão de eficácia vai ser estabelecida pela perfeita compreensão dos valores que estão positivados, justamente na forma dos Princípios Fundamentais.

4.2.1. Estrutura das normas constitucionais

O problema da eficácia das normas constitucionais está associado, principalmente, à dissonância entre a norma e a realidade. Mas para se chegar à efetivação da norma é preciso, antes, compreender o alcance de sua eficácia. As normas constitucionais apenas limitam (ou apenas impõem) as atividades do poder público? Ou podem elas trazer essa dupla dimensão?

Para se compreender as noções sobre eficácia das normas constitucionais, mister considerar a sua estrutura. Até porque a eficácia dessas normas se confunde com a própria interpretação que, na metódica do Direito Constitucional, se traduz em *concretização* das normas.

Para Müller, a insuficiência dos elementos savignianos de interpretação faz com que essa metódica especializada “sistematicamente elaboranda” deva pesquisar a estrutura da normatividade, ou seja, a metódica jusconstitucional deve ser fundamentada por uma teoria do direito, enquanto teoria da norma jurídica. E finaliza o autor: “Ela é ‘hermenêutica’ no sentido aqui definido. Circunscreve a peculiaridade fundamental da estrutura normativa, diante de cujo pano de fundo devemos ver o trabalho prático da metódica jurídica” (MÜLLER, 2000: 49).

Nos Estados que possuem constituição escrita e dogmática, como o Brasil, esta se apresenta na forma de um documento normativo. A Constituição, portanto, está estruturada em linguagem prescritiva, formada por um sistema de normas positivas que organizam o Estado, distribuem competências e garantem direitos fundamentais.

O sentido normativo da Constituição, no entanto, não se confunde com os sentidos clássicos, apresentados por Lassale, Schmitt e Kelsen que vêem a Constituição no seu sentido sociológico, político e jurídico, respectivamente. Canotilho é quem nos apresenta esse sentido normativo, ao afirmar que, para ser uma verdadeira Constituição, não basta um documento, “É necessário que o conteúdo desse documento obedeça aos princípios fundamentais progressivamente revelados pelo constitucionalismo” (CANOTILHO, 1998: 1056).

O estudo da eficácia das normas, mesmo em uma abordagem superficial como a nossa, não pode prescindir de verificar os pontos de vistas do sociologismo jurídico e do normativismo. Para aquele, que aproxima os conceitos de vigência e eficácia, o Direito só tem eficácia quando é efetivamente aplicado, sobre cuja perspectiva, nos adverte José Afonso, “é que se costuma dizer que muitas normas constitucionais, especialmente as chamadas programáticas, não adquirem vigência enquanto uma lei ordinária ou complementar não as atuar definitivamente” (DA SILVA, 2001: 64)

Já para o normativismo, distinguindo a vigência da eficácia, vai apontar um sentido formal para o conceito. Kelsen, que associa a noção de vigência ao de validade, explica que se a validade de uma norma jurídica depender de sua eficácia, “poder-se-ia incorrer em erro identificando os dois fenômenos, definindo a validade do Direito como sua eficácia, descrevendo o Direito por meio de enunciados de ‘ser’, e não de ‘dever ser’” (KELSEN, 1998: 176).

Muitos são os conceitos e enfoques aos quais podemos submeter a questão da eficácia. Os estudos trazem distinções do tipo Positividade do Direito entre Vigência do Direito e Eficácia do Direito. A *Positividade do Direito* refere-se à objetividade das normas que regem a conduta humana, estabelecidas por um poder politicamente organizado. A *Vigência do Direito* é o tempo atual em que o Direito está em vigor. Por fim, a *Eficácia do Direito* divide-se em duas noções: a possibilidade de aplicação jurídica, caracterizando a *eficácia jurídica*; e a efetiva obediência da norma pelos seus destinatários, ou seja, a *eficácia social* ou efetividade. Sendo assim, como observa José Afonso, “Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social” (DA SILVA, 2001: 66).

O sentido jurídico de eficácia, portanto, é a possibilidade da norma produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos. Isto vai definir a sua condição de aplicabilidade. Mas, quando falamos que a eficácia pode ser positiva ou negativa, estamos nos referindo, aqui, à posição do Estado frente à aplicação dessa norma.

As normas constitucionais nem sempre trazem o seu plano de eficácia completo, daí ser importante para o estudo de seu processo de concretização a análise da sua possibilidade jurídica de produzir efeitos, que parte de uma mediação do conteúdo de enunciados lingüísticos.

Quanto à eficácia e à aplicabilidade das normas constitucionais, elegemos para o estudo a classificação de José Afonso da Silva (DA SILVA, 2001: 86):

- a) Normas Constitucionais de Eficácia Plena e Aplicabilidade Imediata são as que receberam do constituinte normatividade suficiente para sua incidência imediata, independentemente de qualquer providência normativa posterior;
- b) Normas Constitucionais de Eficácia Contida e Aplicabilidade Imediata, mas não integral, são as que possuem normatividade suficiente, mas prevêem meios que podem conter sua eficácia;
- c) Normas Constitucionais de Eficácia Limitada e Aplicabilidade Mediata são as que não receberam normatividade suficiente para serem aplicadas, cabendo ao Poder derivado um certo grau de competência para complementar sua eficácia, através da regulamentação de sua matéria.

Essa classificação se refere à eficácia jurídica das normas constitucionais que é, como dito, a sua possibilidade de produzir efeitos jurídicos. Não se trata, portanto, de uma análise da efetividade, ou da correspondente eficácia social. A norma de eficácia plena, por exemplo, quando se fala de sua aplicabilidade imediata, não se está aludindo, contudo, à sua efetiva aplicação, mas, tão somente, que ela não precisa de nenhuma atividade dos poderes constituídos para poder se tornar uma norma aplicável.

Mas o problema da eficácia das normas constitucionais, principalmente no que se refere aos preceitos fundamentais, exige o reconhecimento de que, na metódica constitucional, as normas se distinguem pelo aspecto da abrangência e da especificidade, caracterizando, respectivamente, os princípios e as regras jurídicas. Dentro do conceito da estrutura das normas constitucionais, esta distinção é importante para identificarmos o alcance das normas e precisar os limites de sua eficácia.

4.2.2. Distinção entre princípios e regras

Quando os princípios entram nas constituições, inspiradas pelas Declarações de direitos, dão positividade aos valores mas não trazem uma certeza sobre a sua imperatividade, daí a concepção do caráter meramente programático da Velha Hermenêutica, com relação aos princípios. Outro aspecto é o da suficiência ou insuficiência do orde-

namento jurídico. O Positivismo vem, justamente, sanar a subjetividade do Direito Natural com a racionalização do Direito e sua conseqüente estruturação em normas objetivas.

O Direito Positivo, por sua vez, se baseia numa controvertida tese da completude do ordenamento jurídico e isso resulta num Estado de Direito legalista que vai acabar sendo questionado após os horrores da Segunda Grande Guerra, devido às atuações da já superada Alemanha hitlerista.

É justamente “na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo” (BONAVIDES, 1998: 237), recebendo críticas acerbadas, precisamente pelo jurista Ronald Dworkin em sua importante obra *Taking Rights Seriously*.¹⁶ Mas é Robert Alexy quem dá maior contribuição para os progressos da Nova Hermenêutica e às tendências axiológicas de compreensão principalmente do Direito Constitucional, estabelecendo a distinção entre princípios e regras, mas enquadrando ambos como normas jurídicas (ALEXY, 2001a: 81-86).

Para o jurista alemão, essa distinção é muito importante para o estudo dos Direitos Fundamentais, uma vez que “Ela constitui a base da fundamentação jusfundamental e é uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais” (ALEXY, idem: 81). Basicamente, a distinção se resume no fato de que tanto os princípios como as regras são normas, sendo, no entanto, que os primeiros são normas de um grau de generalidade muito alto, e as segundas, normas de baixo grau de generalidade.

Para Bonavides, “Sem aprofundarmos a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos, não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo” (BONAVIDES, 1998: 231). Ainda na esteira do pensamento de Alexy, os princípios constitucionais funcionam como *mandatos de optimización* (ALEXY, 2001a: 86), podendo ser cumpridos em diferentes graus, dependendo a medida de seu cumprimento não só de possibilidades reais como também de possibilidades jurídicas.

É sabido que a Constituição possui não só princípios explícitos, mas existem, ainda, aqueles princípios que, apesar de não estarem expressos no texto constitucional, formam o que se convencionou chamar de *espírito da Constituição*, pois, em função de

¹⁶ Publicado originalmente em Cambridge, pela Universidade de Havard, em 1978

sua abertura, pode refletir os valores fundamentais partilhados pela comunidade, ou ser fruto de uma evolução jurisprudencial num esforço de *descoberta* e não de pura invenção (SARMENTO, 2000: 53).

Os princípios, portanto, pela acentuada carga axiológica que possuem, e sendo mais próximos dos conceitos de justiça, têm a função de fundamento da ordem político-jurídica de um Estado. Mas, o que é ainda de maior relevância é que os princípios exercem uma significativa função hermenêutica, iluminando todo o ordenamento, “configurando-se como genuínos vetores exegéticos para a compreensão e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais” (SARMENTO, *idem*: 55).

Essa característica de *vetor exegético* para a compreensão das demais normas, principalmente no que se refere às normas constitucionais, não se traduz, necessariamente, como vimos, em uma superioridade hierárquica dos princípios, uma vez que a concepção de uma hierarquia interna na Constituição vai de encontro ao Princípio da Unidade da Constituição. Se bem atentarmos para a questão, vamos perceber que a vinculação está voltada para o intérprete, não para a norma.

Assim, compreendemos a relação entre os Princípios e os Direitos Fundamentais. Ambos são normas da Constituição, sendo estes aplicados em função daqueles, não em virtude de uma obediência a um critério hierárquico de validade, mas porque os Princípios, por seu conteúdo axiológico, vão orientar o intérprete no seu esforço de compreensão do sentido e do alcance dos Direitos Fundamentais. Resumindo: ao interpretarmos os Direitos Fundamentais à luz dos Princípios Fundamentais, estamos desenvolvendo uma *análise valorativa* daqueles direitos.

Além de sua função fundamentadora da aplicação e da compreensão das demais normas constitucionais, os princípios possuem, ainda, uma eficácia positiva e outra negativa que se incorporam àquelas normas:

...por eficácia positiva dos princípios, entende-se a inspiração, a luz hermenêutica e normativa lançadas no ato de aplicar o Direito, que conduz a determinadas soluções em cada caso, segundo a finalidade perseguida pelos princípios incidíveis no mesmo; por eficácia negativa dos princípios, entende-se que decisões, regras, ou mesmo sub-princípios que se contraponham a princípios serão inválidos, por contraste normativo (ESPÍNDOLA, 1999: 55).

Porém, dizíamos anteriormente que estamos identificando a eficácia positiva com a atuação ativa do Estado. Essa posição tem muita relevância quanto à relação entre Princípios e Direitos Fundamentais. Ivo Dantas, após observar o ineditismo do termo *Princípios Fundamentais* nas constituições brasileiras precedentes à vigente, faz a seguinte observação:

No caso da Constituição Federal de 1988, se examinarmos as *cláusulas pétreas* no art. 60, § 4.º, incisos I a IV, chegaremos à conclusão de que em sua quase totalidade, são uma sinopse de tudo o que está determinado nos *Princípios Fundamentais* (Título I, arts. 1.º ao 4.º) da mesma Lei Maior (DANTAS, 1995: 90).

Uma análise valorativa dos direitos fundamentais, ao fornecer subsídios para descobrirmos o sentido desses direitos por um método racional e sistemático, já que os “valores” são os positivados no sistema através dos Princípios Fundamentais, vai nos ajudar, ainda, a compreender a sua eficácia ou as dimensões de sua eficácia e consequente aplicabilidade.

Assim, trabalhamos não só com o texto da norma, o que para Müller representa apenas o *programa da norma* (MÜLLER, 1994: 541 / 2000: 53), a “ponta do iceberg”, mas procuramos identificar o *âmbito da norma* como resultado dos procedimentos modernos de interpretação constitucional, reforçando a materialidade dos direitos fundamentais através da riqueza das suas áreas materiais e de normas. Essa materialidade vai ser reforçada quando aplicamos o sentido valorativo dos princípios nas normas que estabelecem os direitos fundamentais, identificando, assim, a sua eficácia positiva como tarefas estatais, fruto de uma visão panorâmica da Constituição.

O autor explica, ainda, que a *normatividade* resulta dos dados extralingüísticos de tipo estatal-social: “de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área” (MÜLLER, 2000: 54).

Podemos entender que essa concretização da norma constitucional não se restringe ao momento de sua aplicação, mas tem como fase primordial o momento de pré-compreensão, não a nível jurisdicional, mas como um esforço de dilatação do sentido e alcance das normas.

4.3. Efetividade dos Direitos Fundamentais

Para Ivo Dantas, “A eficácia de uma Constituição dependerá não só de sua fidelidade aos valores sociais políticos consagrados pela sociedade, mas também – e principalmente – de uma correta interpretação daquilo que o texto prescreve” (DANTAS, 1995: 79). No contexto de nosso trabalho, a nossa preocupação é justamente inversa: para tornar eficaz uma Constituição, mister se faz ir além da compreensão sobre o texto da norma e, justamente, ir procurar, em toda unidade constitucional, os valores que inspiram e dão amplitude à eficácia das normas constitucionais.

A violação dos direitos fundamentais, observa Canotilho, deixou de ser debatida pelo ângulo da lesão através de comportamento omissivo, uma vez que grande parte das ações constitucionais demonstra que o problema da violação de direitos está na falta de prestações e na inércia normativa dos órgãos de direção política, ou seja, “*a problemática dos direitos fundamentais não se sintetiza hoje na fórmula: ‘a lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais’; exige um complemento; ‘a lei como exigência de realização concreta dos direitos fundamentais’*” (CANOTILHO, 1994: 363-364 – Itálicos no original).

Pela Constituição de 1988, as normas constitucionais de direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata (CF/1988, art. 5.º, § 1.º), apesar de algumas preverem normas que visam a conter sua eficácia. Para Ingo Wolfgang Sarlet, esse dispositivo constitucional tem um cunho inequivocamente principiológico (SARLET, 2001: 249), e chega a sustentar, ainda, o seguinte:

Se, portanto, todas as normas constitucionais são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5.º, § 1.º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbe a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição (SARLET, idem: 250).

No âmbito de uma força jurídica reforçada, ao nível da Constituição, os direitos fundamentais possuem uma posição privilegiada frente às demais normas constitucionais, pois se alargam os sentidos da norma, buscando não só a harmonização com os valores do sistema, como também a realização fática dos preceitos e ideais nela descobertos.

Infelizmente, nossa realidade mostra o inverso. Os efeitos de uma política neoliberal estão levando o Brasil a um verdadeiro descaso com seus compromissos sociais assumidos constitucionalmente, o que leva, fatalmente, a um intolerável recrudescimento da criminalidade. O resultado é que, sem se dar conta disso, e como o crime é um fator que incomoda mais diretamente a sociedade, as atividades do poder público estão sempre voltadas para o caráter repressivo, com a criação de medidas punitivas pretensamente mais severas. Não há uma constatação óbvia de que, no que concerne à criminalidade, o problema está na impunidade e não especificamente na intensidade da pena, como veremos adiante.

A partir do entendimento de que os Princípios Fundamentais devem ser a sustentação hermenêutica dos direitos fundamentais é que podemos concordar com Lenio Luiz Streck quando este faz um estudo sobre a crise da hermenêutica jurídica no Brasil. O autor questiona: “com todos esses mecanismos à disposição – *princípios constitucionais amplos e dirigentes, ações coletivas das mais variadas (ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo, ação popular, etc.)* – como justificar *a quase nenhuma função social do Direito?*” (STRECK, 1999: 41-42 – Grifos do autor).

Lenio Streck sustenta a tese de que, para que o Direito (os direitos), sejam efetivos, deve-se deslocar, necessariamente, o centro das decisões dos Poderes Legislativo e Executivo para o âmbito do poder Judiciário, como exigência de um Estado Democrático de Direito (STRECK, idem: 42). E vale trazer aqui as observações do autor:

Na dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras abstrações jurídicas, e as pessoas, protagonistas do processo, são transformadas em autor e réu, e, não raras vezes, “suplicantes e suplicados”, expressões que deveriam nos envergonhar. Dessa forma, os conflitos sociais não entram nos fóruns e tribunais, devido às barreiras criadas pelo discurso da dogmática jurídica dominante, “coisificando” as relações jurídicas (STRECK, idem: 58).

Essa idéia da função social do Direito nos chama a atenção por nos dar uma nova visão da efetividade dos direitos fundamentais, que se perdem num excesso de formalismo ou, sendo mais realista, numa falta de vontade política para que esses direitos se tornem efetivos. O formalismo está não só numa retórica jurídica, como também na redução de uma atividade interpretativa acanhada e sem conexão com os valores imperativos da Constituição.

Marcelo Neves, no seu conhecido estudo sobre a *Constitucionalização simbólica*, fala da efetividade como realização da finalidade da lei (NEVES, 1994: 46). Para o autor, “a efetividade se refere à implementação do ‘programa finalístico’ que orientou a atividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo ‘meio-fim’ que decorre abstratamente do texto legal”.

É interessante, para o nosso trabalho, o enfoque dado pelo Professor Marcelo Neves no que respeita ao suposto caráter simbólico da Constituição, principalmente quanto ao conteúdo das normas constitucionais programáticas. Neves explica que esse “problema da constitucionalização simbólica tem sido freqüentemente encoberto através da deformação do conceito jurídico-dogmático de normas constitucionais programáticas” (NEVES, idem: 102). Houve uma superação da doutrina que distinguia as normas constitucionais em mandatórias, que seriam as obrigatórias, e as diretórias, possivelmente facultativas, impondo-se a imperatividade jurídica de todas as normas constitucionais.

As normas constitucionais terão a sua concretização sob o ponto de vista de seus programas finalísticos, mesmo aquelas normas de caráter programático. “A própria noção de programa – explica o autor – implica a sua realizabilidade no contexto social das expectativas e comunicações que ele se propõe a direcionar e reorientar. Por exemplo: através da normatização ‘programática’ dos ‘direitos sociais fundamentais’ dos cidadãos, os sistemas constitucionais das democracias ocidentais européias emergentes nos dois pós-guerras respondiam, com êxito, a tendências estruturais em direção ao *welfare state*” (NEVES, idem: 103).

Aqueles direitos de primeira geração, caracterizados pelo *status negativus*, como limitação do poder arbitrário, presentes na Constituição, mesmo eles vão passar a ter uma dimensão de eficácia positiva, quando iluminados pelos valores consagrados nos Princípios Fundamentais na sua natureza de imposição de tarefas constitucionais.

A parte mais significativa de seu trabalho é quando Neves fala da legislação simbólica, ou ainda da legislação álibi. Faz o Professor a seguinte observação: “Através da legislação simbólica, os órgãos estatais demonstrariam cenicamente seu interesse e disposição de solucionar problemas estruturalmente insolúveis. A legislação-álibi constituiria, então, um típico mecanismo de promoção da ‘lealdade das massas’ no Estado de bem-estar” (NEVES, 1994: 109).

Sem conseguir resolver os problemas estruturais para criar condições de aplicabilidade dos direitos fundamentais, o Poder público se contenta em promulgar leis para satisfazer as reivindicações da sociedade, mesmo que estas leis não sejam, de fato, efetivamente aplicadas. Caso típico, parece-nos, é o da Lei de Crimes Hediondos de 1990, promulgada no calor dos seqüestros realizados no Rio de Janeiro. O que seria “crime hediondo”? O que afeta bens jurídicos de maior relevância? Curiosamente, a citada lei não elencava o homicídio no seu texto original.

Caso semelhante é o da Lei da Tortura (1997), que foi criada para reprimir um dos crimes de maior repúdio pela sociedade. No entanto, é duvidosa a sua aplicação.

Esse caráter simbólico reflete-se na própria Constituição que consagra heroicamente os direitos fundamentais como se essa consagração bastasse em um Estado Democrático de Direito. Por isso, concordamos com Marcelo Neves na sua análise precisa sobre a noção simbólica da Constituição, que parece traduzir bem a nossa preocupação com a deficiente eficácia de suas normas:

A falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional está associada à sua função simbólica. A identificação retórica do Estado e do governo com o modelo democrático ocidental encontra respaldo no documento constitucional. Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi: transfere-se a ‘culpa’ para a sociedade desorganizada, ‘descarregando-se de ‘responsabilidade’ o Estado ou o governo constitucional. No mínimo, transfere-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto. Ao nível da reflexão jurídico-constitucional, essa situação repercute ideologicamente, quando se afirma que a constituição de 1988 é ‘a mais programática’ entre todas as que tivemos e se atribui a sua legitimidade à promessa e esperança de sua realização no futuro (NEVES, idem: 161-162).

Essa promessa, acrescenta o autor, citando Ferraz Jr., é “a promessa de uma sociedade socialmente justa, a esperança de sua realização” (FERRAZ JÚNIOR, 1989: 58 *apud* NEVES, 1994: 161). Essa transferência de responsabilidade para a sociedade, no entanto, só pode ser vista como algo negativo no sentido apontado pelo autor: uma sociedade *desorganizada*. Esta não deve, como se infere do próprio texto constitucional, ficar totalmente alheia aos esforços de realização da Constituição.

Deduzimos, por fim, que a norma constitucional será eficaz se tiver condição de fato de atuar, por ser adequada à realidade social e aos valores positivos do ordenamento. E mais: será positiva ou negativamente eficaz quando o Estado tiver a perfeita noção da dimensão de seu papel no processo de concretização da norma, que se dá através da compreensão do sentido real da norma, em comparação com o mundo dos fatos.

Segunda Parte

CAPÍTULO V

Dimensões de eficácia da vedação à pena de morte

Mas ai de vós, escribas, e fariseus hipócritas: que fechais o reino dos céus diante dos homens! Pois nem vós entraís, nem aos que entrariam deixais entrar.

Mateus 23, 13

Nosso trabalho busca definir a dimensão positiva, e não meramente negativa (o Estado não aplicará a pena de morte), da referida vedação constitucional, enquanto direito fundamental do indivíduo. Mas, antes, precisamos demonstrar que existe uma ineficácia social, ou inefetividade da norma constitucional que veda a pena de morte. Para isso, utilizamos o aspecto teleológico da norma.

A ineficácia social atinge, aqui, o sentido negativo da eficácia da vedação constitucional. Sustentamos que quando a norma constitucional diz que “não haverá pena de morte”, entende-se com isso que o Estado brasileiro, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, não matará os indivíduos que cometem crimes. Reduzir esse entendimento à idéia de que a proibição só existe em nível de Execução Penal oficial é desconsiderar as atividades ilegais do Poder público, que caracterizam o abuso de autoridade ou até mesmo a negligência dos órgãos públicos encarregados diretamente da custódia do condenado.

Para nós, o escopo primário da norma constitucional é *não matar*, e não estritamente não aplicar pena de morte. Escopo, esse, que faz parte de uma primeira dimensão de eficácia (negativa), como limitação estatal e que está justamente sendo aqui questionado, enquanto direito de defesa do indivíduo.

O Professor Luciano de Oliveira, em seu interessante livro *A Vergonha do Carasco*, faz a seguinte observação:

É com efeito um lugar-comum, entre nós, a afirmação de que no Brasil a pena de morte existe de maneira informal. *A afirmação não deixa de ter procedência*, pois a execução sumária de bandidos ou meros suspeitos identificados pelos estereótipos de sempre, praticada pela polícia, esquadrões da morte e ‘justiceiros’, é uma realidade cotidiana.

E completa o Professor, afirmando:

Na verdade, pelos números assustadores que as pesquisas revelam, *a nossa pena de morte* chegaria a superar o padrão chinês com suas 2.190 execuções em 1995, superando-o também no que diz respeito ao direito de defesa assegurado aos acusados, pois se lá ele é ínfimo, aqui ele é completamente inexistente (OLIVEIRA, 2000: 41 – Grifos nossos).

A nossa intenção é identificar, em termos jurídicos constitucionais, em que condições essas execuções sumárias podem vir a ser consideradas como *pena de morte* para que possam ser vistas a título de ineficácia da norma constitucional correspondente, atingindo, portanto, a sua dimensão negativa. Ou seja, podemos afirmar juridicamente que o Estado, que está proibido de aplicar pena de morte (eficácia negativa), não cumpre essa determinação constitucional em decorrência dos atos ilícitos promovidos por seus próprios agentes públicos que são as denominadas “execuções sumárias”?

Mas esse trabalho vai um pouco mais além quando procura demonstrar que não só existe uma dimensão negativa na eficácia dessa norma, mas também, como consequência lógica dela, fruto de uma análise valorativa, que existe uma necessidade de se reconhecer a eficácia positiva desse direito fundamental, que se traduz por uma posição ativa do Estado. Resumindo, diríamos que a meta constitucional é não matar *e* recuperar o indivíduo agente de ilícitos penais.

Existe, aqui, uma perfeita associação entre a norma e o objeto regulado. No caso em estudo, a norma que veda a pena de morte está se referindo logicamente ao homem, pessoa humana. Esta, por sua vez, tem natureza essencialmente evolutiva. A inviolabilidade do direito à vida é um autêntico compromisso do Estado com o desenvolvimento da pessoa. Porém, a incapacidade de se enfrentar o problema da criminalidade de forma racional e preventiva resulta sempre em medidas drásticas, contando com argumentos passionais, e trazendo a pena de morte da vedação no plano de *dever ser* para a realidade informal e ilícita no plano do *ser*.

Recorremos, mais uma vez, às lições de Marcelo Neves. O mestre pernambucano aponta, ainda, a relação entre o texto constitucional e a realidade constitucional e, na esteira da concepção de Friedrich Müller, diz que a estrutura normativa resulta da conexão dos dois componentes da norma jurídica: o programa normativo (dados lingüísticos)

e o âmbito normativo (dados reais) (MÜLLER, 1975: 38 *apud* NEVES, 1994: 77). E completa, sempre citando Müller, fazendo o lúcido apontamento de que

a *concretização* da norma jurídica, sobretudo a constitucional, não pode ser reduzida à ‘interpretação aplicadora’ do texto normativo, o qual oferece diversas possibilidades de compreensão e inclui, além do programa normativo, o âmbito normativo como o ‘conjunto dos dados reais normativamente relevantes para a concretização individual’ (NEVES, *idem*: *ibidem*).

Para nós, esse ideal de concretização está comprometido quando comparamos a Constituição, vedando a pena de morte, e a realidade brasileira, onde existem as tristes execuções sumárias e massacres em presídios que, mesmo sendo atividades ilícitas, entendemos afetar o *âmbito da norma*, objeto de nosso estudo. Aqui, partimos do pensamento de Muller, para quem é impossível dissociar a norma jurídica do caso regulamentado por ela e vice-versa. O ex-professor de Heidelberg ensina que “qualquer norma somente faz sentido com vistas a um caso a ser (co)solucionado por ela. Esse dado fundamental [Grundtatbestand] da concretização jurídica circunscreve o *interesse de conhecimento* peculiar da ciência e da práxis jurídicas, especificamente jurídico, como um *interesse de decisão*” (MÜLLER, 2000: 63 – Grifos do autor).

Entendemos que essa *decisão* a que Müller se refere pode ser vista também como o estabelecimento de uma política governamental e não unicamente como uma solução jurisdicional para um caso concreto. No nosso estudo, a opção do Estado por uma política de “combate” à criminalidade, com o recrudescimento de medidas repressivas, ou uma política de controle da criminalidade, com medidas que visem as suas causas, poderia ser a alternativa com que a decisão política definiria a posição estatal, o que caracterizaria a eficácia positiva da norma constitucional em comento.

Ainda para o autor alemão, “A necessidade de uma decisão jurídica (também de um caso fictício)” – e incluiríamos decisão política – “*abrange* a problemática da compreensão, os momentos e procedimentos cognitivos. No entanto, a decisão jurídica não se esgota nas suas partes cognitivas. Ela aponta para além das questões ‘hermenêuticas’ da ‘compreensão’, no sentido genérico peculiar que ‘hermenêutica’ e ‘compreensão’ têm nas ciências humanas” (MÜLLER, *idem*: *ibidem* – Grifos do autor).

Esse, o aparente paradoxo que procuramos demonstrar e que implica uma nova compreensão da norma constitucional que veda a pena de morte, em comparação com a realidade e em função dos alcances de sua eficácia. Assim, entendemos ver solucionada a primeira questão a que nos propomos enfrentar na Introdução deste trabalho: *a inexistência de meios oficiais de execução da pena de morte no Brasil não corresponde de pronto à eficácia da norma constitucional que veda a sua aplicação.*

Eficácia positiva: alcance de uma análise valorativa

A concentração ou a redução do entendimento na primeira dimensão de eficácia (não matar) origina distorções já vistas, quando se constata que as penitenciárias são verdadeiros “depósitos de seres humanos”, ou, numa outra expressão já utilizada, um “cemitério de vivos”, ampliando, assim, o conceito de morte ao nível de objetivos e responsabilidades estatais perante o indivíduo.

Estas expressões não parecem um tanto forçadas quando se compreende a morte como mais do que a destruição do corpo orgânico, mas também quando a encaramos como uma eliminação de uma possibilidade de se viver com dignidade, de se perder as expectativas, de se castrar potencialidades inerentes a qualquer ser humano, que serão descobertas e promovidas a partir do reconhecimento da dimensão positiva da eficácia da vedação constitucional à pena de morte: não matar e recuperar, desenvolvendo.

A ineficácia social pode comprometer a eficácia jurídica em alguma de suas dimensões? Cremos que não haja um comprometimento propriamente dito, mas a ineficácia social ou a inefetividade da referida norma constitucional ajudará a dilatar a compreensão da eficácia jurídica da mesma, enquanto qualidade de produzir efeitos jurídicos, e foi esse pensamento que deu origem a esse trabalho.

A eficácia positiva dos direitos fundamentais, mesmo daqueles que se caracterizam como de defesa, pode ser perfeitamente compreendida no fato de que, sendo os Princípios que iluminam o sentido das demais normas constitucionais, podemos transferir as noções de prescrição de tarefas fundamentais existentes nos Princípios para aqueles direitos. Isso se dá principalmente quando existe uma nítida relação entre o direito fundamental a ser interpretado e o valor, ou valores, que o iluminam.

Exemplo claro é o da norma que veda a pena de morte, como direito fundamental do indivíduo que possui *a priori* um sentido negativo de limitação do Poder estatal, e

o princípio da dignidade humana que possui, como vimos, ambas as dimensões, sendo fundamento do sentido do desenvolvimento da personalidade.

Seguindo a classificação de José Afonso da Silva quanto à eficácia das normas constitucionais, analisadas no capítulo anterior, poderíamos enquadrar a vedação constitucional à pena de morte, disposta no inciso XLVII, alínea “a” do Art. 5.º da Constituição, como de eficácia plena, de aplicabilidade direta e imediata, por se tratar de uma verdadeira decisão política concreta, como a denunciar a forma política de ser do povo brasileiro (DA SILVA, 2001: 91).

De uma forma mais direta, o autor ensina que “são de eficácia plena as normas constitucionais que: a) *contenham vedações ou proibições*; b) confirmam isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nela regulados” (DA SILVA, idem: 101 – Grifos nossos).

Precisamos encarar a Constituição como uma unidade, conservando um sentido absoluto de Constituição, no contexto da qual, “No fundo de toda normação reside uma *decisão política do titular do poder* constituinte, quer dizer, do Povo na Democracia e do Monarca na Monarquia autêntica” (SCHMITT, 1992: 47 – Grifos do autor).

Na esteira do pensamento de Schmitt, o Estado brasileiro decidiu que não se deve matar como forma de punição. Mas, essa decisão política fundamental, tomada pelo Poder constituinte originário, deixa para os poderes constituídos um compromisso assentado em profundas responsabilidades, até porque o poder originário não executa a Constituição, mas passa essa função para o derivado.

Portanto, a decisão primeira aparece toda ela com um sentido negativo, exaurindo a competência do poder originário, cabendo, desde então, aos poderes constituídos, a concretização desse desiderato que, por sua vez, não se limita a cumprir passivamente a decisão originária, mas ainda fazer valer as implicações lógicas que aparecem como consequências dela. Para Häberle, “o legislador cria uma parte da esfera pública (*Öffentlichkeit*) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais” (HÄBERLE, 1997: 27). O poder derivado deve fazer tudo o que seja compatível com a decisão originária.

A vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais, “considerada com base numa dimensão filosófica e histórica, implica clara renúncia à crença positivista da onipotência do legislador estatal, significando, por outro lado (sob um ângulo dogmático-jurídico) a expressão jurídico-positiva da decisão tomada pelo Constituinte em favor da prevalência dos valores intangíveis contidos nas normas de direitos fundamentais em face do direito positivo” (SARLET: 2001, 328).

Essa vinculação implica, ainda, uma noção de inconstitucionalidade por omissão que, no caso em estudo, está dirigida não só ao legislador, como a todo o universo do Poder Público em seu dever de obediência aos valores constitucionalizados explícitos ou implícitos.

Entre os valores implícitos, podemos apontar o seguinte: se não se deve matar para punir (dimensão negativa de eficácia, estabelecida no início pelo poder originário), então o que se deve fazer? Note-se que aqui não se está apenas a se perguntar qual a espécie de pena a ser aplicada em substituição à de morte, já que esta é vedada constitucionalmente. Se a discussão recaísse sobre essa questão, estaríamos reduzindo o tema.

Parece-nos que a questão deve ser bem maior, qual seja: qual o objetivo da pena (seja ela qual for), já que não podemos matar para punir, mas, sim, punir enquanto vivo o delinqüente?

Sem adentrarmos em conceitos clássicos da pena, bastaria-nos repisar a lição de Miguel Reale ao afirmar que a própria expressão *pena de morte* é uma “*contradictio in terminis*”.¹⁷ É aqui onde realça a compreensão sobre a dimensão positiva da eficácia da vedação constitucional à pena de morte.

Se “o Direito é um fato cultural, um de cujos componentes é a linguagem” (VILANOVA, 1997: 65), como tão bem nos ensinava o saudoso Prof. Lourival Vilanova, fazemos uma espécie de análise sintática da vedação constitucional para concluir que ela não é uma “norma intransitiva”, ou seja, não se reduz ao *não matar*, mas requer uma complementação semântica: em não se podendo matar, qual o dever do Estado com relação aos seus delinqüentes sociais?

E, desde já, sugerimos: não matar, para recuperar; não matar, para desenvolver o indivíduo e tirá-lo da sua condição de delinqüente; contribuir com sua depuração moral, conservando intacta a sua dignidade humana, fundamento da nossa República Federati-

¹⁷ Ver Capítulo 1, item 1.2, deste Trabalho.

va (Art. 1.º, III da CF/1988). No mínimo, o que podemos inferir da influência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o direito fundamental da vedação à pena de morte é que, mesmo que aceitemos a controvertida tese da irrecuperabilidade do indivíduo, cabe ao Estado promover o tratamento do homem delinqüente.

O reconhecimento dessa dimensão positiva parece ser um reflexo das gerações de direitos¹⁸ aplicado às estruturas lógicas das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais. Estas normas possuiriam a noção de cumulatividade, contida no conceito mais adequado das gerações de direitos, ao qual se opõe a de cronologia.

Essa dupla perspectiva dos direitos fundamentais representa uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo (SARLET: 2001, 141), na observação de Ingo Wolfgang Sarlet, que considera aqueles direitos tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade. Essa nova perspectiva traz uma dinâmica ao processo de compreensão das normas constitucionais e amplia a visão da Constituição como um dispositivo eminentemente político, onde o aspecto positivo aparece como um fator preponderante, alcançando os dados empíricos que fazem parte do âmbito normativo.

Por se tratar de uma doutrina recente e abalizada, pedimos *venia* para transcrevermos, aqui, a lição de Sarlet que trata do tema da Eficácia dos Direitos Fundamentais:

Como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmos os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar. Com base nesta premissa, a doutrina alienígena¹⁹ chegou à conclusão de que *a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada*. [...] É nesse contexto que

¹⁸ Bonavides observa que existe um equívoco de linguagem, sendo o vocábulo “dimensão” o substituto ideal para o termo “geração” (BONAVIDES, 1998: 525). Enquanto este denota o sentido cronológico, aquele aponta a abrangência dos direitos fundamentais, que seriam cumulativos.

¹⁹ Sarlet refere-se basicamente às doutrinas oriundas da Alemanha e de Portugal.

alguns autores têm analisado o problema dos deveres fundamentais, na medida em que este estaria vinculado, por conexo, com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais na sua acepção valorativa (SARLET: 2001, 146 – Grifos nossos).

O que reforça ainda mais a necessidade de se buscar compreender a dimensão positiva da eficácia da vedação constitucional à pena de morte é justamente sua característica imutável. Isso nos faz ver que, não só a criminalidade em si é uma constante em qualquer sociedade, como também o tratamento que se vai dar ao homem delinquente deve ser uma preocupação de todos os governos que estejam sob a égide da Constituição vigente.

A imutabilidade da vedação constitucional à pena de morte, sendo uma constante constitucional, obriga-nos a uma preocupação séria e responsável com a política criminal. A discussão sobre a pena de morte vai muito além da fria análise de estatísticas que demonstrem o efeito de sua aplicação sobre a criminalidade. Esta, dentro de um sistema constitucional onde a vedação à pena de morte é imutável, não se combate com penas, mas com políticas sociais mais coerentes com a evolução das questões jurídicas de nosso tempo. Como veremos adiante, mesmo a soberania popular não decide sobre os temas imutáveis da Constituição. O plebiscito não pode, portanto, ser “uma via de autorização daquilo que a Lei Maior proibiu, ou uma via de proibição daquilo que a Constituição obrigou ou permitiu” (BRITTO, 1991: 71).

Não se pode deixar de reconhecer a legitimidade do estado de ânimo das vítimas ou dos familiares das vítimas de crimes hediondos, quando porventura propugnam pela “morte ao bandido”, mas daí a justificar a reintrodução da pena morte no Brasil vai um grande passo. Neste caso, parece-nos que estaríamos juridicizando a vingança, que é um valor nitidamente rejeitado na nossa Constituição, quando vemos que, desde o Preâmbulo, existe a referência a “valores supremos de uma sociedade *fraterna*, pluralista e sem preconceitos, fundada na *harmonia social* e comprometida, na ordem interna e internacional, com a *solução pacífica das controvérsias*”.

Não devemos encarar a imutabilidade prevista na Constituição pelo ângulo pessimista, como uma obrigação de convivermos com os criminosos, mas um reconhecimento da constância dos crimes em qualquer sociedade. Parece-nos oportuna a citação do Professor Sérgio Habib: “Antes de mais nada, é preciso que o Estado identifique o

seu real adversário. Certamente não é ele o criminoso, mas o crime. Enquanto o Governo continuar insistindo em combater o criminoso e desprezar o crime, essa luta estará perdida. Combater o criminoso significa lutar contra o adversário errado, até porque estará lutando contra a própria sociedade, já que é ele produto do meio. Lutar contra o crime, isto sim, é a verdadeira luta, porquanto combater o crime significa atacar a sua etiologia e prevenir as suas conseqüências. Por isso, a pena de morte não resolve, visto que destrói o criminoso, mas não elimina o crime.” (HABIB, 2002: 15)

Desde já, percebemos que existe uma associação que nos parece clara: discutir sobre a mudança da Constituição para reintroduzir a pena de morte no Brasil é considerar a criminalidade encarando apenas o criminoso; enquanto que a imutabilidade da vedação constitucional é uma orientação para o Estado resolver seus problemas de criminalidade, encarando o crime em si, como uma questão sociológica de fato, e não pelo aspecto psicológico do homem delinqüente.

De todas essas considerações, parece-nos que podemos tratar a vedação constitucional à pena de morte como uma autêntica norma de princípio programático, que não se exaure com a mera inexistência de meios oficiais de execução da pena capital. Por trás da vedação à pena de morte estão valores da maior relevância, como o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. Todos eles imutáveis e exigindo sempre do Estado tarefas inadiáveis.

CAPÍTULO VI

A eficácia positiva quanto ao

fundamento constitucional

na dignidade da pessoa humana

Mestre, qual é o grande mandamento da lei? Jesus lhe disse: Amarás ao Senhor teu Deus de todo o teu coração, e de toda a tua alma, e de todo o teu entendimento, este é o máximo, e o primeiro mandamento.

Mateus 22, 36-38

A citação evangélica que abre esse capítulo possui um sentido peculiar para a compreensão do princípio da dignidade humana. A expressão “de todo o teu coração e de toda a tua alma, e de todo o teu entendimento” parece se referir ao homem integral, representando, respectivamente, o seu sentir, o seu querer e o seu pensar (VILANOVA, 1976: 34), que devem estar todos eles voltados para o ideal de bondade e justiça, objetivo esse, por sua vez, representado na expressão “Amarás ao Senhor teu Deus...”.

Não acreditamos que *pensar* seja aqui uma mera atividade de um fanatismo religioso, mas sim da própria essência cartesiana do existir. “Todo o teu entendimento” significa, parece-nos, pensar no sentido de discernir ou compreender, um exercício mesmo do bom senso, como uma das faculdades do homem racional.

Sendo assim, quando se fala em “Amar a Deus”, nada impede que a compreendamos como amar a justiça, a verdade, ou seja, todos os valores que são objetos do estudo da Filosofia do Direito, e tão caros a uma comunidade que pretenda ser evoluída, apesar de não haver, e nem tão cedo haverá, uma definição precisa de todos eles.

O verbo *amar* ainda encontra muita resistência no meio científico em virtude de expressar os anseios que nascem das emoções e não da razão. Mas, se por um lado essa resistência impede que existam teorias abstratas e vazias, ou, como se costuma dizer, “sem valor científico”, por outro desconsidera o homem na sua integralidade. Da máxima “Amarás o Senhor teu Deus de todo o teu coração, de toda tua alma e de todo o teu entendimento” podemos extrair a idéia de que há uma referência ao sentimento, ao espírito (vontade) e à razão humana, respectivamente.

Então, amar, aqui, pode ser entendido como querer com intensidade, desejar algo. Não precisamos saber *o que é a Justiça* para termos a certeza de que a desejamos. Por

exemplo: quando a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 3.º, inciso I, dispõe que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade livre, justa e solidária, isto é a expressão de um desejo, mesmo que não haja nada definido sobre o que seja *cientificamente* uma sociedade com esses adjetivos.

Neste capítulo, analisaremos a nova metódica dos direitos fundamentais do indivíduo, demonstrando que, depois de verificada a tese da inatingibilidade do direito à vida pela aplicação penal, bem como a noção de eficácia positiva da norma que veda a pena de morte, o direito ao desenvolvimento do reeducando, como corolário da dignidade da pessoa humana, é o segundo fator mais importante para se considerar a limitação axiológica que impede a reintrodução da pena de morte no sistema jurídico brasileiro.

A dignidade da pessoa humana é um tema estreitamente ligado ao da Democracia que, por sua vez, “não se reduz à soberania popular, mas compreende também uma outra exigência insuprimível: o respeito aos direitos humanos” (COMPARATO, 1991). Entretanto, a relação entre política e democracia tem sido alvo de profundos debates no sentido de uma revisão de seus conceitos e alcances, principalmente numa sociedade massificada como a que se apresenta nos tempos atuais.

O Estado Liberal surgiu com os ideais da limitação dos poderes do soberano, caracterizando a gênese dos direitos individuais. Com ele, a democracia, de origem grega, retoma uma posição de destaque nas definições da política de um modo geral.

Mas o Estado continuou com seu caráter de autoridade sobre os indivíduos. Paulo Bonavides observa que, dentro de uma acepção sociológica, Duguit encara o Estado como toda sociedade humana na qual há diferenciação entre governantes e governados, e em sentido restrito como “grupo humano fixado em determinado território, onde os mais fortes impõem aos mais fracos sua vontade” (DUGUIT, 1923: 14-15 *apud* BONAVIDES, 2000: 64).

Em se tratando do que se convencionou denominar de regra da maioria, o caráter multidisciplinar da sociologia jurídica tem estreita relação com a sociologia e ciência políticas. “A instauração do Estado de bem-estar e seu momento de crise atual lidam com um problema básico: a combinação, no mesmo momento histórico, entre direitos civis, políticos e sociais” (CAMPILONGO, 2000: 23). A nosso ver, essa combinação está expressa na implicação ao mesmo tempo negativa e positiva sobre as considerações da eficácia dos direitos fundamentais.

Talvez seja difícil conciliar o pensamento grego antigo com as idéias modernas sobre política, Estado e sociedade de um modo geral. Para Aristóteles, por exemplo, a Democracia poderia perfeitamente conviver com a sua lógica da escravidão. Sobre a qualidade de cidadãos, Aristóteles considerava apenas aqueles que tinham direito de votos nas Assembléias e de participação no exercício do poder público em sua pátria (ARISTÓTELES, 2000: 42) e desconsiderava os estrangeiros e os escravos, bem como, “com mais forte razão, devemos deliberadamente riscar desta lista os infames e os banidos”.

Essas concepções, que poderíamos caracterizar, dentro de um contexto atual, de discriminatórias, faziam parte de uma época em que a dignidade da pessoa humana era estabelecida sobre parâmetros quantitativos. A dignidade humana, em termos de qualidade, proporcionada mais tarde pela ética cristã, ensejou um reconhecimento da igualdade no gênero humano.

O dispositivo “todos são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*”, que vem precedendo a garantia da inviolabilidade do direito à vida, no *caput* do Art. 5.º da Constituição Federal, está em perfeita sintonia com a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, disposta no Art. 1.º, III, sob o Título I: Dos Princípios Fundamentais.

Esse entendimento é que vai corroborar a idéia justa de se consagrar direitos fundamentais aos homens delinquentes, que não podem ser preteridos de serem titulares de direitos da mesma forma que os cidadãos honestos, como corolário também do ideal de Igualdade, consagrado pela Constituição.

O sentido da observância dos direitos do condenado está principalmente na idéia de que “Se o Estado prende, fica garantidor do preso, inclusive pelo atendimento efetivo dos direitos que não perdeu, tais como os inerentes à integridade física, saúde, trabalho remunerado, dignidade, convívio familiar” (MACEDO, 1993: 334), todos esses direitos descendentes da dignidade da pessoa humana, aos quais acrescentaríamos o direito ao desenvolvimento.

6.1. A justiça da reeducação e o direito ao desenvolvimento

Para comprovar a justiça da necessidade de recuperação do homem delincente, no entanto, devemos fazer, antes, uma distinção fundamental entre as forma de compre-

ensão do ser humano. Partimos do entendimento de que qualquer modalidade de execução penal deve atingir o aspecto axiológico da *personalidade* do indivíduo e não o aspecto ontológico da sua *pessoa*, o que se confunde com a própria noção do que afirmamos anteriormente ser despropositada a classificação de pena de morte entre as penas corporais.

A compreensão ao mesmo tempo axiológica e ontológica da pessoa não constitui, aliás, novidade, podendo-se remontar, nesse sentido, até Hegel, que, no entanto, culminou na redução do axiológico ao ontológico, mas de tal forma não resolveu, mas antes suprimiu o magno problema, inclusive pela negação da distinção essencial entre ser e dever ser, sem a qual se acaba por reduzir o indivíduo à sociedade ou ao Estado, ou por diluí-lo no *processus objetivante* da história (REALE, 1963: 65).

Norberto Bobbio lucidamente observa que, na concepção utilitarista da pena, do ponto vista de tarefa do Estado de ajudar o condenado a se corrigir, a pena capital é absolutamente incompatível, “pela óbvia razão de que a condição necessária para se emendar é sobreviver” (BOBBIO, 1992: 197).

Já para Eduardo Nicol (NICOL, 1946: 30 *apud* REALE, 1963: 65), “o que o homem ‘é’ em ato nunca é a atualidade completa de sua potência de ser. Por isso, tende a atualizar as suas potencialidades de ser, da única maneira que nele é possível, ou seja, vivendo”. O autor percebe bem essa distinção ao demonstrar a Vida como um ambiente específico para o processo de evolução, e nós completáremos afirmando que a liberdade é o instrumental básico deste processo,²⁰ para concluir que esse caráter de instrumentalidade é que permite a sua regulação através da organização da sociedade.

Uma vez mal utilizada a sua liberdade, é dever do Estado reconduzir o indivíduo ao seu objetivo de desenvolvimento, aí sim, com penas proporcionais ao seu ilícito, de caráter mais educativo do que repressivo, porém jamais vingativo como o fora em tempos antigos.

Podemos citar aqui o exemplo da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), entidade civil que tem por finalidade recuperar os condenados e proteger a sociedade, cuja filosofia é “matar o criminoso e salvar o homem”.

²⁰ Maggiore concebe a própria liberdade como um processo (MAGGIORE, 1951: 370).

O direito ao desenvolvimento, enquanto um direito inerente à natureza humana, reconhece a preservação da dignidade do ser humano que tinha na delinquência uma fase anterior de seu comportamento, superada por esforços dele, do Estado e da Sociedade.

A vedação constitucional à pena de morte implica não só uma abstenção do Estado quanto ao direito à vida do indivíduo, como também, e principalmente, uma necessária prestação positiva no tocante à promoção do desenvolvimento de sua personalidade, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento de República Federativa. Existem, portanto, quatro conceitos que estão intrinsecamente relacionados, que são: dignidade humana/desenvolvimento; recuperação/ressocialização.

Identificamos, nesse contexto, outro dispositivo constitucional que vai demonstrar a perfeita sintonia entre o princípio da igualdade como norma impositiva, a solidariedade social e a dignidade humana, expressa no direito ao desenvolvimento. Trata-se do Art. 205 da CF/1988, que possui a seguinte redação:

Art. 205: A educação, *direito de todos e dever do Estado* e da família, será promovida e incentivada com a *colaboração da sociedade*, visando ao pleno *desenvolvimento da pessoa*, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. – Grifos nossos.

Entendemos que o reconhecimento, pela Constituição, da educação como um “direito de todos”, combinado com a noção de igualdade “sem distinção de qualquer natureza” (Art. 5.º, *caput*), revela um outro valor com relação especificamente aos homens delinquentes, qual seja: a inexistência de criminosos irre recuperáveis. É exatamente a função educativa que reflete, na pena, o sentido da dignidade humana, até porque “a idéia de ‘punição exemplar’ só se legitima enquanto funcione como um exemplo *didático*, tanto para quem sofre com para os demais” (TALAMINI, 1995: 188).

O direito ao desenvolvimento pressupõe a dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, é um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, repetimos sempre. Como vimos, a moderna concepção do Direito Penal, corroborada pelos ideais dos direitos fundamentais, traduz a conservação da dimensão humana no homem delinquente. Com isso, sugere-se que o fator delinquência é visto como algo que pode ser separado do homem ou, melhor entendido, como um mal a ser sanado no homem.

Jason Albergaria, analisando a importância da Criminologia para a prevenção dos crimes, afirma que, como ciência humana, ela está “a serviço da liberação do homem”, e conclui, citando Pinatel (PINATEL, sem inf. *apud* ALBERGARIA, 1988: 21), que ela “tem por fim último a promoção do homem ou ascensão da condição humana, ao emancipar-se das cadeias dos determinismos biológicos, psicológicos e sociológicos, que influenciam o comportamento”, embora discordemos, aqui, das teses deterministas.²¹

Diametralmente oposto a idéia de destruição do homem, o direito ao desenvolvimento é um dos principais fatores que contribuem para a ilegitimidade da pena de morte. Tal direito, apesar de não ser constitucionalmente expresso, pode ser perfeitamente enquadrado, não só a partir do princípio fundamental supra citado, como dentro da própria metódica dos direitos fundamentais individuais, que a Constituição Federal estabeleceu esparsamente no Art. 5.º.

A recuperação do delinqüente é vista como um meio de defesa social, portanto, muito mais do que um direito individual daquele que delinqüê, pois procura resgatar, tanto individual como coletivamente, o referencial ético comum a todos os homens. O desenvolvimento moral do homem delinqüente se confunde, portanto, com o próprio desenvolvimento da sociedade que, dentro do objetivo fundamental da construção de uma sociedade justa e solidária, deve cooperar para a execução penal, do que trataremos adiante.

Toda ação estatal deve estar voltada para o sentido evolutivo expresso no princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de incorrer em uma flagrante inconstitucionalidade. O Estado deve existir em função do indivíduo, sendo um coadjuvante no desenvolvimento de sua personalidade. O crime é um componente comum na natureza humana, e mesmo que fosse insanável, exige-se, no mínimo, o esforço estatal no sentido de seu tratamento.

6.2. Os Projetos na Câmara e suas justificativas

Alheio a essas determinações axiológicas, o legislador brasileiro ainda procura encontrar um meio de trazer para ordenamento jurídico brasileiro o que é vedado pela Constituição e protegido pelas denominadas *cláusulas pétreas* (Art. 60, § 4.º, I – IV).

²¹ Ver nota 7, na página 36 deste Trabalho.

Assim, alguns Projetos podem ser encontrados na Câmara Federal, tendo como proposta a reintrodução da pena de morte no Brasil.

O Projeto de Emenda à Constituição N.º 113/99, de autoria do deputado Luciano Bivar (e outros),²² traz, entre as justificativas, o seguinte argumento: “A hipocrisia de grande parte da sociedade, a insuficiência e o despreparo do aparelho de segurança, além da inoperância das leis, só têm servido para alimentar o crime. No transcorrer desta década, é patente a fragilização dos instrumentos de que dispõem a União e os Estados para enfrentar a indústria dos seqüestros”.

Nesse caso, não nos parece legítimo fundamentar qualquer ajuste político-constitucional, principalmente de ordem fundamental, sobre dados associados a aspectos de má atuação do Estado. Entendemos que mais racional seria identificar os problemas de ingerência e tentar resolvê-los a nível governamental. Sendo mais realista, o “combate” à criminalidade virou plataforma de campanha de muitos pretensos políticos que vêm no medo generalizado uma excelente fonte de votos. Isso faz com que eles abusem de falsas premissas em discursos retóricos, contestando, irresponsavelmente, as conclusões da doutrina mais abalizada de Direito Penal, Criminologia etc. Muitas vezes, dão a entender que o sistema penitenciário brasileiro, na condição falida em que se encontra, supostamente irreversível, não atende efetivamente aos seus fins.

Idêntica é a Justificação do deputado Coronel Garcia (e outros) no Projeto de Emenda Constitucional N.º 231/00,²³ que bem demonstra essa incoerência na sua pretensa fundamentação e que aqui destacamos:

O momento de bárbara violência que o país atravessa é a *prova incontestada da superação da idéia de se ter o sistema prisional como de reeducação do preso*. É utópica a tese, mostrando como está que o delinqüente, *uma vez posto de volta às ruas torna a delinqüir*, salvo uma minoria inexpressiva. – Grifos nossos.

O deputado fundamenta, com outros parlamentares, a necessidade de discutir a pena de morte no Brasil basicamente sobre os problemas da violência e da reincidência. Aqui, utilizamos a precisa observação do Professor Augusto Thompson, que em seu livro *A Questão Penitenciária* (THOMPSON, 2000: 7-15) faz a distinção entre os objeti-

²² Ver Anexo 1.

²³ Ver Anexo 2.

vos ou fins (recuperação e ressocialização) e os meios (segurança e disciplina). A idéia de que a punição é um castigo, alimentada pela cultura da “cadeia”, leva a sociedade a dar maior relevância aos meios em detrimento dos fins.

A reincidência é “uma prova manifesta”, aí sim, “de que a instituição falhou nos objetivos, sobretudo no que compreende a intimidação e a recuperação. Entretanto, a constatação do fato não oferece ensejo a reações perceptíveis por parte da população” (THOMPSON, 2000: 8).

E chega, ainda, à seguinte conclusão, o Professor: “Toda vez que um detento consegue escapar das grades será, necessariamente, instaurado um inquérito, visando a descobrir as causas e as responsabilidades referentes ao fato. Nunca ninguém se lembrou de adotar medida semelhante para cada caso em que um indivíduo, posto em liberdade, após submeter-se ao trabalho intimidativo e curativo da prisão, a ela retorna por força da reincidência. Não obstante, há aí prova sobeja de que a instituição fracassou e seria curial averiguar as causas e as responsabilidades do insucesso, se tal é a medida que se toma relativamente a uma falha observada quanto à operação dos meios” (THOMPSON, *idem*: 8 e 9).

É evidente, neste ponto, que a falha ou o fracasso a que o Prof. Thompson se refere só poderá ser atribuída ao Estado no seu fim específico, em matéria de Justiça Penal. Porém, quase sempre se vê associar essa falha ao próprio detento, tirando daí justificativas descabidas que, muitas vezes, são utilizadas para fundamentar a necessidade de tais medidas. Mais essa incoerência vem comprometer as tentativas de se reintroduzir a pena de morte no Brasil e que tentamos justamente denunciar neste trabalho, num anseio de se buscar uma competente adequação constitucional.

Ainda o Projeto de Decreto Legislativo N.º 1896/00, de autoria do deputado federal Cunha Bueno,²⁴ dispõe sobre a realização de plebiscito concomitantemente às eleições para prefeito de 2004, propondo a instituição da prisão perpétua e da pena de morte. Curiosos são os argumentos sob o título de Justificação desse Projeto, dentre eles o fato de que “O *sistema penitenciário* e a *justiça criminal* não têm sido suficientes para conter o avanço da violência no País”. Se olharmos a realidade brasileira, podemos identificar, aí, um problema de deficiência do Poder público, uma vez que por trás dos conceitos de *sistema penitenciário* e de *justiça criminal* vamos encontrar a figura do Estado.

²⁴ Ver Anexo 3.

6.3. Plebiscito x Dignidade Humana

Os Projetos recorrem indistintamente aos mecanismos de democracia participativa estabelecidos no artigo 14 da Constituição Federal, Plebiscito e Referendo, como forma de consulta popular para dar legitimidade ao processo legislativo. Mas, o que nos chama a atenção é a frágil premissa “a voz do povo é a voz de Deus”, como a legitimar, por sua vez, a própria consulta popular estampada no Projeto de Dec. Legislativo N.º 1896/00. Aqui, precisamos tecer algumas considerações mais aprofundadas.

Se pudermos conceber a sociedade como um resultado de uma união de forças para atingir o bem comum, então devemos levar em consideração os mecanismos que originam essas forças, como, por exemplo, o pensamento dominante que procura legitimar as decisões políticas. A evolução social produz as decisões políticas, e a legitimidade está na transferência dessas decisões do mundo moral ao mundo jurídico. Ficou claro alhures que, para nós, é a ética cristã que deve inspirar o Direito.

Pedimos *venia* para recorrermos mais uma vez às lições de Duguit. O publicista francês rejeita a idéia do contrato social e sua conseqüente concepção de “eu comum” de uma pessoa coletiva, pois, para ele, o contrato surgiu no espírito do homem a partir do dia em que viveu em sociedade. Então, traz o seguinte argumento que achamos por bem destacar para que possamos acompanhar a reflexão do autor:

Admitindo que o poder político pertence à coletividade personificada, ainda assim não fica demonstrado que ele se mostra legítimo. Por que considerar a vontade da coletividade superior à vontade individual? Ao expressar-se coletivamente, a vontade não deixa de ser uma vontade humana (DUGUIT, 1996: 42).

E, em sua arguta percepção, completa o autor, com um raciocínio preciso, que a Revolução idealizou a substituição do direito divino dos reis pelo direito divino do povo; “afirmar que a coletividade tem o poder legítimo de mandar, pelo fato de ser coletividade, representa uma asserção de ordem metafísica ou religiosa análoga à concepção do direito divino dos reis” (DUGUIT, *idem*: 43).

O que questionamos, nesse particular, é se a regra da maioria, como “simples técnica de que se serve a democracia para tomar decisões governamentais no interesse geral” (DA SILVA, 2000: 134), serve também para questões éticas. Quando falamos de

pena de morte, estamos nos referindo a conceitos eminentemente éticos, e a política criminal transcende as questões de interesse da coletividade, e atinge direitos essenciais do indivíduo. Paulo Bonavides considera, de forma precisa, que “a Sociedade, algo interposto entre o indivíduo e o Estado, é a realidade intermediária, mais larga e externa, superior ao Estado, porém inferior ainda ao indivíduo, enquanto medida de valor” (BONAVIDES, 2000: 60).

O constitucionalista cearense observa que a doutrina do Estado Liberal produziu vários dogmas, entre os quais o da opinião pública, que veio apoiada na confiança da sociedade burguesa no “estado geral de otimismo e esperança nas faculdades da razão libertadora” (BONAVIDES, idem: 452).

Entretanto, aceitar que a opinião pública possa decidir sobre temas éticos como a pena de morte é fazer do conceito de Democracia algo apartado dos valores da ordem jurídica, traduzidos, principalmente, no fundamento da dignidade da pessoa humana. Sobre a regra da maioria, inerente ao sistema democrático, deve-se levar em conta que, em muitas questões, não se deve prevalecer mecanismos que envolvam “quantidades”, mas, sim, que se adotem métodos qualitativos. Para Gramsci, “os números são um simples valor instrumental, que dão uma medida e uma relação, e nada mais” (GRAMSCI, 1980: 88 *apud* CAMPILONGO, 2000: 115), o que nos faz compreender que legitimar não é somar votos.

O Estado de Direito atual, mesmo com seus qualificativos político-ideológicos, ainda não conseguiu se desvincular da noção abstrata e formal da época em que esse conceito era desenvolvido por um ponto de vista da burguesia. Pergunta Müller: “Em que consiste especificamente a função da *racionalidade* pretendida e afirmada de uma metódica jurídica no âmbito do *Estado de Direito*?” E ele mesmo responde: “Ela consiste, por um lado, no fato de ela dar à sociedade econômica burguesa a *calculabilidade*, transparência e regularidade efetivamente necessárias: eis a *instrumentalidade* da metódica jurídica. E ela consiste, por outro lado, no fato de produzir um efeito *legitimador*, na medida em que a transparência dos processos decisórios ou ao menos das razões da decisão devem tornar a decisão acessível à crítica e ao controle, criando com isso os pressupostos reais para a pretensão do Estado constitucional liberal, para basear tanto o *status quo* quanto a sua transformação na anuência, na sua solução e no seu compromis-

so e na opinião aceita da maioria: eis os *limites da sua instrumentalidade*” (MÜLLER, 1995: 28 – Grifos do autor).

Sobre a noção de instrumentalidade associada à produção de um efeito legitimador, através da opinião da maioria, o Estado de Direito se reduz a um Estado Técnico, sendo o povo, ou a Nação, transformado em um mero instrumento utilizado na “fabricação” de decisões. Talvez, aqui, se possa compreender, na língua alemã, a noção de *Poder* identificada com a de *violência*.

Nos casos concretos, por exemplo, a opinião pública não atua como controle efetivo do abuso policial. Em 1990, uma pesquisa do IBOPE, referente a direitos humanos, mostrou que “mais da metade das pessoas entrevistadas em São Paulo acredita que os presos ‘*vivem uma vida melhor do que a maioria dos brasileiros*’ e que a população não deveria ter que pagar para sustentá-los” (Relatório, 1993: 26 – Grifos nossos).

Nas palavras de Celso Fernandes Campilongo, “é ridículo submeter os direitos fundamentais ao escrutínio do maior número. A regra da maioria tem um limite claro: não é legítima – nem ela nem nenhuma outra – para condicionar, suprimir ou reduzir os direitos essenciais da pessoa humana” (CAMPILONGO, 2000: 53).

Vale lembrar que a técnica do maior número teve sua origem no Estado Liberal, de onde nascem os próprios direitos individuais, na perspectiva de se limitar o Poder público. Torna-se contraditório querer usar essa técnica da Democracia justamente para reduzir um direito individual por excelência. Para Campilongo, “Numa realidade que nega os direitos fundamentais da pessoa humana a parcelas significativas da população, a regra da maioria assume a feição de instrumento de auto-legitimação da autoridade. Sem respeito aos direitos humanos, a participação política livre e igualitária torna-se utópica”. E, mais adiante, sintetiza o autor: “O maior número tem sempre essa característica: suplantar a autoridade, abater a tirania. Mas também representa, de outra parte, ele mesmo a autoridade e a opressão à minoria” (CAMPILONGO, idem: 110 e 124). Concluimos esta parte afirmando que a dignidade da pessoa humana, base axiológica de um Estado Democrático de Direito, impõe deveres a todo universo político, Estado e Sociedade, e com ele seria incompatível se admitisse a possibilidade de se utilizar do princípio democrático como regra legitimadora da supressão de direitos humanos fundamentais.

CAPÍTULO VII

A eficácia positiva quanto ao objetivo fundamental de se construir uma sociedade livre, justa e solidária

Era então o dia da preparação da Páscoa, quase a hora sexta, e disse Pilatos aos judeus: Eis aqui o vosso rei. Mas eles diziam aos gritos: Tira-o, tira-o, crucifica-o.

João 19, 14 e 15

A certeza da impossibilidade de se adotar a pena de morte no atual sistema jurídico brasileiro, mesmo através de plebiscito, não afasta as discussões neste sentido. Volta e meia, elas surgem no cenário nacional e sempre motivadas pelo clamor público, representado pelo lema de “combate à criminalidade”, incentivado por campanhas políticas descompromissadas com os estudos da ciência penal, que se fundamentam nos ideais da justiça criminal.

Os Projetos que citamos neste trabalho, e consideramos importante apresentá-los nos Anexos, receberam todos, lucidamente, o parecer contrário de seus competentes relatores e alguns, até onde pudemos pesquisar, encontram-se já arquivados na Câmara Federal. Mas, aqui, eles estão servindo para fazermos uma confrontação justamente entre os valores analisados que extraímos da Constituição e aqueles que se apresentam como “Justificação” para sua propositura.

Como vimos, não nos parece suficiente a vedação constitucional no sentido de uma oposição negativa ao Estado de não afetar o direito à vida de seus cidadãos. O mero reconhecimento da impossibilidade de *matar* em caso de execução penal fica dependendo de uma outra obrigação, como procuramos demonstrar no capítulo 5: o da prestação positiva do Estado no sentido de promover a recuperação e conseqüente ressocialização do condenado.

Ora, se o Estado se compromete a manter vivo o condenado e tem ainda como obrigação a promoção do retorno deste à sociedade, é necessário que se dê bastante atenção a esse segundo processo, que tem como principal interessada a própria sociedade, devendo esta, por sua vez, contribuir para o êxito deste objetivo. Essa é outra noção do dever de recuperação como defesa social.

Mas, de onde podemos tirar, na Constituição, o entendimento de que a sociedade deve cooperar com os objetivos do Estado? Pensamos que a resposta está no Art. 3.º, inciso I, da Constituição Federal que determina como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

A solidariedade social é um dos componentes essenciais em vários aspectos da política nacional e não o descartamos quanto às questões referentes à criminalidade, onde a sociedade tem um papel relevante em termos de responsabilidade. Dentro deste contexto de um “objetivo fundamental”, proposto constitucionalmente, procuramos demonstrar a estreita relação que há entre solidariedade e responsabilidade, tendo a sociedade como um objeto básico de realização.

7.1. O distanciamento social e a morte informal

Como vimos anteriormente, o homem não se restringe ao seu corpo. Assim, não se pode reduzir o entendimento sobre extermínio especificamente à destruição orgânica de vidas humanas. No Brasil, esse conceito é ampliado quando remontamos à História e vemos a sistemática aniquilação cultural de nossas matrizes étnicas, pelos colonizadores.

O sociólogo Darcy Ribeiro refere-se a um histórico processo de deculturação das etnias, matrizes formadoras do povo brasileiro (RIBEIRO, 1995: 249) e, como consequência da concentração de uma força de trabalho escravo, fala ainda da estruturação dos grupos humanos em classes opostas, dando origem ao grande distanciamento social entre as classes dominantes e as subordinadas (RIBEIRO, idem: 23). Pensamos como Miguel Reale Júnior quando ele afirma que desde a Independência (1822) “vigora uma endêmica instabilidade política e baixo índice de real exercício da democracia por parte da maioria da população, ao lado de um discurso liberal que se contenta, todavia, mais com a coerência das idéias do que com sua efetividade” (REALE JÚNIOR, 2002: 137). Criou-se, assim, a existência de duas realidades que convivem, mas são inconciliáveis: a combinação da estrutura estamental da sociedade brasileira e sua instabilidade; antinomia, essa, cuja principal razão de ser está, para Reale Júnior, na nossa estrutura escravocrata.

Numa observação, que classificáramos de profética, Darcy Ribeiro observa ainda que “Nessas condições de distanciamento social, a amargura provocada pela exacerbação do preconceito classista e pela consciência emergente da injustiça bem pode eclo-

dir, amanhã, em convulsões anárquicas que conflagrem toda a sociedade” (RIBEIRO, 1995: 25). Fatos como já ocorridos no Rio de Janeiro podem ser um sinal a vir confirmar essa previsão.

A inefetividade do Art. 5.º da Constituição se dá pela “falta de assistência jurídica e a ausência do Poder Judiciário”, que não se aproximam da população, disponibilizando o atendimento das pessoas humildes (REALE JÚNIOR, 2002: 145).

É flagrante, na sociedade, um distanciamento sócio-cultural que acarreta um alheamento ou desinteresse pelos problemas e necessidades daqueles que vivem em favelas e periferias. Surge, assim, a tendência de se criminalizar, tornando típicas cada vez mais condutas que, em grande parte, representam caracteres de defesa daqueles que vivem em situações precárias e na exclusão social, que não são atingidos pelas atividades administrativas regulares e elementares do Poder público, como segurança, saúde e educação, não sendo, dessa feita, enquadrados na previsão normativa do fundamento da República Federativa do Brasil: a cidadania (Art. 1.º, II).

Miguel Reale Júnior observa, ainda, que a “sociedade brasileira sempre se caracterizou pelo mais extremo individualismo” comprometendo o “espírito comunitário indicador de uma solidariedade catalisadora dos seus membros em torno de um interesse coletivo” (REALE JÚNIOR, *idem*: 146).

Como limites às tendências criminalizadoras, Christie propõe o seguinte raciocínio: “Atos não são, eles *se tornam* alguma coisa. O mesmo acontece com o crime. O crime não existe. É criado. Primeiro, existem atos. Segue-se depois um longo processo de atribuir significado a esses atos. A distância social tem uma importância particular. A distância aumenta a tendência de atribuir a certos atos o significado de crimes, e às pessoas o simples atributo de criminosas” (CHRISTIE, 1998: 13).

Nesse contexto de alheamento da sociedade, já nos ensinava Paulo Freire que “a distância social existente e característica das relações humanas não permite a dialogação”; esta, por sua vez, “implica na responsabilidade social e política do homem” (FREIRE, 1999: 78). O inverso, ou seja, a aproximação social é um ato de responsabilidade política e social. Não necessariamente uma aproximação física, mas pelo menos uma mudança de mentalidade que elimine os preconceitos e propicie à sociedade uma real visão de seus próprios problemas, servindo de ambiente propício para a efetivação

do objetivo fundamental de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais” dispostos no Art. 3.º, III da Constituição Federal.

Como resultado desse distanciamento, contudo, e em oposição total ao previsto na Constituição como Princípios Fundamentais, surge na realidade uma verdadeira aprovação velada pela sociedade da atuação arbitrária do aparelho repressivo estatal, tornando fato o que é constitucionalmente vedado. Assim, o extermínio de suspeitos e condenados pelos agentes públicos em atividades ilegais, como fato notório e socialmente comprovado, afeta diretamente a norma constitucional que veda a pena de morte, no seu aspecto teleológico.

Poderíamos citar como exemplo de casos notórios o massacre no Carandiru em 1992, onde 111 presos foram literalmente trucidados pela polícia dentro do presídio e, muitos deles, confinados em suas celas. E, para apontar um pequeno e limitado dado de como as formas de extermínio são as mais variadas, como demonstra o quadro abaixo, verificamos, num exemplo, o que ocorre nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro:

Como a Polícia Extermina *

	São Paulo	Rio
Médias de perfurações a bala por cadáver	3,2	4,3
Disparos nas costas (em %)	51	65
Disparos na cabeça (em %)	36	61
Lesão corporal além do tiro (em %)	23	32
Casos sem testemunha (em %)	44	83
Vítimas negras ou pardas (em %)	54	65
Mortes nos hospitais (em %)	73	78

*Fonte: Revista ÉPOCA, 7 de maio de 2001, p. 78.

Um estudo realizado por Ignácio Cano e José Carlos Fragoso sobre a *Letalidade da Ação Policial no Rio de Janeiro* concluiu pela incapacidade da Justiça Militar para controlar e punir os abusos. Os resultados convalidaram a resolução do legislador que, em 1996, decidiu passar a jurisdição sobre os homicídios dolosos cometidos por polici-

ais militares para a Justiça Comum, não acabando, porém, com os inquéritos policiais militares para estes casos (CANO & FRAGOSO, 1999: 232).

Bauman, citado por Christie, chega a lembrar o Holocausto e propõe que sua experiência seja observada como um “laboratório sociológico”, ou seja, que deveríamos mesmo “tratar o Holocausto como um teste raro, mas significativo e confiável, das possibilidades ocultas da sociedade moderna” (BAUMAN, 1978: 12 *apud* CHRISTIE, 1998: 172). O fundamento é que o Holocausto encontra suas condições precisamente nas mesmas que ajudaram a criar a sociedade industrial, ou seja, a divisão do trabalho, a burocracia moderna, o espírito racional, a eficiência, a mentalidade científica e, particularmente, o fato de se relegar os valores de importantes setores da sociedade.

No Brasil, a comparação do extermínio pela polícia com os campos de concentração nazista é feita por Pedro Armando Egydio de Carvalho quando comenta o massacre do Carandiru, em 1992. Para ele, “Em síntese, Auschwitz conduz à reflexão, à tomada de consciência; Carandiru, à ação birreflexiva, à conduta guiada pelo intolerável” (CARVALHO, 1998: 175).

Não bastassem as modalidades de extermínio direto, não devemos esquecer as diversas formas indiretas de extermínio que vitimam, às centenas, os condenados a cumprirem pena em nosso sistema penal, entre elas, os suicídios, a violência nas penitenciárias, sem contar a chamada “morte viva”, pois uma grande porção de homens das classes mais baixas acaba vivendo a maior parte de suas vidas em presídios, levando uma vida ociosa e sem perspectivas de futuro, mesmo quando egresso.

A vitimização pelo sistema carcerário foi objeto de estudo do Professor Heitor Piedade Júnior, com enfoque no Rio de Janeiro. Afirma o Professor que “Na ‘cidade maravilhosa’, no Brasil, ou em qualquer parte do mundo, o problema carcerário constitui um processo de vitimização de seres humanos que delinqüiram, tornaram-se marginalizados e hoje vivem sem condições de fazerem qualquer projeto de futuro, porque seu futuro é seu presente, e seu presente é a desesperança” (PIEADADE JÚNIOR, 1994: 81).

O que aparenta ser uma visão escatológica ou apenas pertencente à sociedade europeia, no que concerne ao exemplo do Holocausto, por exemplo, parece-nos poder ser enquadrado em nossa realidade. Ao lado, ainda, da experiência americana, onde prisões valem dinheiro e a escravidão refletiu num sistema penal altamente discriminatório, o Brasil também nasceu e cresceu dentro de condições negativas às experiências democrá-

ticas, como uma colonização fortemente predatória, à base da exploração econômica (FREIRE, 1999: 74-75).

O povo-nação, no Brasil, “surge da concentração de uma força de trabalho escrava, recrutada para servir a propósitos mercantis alheios a ela”, com processos violentos de ordenação e um “continuado genocídio e etnocídio implacável”, aumentando o distanciamento entre as classes dominantes e as subordinadas (RIBEIRO, 1995: 23), levando-nos, atualmente, à banalização de procedimentos arbitrários para solução de problemas que, antes, deveriam ser tratados com sentimentos de solidariedade e, conseqüentemente, de responsabilidade.

Toda essa atuação ilegal do Poder público compromete a eficácia da norma constitucional que veda a pena de morte na sua dimensão negativa, como vimos no quinto capítulo deste trabalho. E esse comprometimento, através do que se convencionou denominar de *pena de morte informal*, demonstra que a *eliminação da vida de um condenado a uma determinada pena, ou antes, de um réu em julgamento, em nosso sistema jurídico, parece-nos poder ser sim encarada como uma ofensa à vedação constitucional*, o que responde ao nosso segundo questionamento da Introdução.

7.2. Pelo controle da criminalidade

Enquanto não se resolve o problema estrutural da sociedade em nível cultural e educacional, permitindo uma aproximação entre camadas ricas e pobres, analfabetas e letradas, sempre haverá um alheamento da realidade e, como conseqüência, o desejo de eliminação daqueles que perturbam a ordem social, contrariando conceitos firmados na consciência jurídica.

Na análise ponderada de Jorge da Silva, “o objetivo de qualquer política pública para a área de segurança não é acabar com a criminalidade, e sim situá-la num limite que não ameace a harmonia social e a própria ordem estabelecida” (SILVA, 1999: 139).

O objetivo do Direito é a harmonia social. A idéia de conflito, portanto, não é compatível com a de Direito. Em termos conceituais, o oposto do Direito é a guerra, o confronto. No Brasil, especificamente, ainda ouvimos falar no lema da “guerra contra a criminalidade”. No entanto, como bem observa Luiz Flávio Gomes, “nenhuma política criminal, se pretende ser guiada pela prudência e pelo equilíbrio, pode ser adotada sob o influxo de um momento emocional e interessadamente manipulado e conduzido” (GO-

MES, 1993: 33). Como vimos no capítulo segundo deste trabalho, já no século XVII Beccaria encarava a pena de morte não como um direito, mas a “guerra da nação contra o cidadão”, corroborando aqui a idéia de guerra como oposto conceitual de direito.

Mesmo conceitualmente, portanto, o direito não se resume simplesmente a uma norma na forma de um comando, sob a ameaça de um mal no caso daquela não vir a ser obedecida. E em nada se assemelha, ainda, no exemplo de Hart, com a coação do assaltante frente à vítima, pois, para Hart (HART, 1994: 12), “o direito é mais bem compreendido como um ‘ramo’ da moral ou da justiça e de que a respectiva congruência com os princípios da moral e da justiça é da sua ‘essência’, mais do que a sua integração por ordens ou ameaças”.

Podemos identificar a noção de cooperação social resultante do objetivo de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, acarretando um preceito de responsabilidade social e seus desdobramentos quanto à impossibilidade da opinião pública legitimar a discussão em torno da adoção da pena capital na ordem constitucional vigente, o que já enfrentamos no capítulo anterior.

Luiz Flávio Gomes parece estar de acordo com a nossa sugestão quando observa a superação da vingança do Direito primitivo, que cedeu seu lugar para o humanitarismo do Direito civilizado, como fator marcante de toda História do Direito Penal, e quando afirma que “defender a pena de morte, portanto, neste final de segundo milênio, é defender o atraso, é encampar a bandeira puramente materialista da sociedade neocapitalista atual, é reconhecer a regressão antropológica e moral do Homem, é, enfim, aceitar o perfil do chamado homem **cool**, marcado pela insensibilidade e pela indiferença, além do egoísmo” (GOMES, 1993: 34 – Grifo do autor).

A respeito da consequência irracional da opinião pública das massas, vista anteriormente, Paulo Bonavides adverte: “Não se iluda o publicista democrático a esse respeito, cunhando a expressão agora de uso corrente no vocabulário político da propaganda: o ‘estereótipo’, ou seja o ‘clichê’, ‘frase feita’, a moda, o ‘slogan’, a idéia pré-fabricada, que se apodera das massas, aceitam e incorporam ao seu ‘pensamento’, entrando assim a constituir a opinião pública”. (BONAVIDES, 2000: 459).

Um desses *slogans* que comumente vemos sendo anunciados pelos profissionais da segurança pública em nosso País é o do “combate à criminalidade” ou da “tolerância zero”. Ao lado deles, temos os estereótipos do “monstro”, as frases feitas como “bandi-

do bom é bandido morto”, entre outras aberrações que andam espalhadas pela sociedade, demonstrando o estado de espírito das pessoas comuns.

Vale observar que o Direito reconhece o homem enquanto ser real e as noções fantasiosas de “monstros”, “feras”, ou coisas do gênero nos remetem a um conceito irreal do ser humano, ou melhor, um conceito que busca descaracterizar a qualidade do aspecto humano natural em uma determinada pessoa que apresenta um comportamento nocivo ou cruel. O mesmo se dá, no sentido oposto, quando encontramos pessoas com bondades superlativas, às quais adjetivamos de “anjos” e “santos”.

Já vimos que a noção de dignidade da pessoa humana em nosso sistema constitucional, associado ao princípio da igualdade, não nos permite fazer distinções de qualquer natureza. Quando a Constituição fundamenta a República Federativa na dignidade da pessoa humana, está querendo se referir à natureza humana em essência, sem qualquer acréscimo qualificativo. O homem, para o Direito, é o homem real e a ordem jurídica não pode se envolver com adjetivos surrealistas a ele atribuídos.

7.3. Cooperação da comunidade na execução da pena

O que tentamos demonstrar especificamente é que o princípio fundamental representado pelo objetivo de se construir uma sociedade livre, justa e solidária deve ser interpretado no sentido da cooperação da sociedade, não com o “combate”, mas com o controle da criminalidade. Traduzimos este princípio como um fator de responsabilidade da comunidade para com aqueles que estão sob custódia do Estado. Tal responsabilidade resulta da idéia de que a condenação não marca o fim da execução penal, sendo o tratamento do condenado uma continuação desta.

Transcrevemos, aqui, um trecho do Relatório da II Caravana Nacional de Direitos Humanos, apresentado pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara de Deputados, em setembro de 2000, no intuito de identificar os problemas do sistema prisional no Brasil:

“De outra parte, há os que, diante do horror construído pelo fenômeno moderno da privação da liberdade, encontram sua própria identidade e se reconhecem humanamente no sofrimento de internos e condenados. Não se trata, por óbvio, de uma escolha, mas de uma imposição ditada por um determinado senso moral. A **solidariedade** é uma conduta tanto mais urgente e evidente quanto maiores forem as privações e a dor dos

seres humanos que, quando conhecidas, passam a ser compartilhadas por nós. A **solidariedade** devida aos encarcerados, entretanto, é rarefeita em sociedades como a nossa e é superada largamente pela indiferença, quando não pela noção medieval de vingança. Naturalmente, o senso comum produz a redução de todos os seres humanos que cumprem a pena privativa de liberdade à condição de "delinqüentes" ou, como prefere a cultura policial no Brasil, à classificação de "vagabundos". Não há, entretanto, qualquer ontologia do crime ou uma "essência" a definir o "criminoso". As pessoas que se encontram encarceradas possuem entre si pouco em comum além do fato de serem invariavelmente pobres, jovens e semi-alfabetizadas. O que as distingue não é, comumente, mais nem menos do que aquilo que nos faz diferentes. Nesse sentido, a instituição prisional é produtora de uma identidade criminosa além de ser, concretamente, um dos fatores criminogênicos mais importantes. O fato é que as chamadas "instituições totais" organizam de tal forma as privações e distribuem com tanta radicalidade o mal que, imediatamente, nos vemos confrontados em nossa condição humana pela própria desumanidade da instituição" (Relatório, 2000).

É bem verdade que, nos dias atuais, verifica-se que, mesmo nos Estados que não aplicam a pena capital, em obediência à sua Lei Maior, os problemas sociais continuam a ser preocupantes na área de segurança pública. Mas por outro lado, nos Estados que a aplicam, esses problemas não são menores. A criminalidade é um fator comum em todas as sociedades, e em todas as épocas. Para a moderna Criminologia, representada pelas lições de A. García-Pablos de Molina (MOLINA, 1992: 137 *apud* GOMES, 1993: 41), a criminalidade é um problema "da" comunidade, que nasce "na" comunidade e que deve ser resolvido "pela" comunidade.

O Brasil é um país cuja sociedade, por não ser educada pelas vias governamentais, é deseducada pela mídia, que a todo momento insufla na comunidade as idéias de combate ao crime, através de um vil sensacionalismo, que não só fere o Art. 41, inc. VIII da Lei de Execuções Penais, como também o preceito constitucional do "respeito à integridade física e moral do preso", estabelecido no inciso XLIX do Art. 5.º da Constituição Federal de 1988. Já nos alertava Darcy Ribeiro que "A escola não ensina, a igreja não catequiza, os partidos não politizam. O que opera é um monstruoso sistema de comunicação de massa fazendo a cabeça das pessoas. Impondo-lhes padrões de consumo

inatingíveis, desejabilidades inalcançáveis, aprofundando mais a marginalidade dessas populações e seu pendor à violência” (RIBEIRO, 1995: 249).

Os meios de comunicação deveriam obedecer aos princípios estabelecidos na Constituição em seu Art. 221, entre eles a preferência a finalidades educativas e o respeito aos valores éticos da pessoa e da família. No entanto, como observa Ester Kosovski, “Em relação à criminalidade, o seu controle é quase sempre feito repressivamente, atacando os efeitos, sem preocupação com as causas” (KOSOVSKI, 1997: 59).

Essa realidade brasileira impede o cumprimento dos princípios constitucionais e é fruto de uma falta de vontade política, sempre voltada para questões econômicas e, mesmo assim, no sentido de firmar compromissos com as Instituições Internacionais que dificilmente estão preocupadas com a solução de nossos problemas sociais. Ainda para Darcy Ribeiro, nunca se deu valor aos interesses e às necessidades básicas do povo em contraste com a eterna atenção “no atendimento dos requisitos de prosperidade da feitoria exportadora” (RIBEIRO, 1995: 447). E, adiante, completa: “Essa primazia do lucro sobre a necessidade gera um sistema econômico acionado por um ritmo acelerado de produção do que o mercado externo dela exigia, com base numa força de trabalho afundada no atraso, famélica, porque nenhuma atenção se dava à produção e reprodução das suas condições de existência”.

Outro aspecto a ser considerado é que todas aquelas pessoas que falam de cidadania e direitos humanos são vistas com desconfiança por aqueles que não entendem, ou são impedidos de entender, que a justiça criminal faz parte do sistema de controle punitivo. É aqui onde se procura uma “formulação da equação ideal entre a necessidade da repressão policial e as imposições legais de respeito aos direitos individuais” (SILVA, 1999: 28), representando a linha tênue que separa a faculdade do Poder Público de reprimir e o respeito aos direitos fundamentais individuais dos cidadãos.

O objetivo constitucionalmente previsto de se construir uma sociedade livre, justa e solidária implica reconhecer a recepção evidente da Lei de Execuções Penais de 1984, mais especificamente em seu artigo 4.º: “O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”.

Ainda neste mesmo dispositivo legal, podemos encontrar, na relação dos Órgãos da Execução Penal, o Conselho da Comunidade (Art. 61, inc. VII). Este órgão deverá ser composto, no mínimo, por um representante de associação comercial ou industrial, um

advogado indicado pela seção da Ordem dos Advogados do Brasil e um assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais. Esta é a literalidade do Art. 80 da Lei de Execuções Penais, de onde se depreende que sua composição pode ser aumentada por representantes de outras categorias profissionais que possam contribuir com o trabalho de recuperação do condenado ou internado.

Ao Conselho da Comunidade incumbe a visita a estabelecimentos penais, entrevistas de presos, apresentação de relatórios mensais ao juiz da execução e ao Conselho Penitenciário e diligências para a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado. O próprio Conselho Penitenciário, órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena, é integrado não só por professores e profissionais da área de Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, como também por representantes da comunidade.

Só aí se percebe o valor que a Lei 7.210/84, em sintonia com o inciso I do artigo 3.º da Constituição Federal, deu à cooperação da comunidade e, com isso, estabeleceu um compromisso social frente à execução da pena, o que vai diretamente contra qualquer possibilidade de se cogitar sobre a opinião pública vir a legitimar a reintrodução da pena de morte, num eventual plebiscito.

A inaplicabilidade da Lei de Execuções Penais é um dos principais fatores que levam à falência do sistema prisional no País, que não precisa necessariamente ser mudado, mas simplesmente posto em prática. E para que isso ocorra, é preciso uma ação conjunta dos Poderes Judiciário e Executivo, bem como a “efetiva colaboração e aceitação da sociedade” (GARCIA, 1993: 294).

A simples inobservância desta orientação prevista na lei já seria suficiente para tirar a legitimidade ou a oportunidade da Sugestão n.º 11/2001,²⁵ apresentada por uma representação da sociedade, através do denominado “Movimento de Resistência ao Crime”, entidade criada na forma das novas espécies de Associações denominadas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Se atentarmos para o documento, veremos que, antes de apresentar suas reivindicações, aparece a opinião de que “se os marginais soubessem que haveria punição severa, como **prisão perpétua para crimes Hediondos**, e pena em dobro para quem matasse um policial, certamente não agiriam do jeito que agem”. Existe, ainda, a seguin-

²⁵ Colhida na Internet no endereço http://www.camara.gov.br/Internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=36324

te observação: “O maior incentivo para a criminalidade é a impunidade. E nossas leis e o sistema prisional levam os marginais a agirem contando com essa impunidade”.

Concordamos que o maior incentivo da criminalidade é a impunidade, mas de onde se tira a conclusão de que o oposto da impunidade é a severidade? Ora, a não punição é um problema de falta de atuação do Estado e não de intensidade de como ele atua. Se o Estado pratica a impunidade com penas leves, pode muito bem praticá-la com penas severas. O problema, portanto, não está na qualidade da pena, mas no nível de competência do Estado ao aplicar as penas existentes. É o que observa Sérgio Macedo, quando lembra que “A revolta contra a impunidade jamais encontrará solução na morte legal do impune, porque o impune pode ser, tanto da pena privativa de liberdade, quanto da eliminação” (MACEDO, 1993: 326).

Neste momento, é oportuno lembrar aqui a célebre frase de que “um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas sim a sua infalibilidade” (BECCARIA, 1997: 87). Para Beccaria, a certeza de ser punido por um castigo, mesmo sendo brando, impressionaria muito mais o potencial delinqüente do que uma pena severa com a perspectiva da impunidade. Por infalibilidade das penas, entende-se a eliminação da impunidade, criando a certeza da aplicação efetiva da resposta penal a todos os infratores (GOMES, 1993: 40).

Ademais, devemos lembrar que, se é a impunidade a grande vilã, o único responsável por esse problema é o Estado mais uma vez.

7.4. Responsabilidade social em matéria de criminalidade

A proposta de Boaventura Santos para um novo senso comum ético é um senso comum solidário, ao lado de um novo senso comum político, que é um senso comum participativo (SANTOS, 2000: 111-113), ambos dentro de uma tópica de emancipação. Para o autor, “a nova ética não é antropocêntrica, nem individualista, nem busca apenas a responsabilidade pelas conseqüências imediatas. É uma responsabilidade para o futuro” (SANTOS, idem: 112).

Como já salientado neste trabalho, a visão fragmentada da sociedade pode ser encarada no Brasil pelo aspecto do distanciamento social, que dá origem a variadas formas de preconceito classista ou racial, formando uma sociedade insensível aos problemas referentes à criminalidade.

Um debate realizado em 1993, no Rio de Janeiro, para discutir a violência naquela cidade, trouxe algumas constatações muito realistas, das quais uma das principais, na análise de Zuenir Ventura, foi a “de que a violência não podia ser combatida apenas com repressão” (VENTURA, 1999: 142).

Para o antropólogo Luiz Eduardo Soares, um dos organizadores do debate, “toda sociedade paga o preço e é responsável, até porque consome o produto que anima todo o conflito” (SOARES, sem inf. *apud* VENTURA, idem: 142). Neste caso, Luiz Eduardo referia-se ao tráfico de drogas.

Porém, esta observação pode perfeitamente ser estendida a outros exemplos, como o consumo de mercadorias roubadas, que incentiva o roubo de cargas, bem como a compra de produtos pirateados, como Compact Discs e outros, incentivando, por sua vez, o descaminho, o contrabando e a falsificação, caracterizando a sociedade como uma verdadeira cúmplice indireta nesses crimes. Os telejornais mostram com estardalhaço a captura de aves silvestres em extinção para o comércio ilegal e apresentam os “criminosos” algemados, muitos dos quais tendo nessa atividade uma das poucas oportunidades de aferir uma renda precária para sustento da família. Mas os mesmos telejornais não mostram as mansões “enfeitadas” de tucanos e ararinhas azuis, para o deleite de seus ricos proprietários.

A onda de criminalidade gerou, ainda, uma nova cultura: a *cultura da violência*, o que já havia criado o que antes Luiz Eduardo Soares chamou de “cultura do medo”. E, como bem observa Ventura, “não o medo natural, indispensável como legítima defesa da vida e do patrimônio, mas o ‘medo reativo’, histérico, o medo transformado em paranóia e pânico, habitante de *bunkers*, condomínios fechados, cidadelas medievais” (VENTURA, idem: 138).

Luiz Eduardo pretendia desfazer estereótipos, as idéias preconcebidas no campo da violência, onde predominavam a irracionalidade, a desinformação e a emoção, concluindo que “a dinâmica perversa é uma só: a profecia negativa contribui para sua própria realização. O medo reativo concorre para a realização do desfecho temido: a violência”. E mais: um dos objetivos era “converter o medo e o ódio revanchista em *preocupação cívica*” (SOARES, sem inf. *apud* VENTURA, idem: 142 – Grifos nossos).

A sociedade é como um condomínio, não sendo possível “viver a responsabilidade de apenas uma parte desse condomínio, onde tudo de mau e tudo de bom, de exce-

lente e de abominável integra-se no contexto de cada um” (MACEDO, 1993: 335). Sérgio Macedo pondera, ainda, que “toda pessoa, em sociedade, é plural por conta do fenômeno que a representa – causa e efeito das condutas que assume – e, portanto, está presente, na responsabilidade coletiva, em maior ou menor grau de participação, tanto nos sucessos quanto nos fracassos, tanto nas inocências quanto na culpa, tanto no sofrimento da vítima justificada, quanto na culpa de seu algoz ou justiceiro” (MACEDO, *idem*: *ibidem*).

Ainda sobre solidariedade, Hulsmann afirma ser ela um “sentimento de dependência mútua”, sendo, de certa forma, “a própria definição da vida”. A consciência dessa realidade resulta em uma espécie de respeito, de delicadeza, de ajuda mútua e “isto implica um sentimento de responsabilidade, uma especial atenção com os mais fracos, os que estão em dificuldades” (HULSMANN & CELIS, 1997: 43).

O crime é uma fraqueza e seu ator deve ser visto como alguém a ser socorrido, e assim entendemos ser a pena uma forma de recuperação, inspirada pelos imperativos constitucionais, dentre eles os mais importantes: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social.

CONCLUSÃO

Uma visão ampla da constituição

Procuramos desenvolver um estudo que identificasse os valores constitucionais que vinculam, em termos do Direito Constitucional e na temática dos Princípios Fundamentais, os poderes constituídos e a própria sociedade quanto à vedação à pena de morte. Tomamos como roteiro o fundamento da República Federativa do Brasil na dignidade humana e seu objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Vimos que as idéias penais passaram por uma transformação, acompanhando, como não poderia deixar de ser, o processo de maturidade do homem. Do desejo de vingança contra o ofensor, presente, de forma compreensível, no sentimento da vítima, evoluímos para o período humanitário, que nada mais é do que uma racionalização do Direito Penal, tendo o Estado se distanciado das peculiaridades emotivas do fato e aplicado a pena com imparcialidade.

Procuramos demonstrar que a antijuridicidade da pena de morte reside na própria idéia de juridicidade relativa do bem Vida. O reconhecimento desta como um ambiente de existência propriamente dita, e da sociedade como um ambiente de coexistência, resulta na identificação de uma nova compreensão. É justamente o processo de interações humanas que faz com que o Estado organize a sociedade dentro dos modais *proibido*, *permitido* e *obrigatório*, regulando, aí sim, o ser livre e não o ser vivo.

A mudança de mentalidade que separa o fator *estar vivo* do fator *ser livre* apresenta um caráter estático e dinâmico, respectivamente, das manifestações humanas. O crime, assim como qualquer outra conduta humana, é uma realidade que se desenrola dentro do fator liberdade. A pena de morte que, em qualquer lugar do mundo, se reveste de um desejo de eliminar o criminoso, não tem como fim último atingir o corpo nem a liberdade do indivíduo, mas a vida, cuja concepção jurídica está exclusivamente na sua proteção pelo Estado. Incompatível, portanto, com um Estado Democrático de Direito que caracteriza o nosso regime de governo, sendo um dos Princípios Fundamentais.

Tentamos demonstrar, ainda, que é uma forma um tanto quanto limitada argumentar no sentido de que só haverá que se falar em “pena de morte” quando esta é aplicada oficialmente pelo Estado. O que nos propomos, basicamente, foi sustentar que a mera vedação constitucional da pena de morte, em contraste com a realidade brasileira,

mostra-se insuficiente para a efetiva realização dos valores consagrados na Constituição diante das concepções contemporâneas sobre normatividade constitucional e sua interpretação, que partem de uma visão ampla da Constituição.

Partimos do ponto de vista de considerar que a finalidade da norma constitucional é *não matar*, e não estritamente não aplicar pena de morte. Trata-se uma primeira dimensão de eficácia (negativa), como limitação estatal, enquanto direito de defesa do indivíduo.

O aparente paradoxo surge de uma nova compreensão da norma constitucional que veda a pena de morte, em comparação com a realidade e em função dos alcances de sua eficácia. Foi daí que chegamos à conclusão de que *a inexistência de meios oficiais de execução da pena de morte no Brasil não corresponde de pronto à eficácia da norma constitucional que veda a sua aplicação*.

Os fatos que ocorrem no submundo da “repressão” ao crime, ainda hoje no Brasil, não perderiam seu caráter de ilegitimidade se estivessem amparados pelo manto precário da legalidade, sob as formas sempre irracionais de execução da pena capital. Ademais, o preceito constitucional não se destina apenas ao legislador, mas também ao Poder Executivo nas suas atribuições de prevenção ao crime.

Além da dignidade humana e da solidariedade social, que foram o eixo deste trabalho, identificamos outros valores, na própria Constituição, previstos em dispositivos fundamentais que condicionam a atuação do Estado no seu direito de punir e que não se limitam aos Princípios Fundamentais, mas que com eles estão relacionados:

A) Preâmbulo:

Não se tratando de uma norma positiva propriamente dita, mas como referencial valorativo eleito pelo Poder Constituinte, o Preâmbulo abre a Constituição se referindo aos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

B) Título I – Dos Princípios Fundamentais:

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;

Art. 3.º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

C) Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais:

Art. 5.º: 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, nos termos seguintes:

III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- e) cruéis;

D) Título VIII – Da Ordem Social – Capítulo III – Seção I: Da Educação:

Art. 205: A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo, para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

No que concerne especificamente aos Princípios Fundamentais e sua função precípua de orientar o sentido das demais normas constitucionais, concluímos que o aspecto positivo de sua eficácia, como o dirigismo estatal e seu nexo de estabelecimento de tarefas ditadas ao poder público, principalmente através do princípio da dignidade da pessoa humana, contagia as demais normas.

Quanto à vedação à pena de morte, partimos do entendimento de que todas as formas de execução penal devem atingir o aspecto axiológico da “personalidade” do indivíduo e não o aspecto ontológico da sua “pessoa”. Uma vez utilizada mal a sua liberdade, é dever do Estado reconduzi-lo ao seu objetivo de desenvolvimento, aí, sim, com penas proporcionais ao seu ilícito, de caráter mais educativo do que repressivo, porém jamais vingativo como o fora em tempos antigos.

Na metódica dos Direitos Fundamentais, o homem passa a ter um valor que ultrapassa as fronteiras de sua personalidade. A dignidade humana é um *status* por exce-

lência que o indivíduo possui em todos os níveis sociais, raciais e até morais, mas que o seu respeito passa necessariamente pelo reconhecimento do valor supremo que se deve dar ao Direito à Vida, que se traduz pelo direito a ascender moralmente.

A Vida é encarada como um ambiente específico para o processo de evolução. Diametralmente oposto à idéia de destruição do homem, este é um dos principais fatores que contribuem para a ilegitimidade da pena de morte. Enquanto dever do Estado, são necessárias novas políticas públicas direcionadas a promover o desenvolvimento do “homem delinqüente” para devolvê-lo à sociedade sem mais o adjetivo que o descaracteriza quanto a sua natureza humana.

Apesar do tema pena de morte já ter sido bastante discutido no meio acadêmico, a falta de uma ação governamental no sentido de impedir os massacres de detentos impede a realização constitucional de não permissão desta espécie de pena que, embora constitucionalmente não permitida e comprovadamente inútil, é, em nossa opinião, cada vez mais posta em prática informalmente e muitas vezes incentivada, quando é apresentada irresponsavelmente à sociedade, pela mídia, como o meio mais eficaz de combate à criminalidade.

Sustentamos, ainda, que da influência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o direito fundamental da vedação à pena de morte podemos inferir, no mínimo, que, mesmo que aceitemos a controvertida tese da irrecuperabilidade do indivíduo, cabe ao Estado promover o tratamento do homem delinqüente.

Concluimos, outrossim, que existe uma associação que nos parece clara: discutir sobre a mudança da Constituição para reintroduzir a pena de morte no Brasil é considerar a criminalidade encarando apenas o criminoso; enquanto que a imutabilidade da vedação constitucional é uma orientação para o Estado resolver seus problemas de criminalidade, encarando o crime em si, como uma questão sociológica de fato, e não pelo aspecto psicológico do homem delinqüente.

Outra importante conclusão a que podemos chegar é considerar a vedação constitucional à pena de morte como uma autêntica norma de princípio programático, que não se exaure com a mera inexistência de meios oficiais de execução da pena capital. Por trás da vedação à pena de morte estão valores da maior relevância, como o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. Todos eles imutáveis e exigindo sempre do Estado tarefas inadiáveis.

Se o Estado se compromete a manter vivo o condenado e tem ainda como obrigação a promoção do retorno deste à sociedade, é necessário que se dê bastante atenção a esse segundo processo, que tem como principal interessada a própria sociedade, devendo esta, por sua vez, contribuir para o êxito deste objetivo. Essa é outra noção do dever de recuperação como defesa social.

O que tentamos demonstrar especificamente é que o princípio fundamental representado pelo objetivo de se construir uma sociedade livre, justa e solidária deve ser interpretado no sentido da cooperação da sociedade, não com o “combate”, mas com o controle da criminalidade. Traduzimos este princípio como um fator de responsabilidade da comunidade para com aqueles que estão sob custódia do Estado. Tal responsabilidade resulta da idéia de que a condenação não marca o fim da execução penal, sendo o tratamento do condenado uma continuação desta.

A recuperação do delinqüente, vista como um meio de defesa social, é, portanto, muito mais do que um direito individual daquele que delinqüe. Já o desenvolvimento moral do homem delinqüente se confunde com o próprio desenvolvimento da sociedade que, dentro do objetivo da construção de uma sociedade justa e solidária, deve cooperar para a execução penal.

Ao lado de uma política de recuperação e conseqüente ressocialização do homem delinqüente, e considerando que estamos já no alvorecer do 3.º Milênio, se faz necessária, ainda, uma política consciente de controle da criminalidade voltada para um projeto educacional no sentido de conscientização da sociedade da completa inviabilidade da pena capital, bem como para desfazer os sentimentos de vingança ainda presentes no meio social. Essa política de conscientização deve ser vinculada a um reconhecimento da sociedade como responsável pelo processo de ressocialização do homem delinqüente, caracterizada pela noção de uma sociedade solidária.

Estreitamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, base axiológica de um Estado Democrático de Direito, todo universo político – Estado e Sociedade – está vinculado aos preceitos positivos inerentes a uma concepção humanista do Direito, e com ele seria incompatível se admitisse a possibilidade de se utilizar do princípio democrático como regra legitimadora da supressão de direitos humanos fundamentais.

Dessa forma, a solidariedade social é um dos componentes essenciais em vários aspectos da política nacional e não o descartamos quanto às questões referentes à crimi-

nalidade, onde a sociedade tem um papel relevante em termos de responsabilidade. Dentro deste contexto de um “objetivo fundamental”, proposto constitucionalmente, consideramos ter suficientemente demonstrado a estreita relação que há entre solidariedade e responsabilidade, tendo a sociedade como um objeto básico de realização.

Em resumo, a idéia específica que ora apresentamos neste trabalho se mostra relacionada em três etapas que formam uma perfeita linha de raciocínio: a) a liberdade, e não a vida, como fator de realização de condutas; b) o dever do Estado, com fundamento na dignidade da pessoa humana, de promover o desenvolvimento do indivíduo que negligenciou a sua liberdade; c) essa recuperação do homem delinqüente como meio de defesa social e, portanto, uma responsabilidade de toda sociedade, expressa ainda no princípio da solidariedade.

Não importam, pois, as circunstâncias em que foi cometido o crime, não importa o caráter subjetivo do condenado quanto a sua personalidade criminosa, importa sim, reconhecer a absoluta ilegitimidade, a respeito do bem Vida, quanto ao direito de punir do Estado, transformando o *jus puniendi* em um inadmissível “plus puniendi”, não mais compatível com a nova mentalidade jurídica das sociedades modernas e ditas civilizadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OBRAS GERAIS

ADEODATO, João Maurício (2002). *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva.

_____ (1996). *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva.

ALBERGARIA, Jason (1988). *Criminologia: teórica e prática*. Rio de Janeiro: Aide.

ALEXY, Robert (2001a). *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

_____ (2001b). *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy.

_____ (2001c). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ARISTÓTELES (2000). *A política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes.

BACHOF, Otto (1994). *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina.

BARROSO, Luís Roberto (1996). *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva.

BASTOS, Celso Ribeiro (1997). *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor.

BECCARIA, Cesare (1997). *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Bíblia Sagrada (1964). Trad. Pe. Antônio Pereira de Figueiredo. Rio de Janeiro: Edição Ecumênica Barsa.

BONAVIDES, Paulo (2000). *Ciência política*, 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores.

_____ (1998). *Curso de direito constitucional*, 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores.

CANARIS, Claus-Wilhelm (1989). *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (1999). *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. II. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
- CANOTILHO, J. J. Gomes (1998). *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3. ed. Coimbra: Almedina.
- ____ (1994). *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes (2000). *Direito e democracia*, 2. ed. São Paulo: Max Limonad.
- CÓSSIO, Carlos (1987). *Radiografía de la teoría egológica del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- DA SILVA, José Afonso (2001). *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 5. ed. São Paulo: Malheiros.
- ____ (2000). *Curso de direito constitucional positivo*, 18. ed. São Paulo: Malheiros.
- DERANI, Cristiane (1997). *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad.
- DESCARTES, René (1999). *Discurso do método*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes.
- DUGUIT, Léon (1996). *Fundamentos do direito*. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone.
- DWORKIN, Ronald (1999). *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes.
- ENGISCH, Karl (1996). *Introdução ao pensamento jurídico*, 7. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio (1994). *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 2. ed. São Paulo: Atlas.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda (2001). *Miniaurélio século XXI: O minidicionário da língua portuguesa*, 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira.
- FERRI, Henrico (1999). *Princípios de direito criminal*, 2. ed. Trad. Paolo Capitanio. Capinas: Bookseller.
- GADAMER, Hans-Georg (1997). *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 1. ed. Petrópolis: Vozes.
- HÄBERLE, Peter (1997). *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e*

- “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora.
- HART, Hebert A. L. (1994). *O conceito de direito*, 2. ed. Trad. Armino Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- HESSE, Konrad (1991). *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
- KELSEN, Hans (1998). *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes.
- LASSALE, Ferdinand (1998). *A essência da Constituição*, 4. ed. Trad. (sem inf.). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- LUHMANN, Niklas (1983). *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro.
- MACHADO NETO, Antônio Luís (1966). *Problemas filosóficos das ciências humanas*. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- MAGGIORE, Giuseppe (1951). *Diritto penale: parte generale*, vol. I. Bologna: Nicola Zanichelli Editore.
- MAXIMILIANO, Carlos (1994). *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de (2000). *Curso de direito administrativo*, 12. ed. São Paulo: Malheiros.
- MONTESQUIEU (1997). “O espírito das leis”. Tradução publicada sob licença da Editora Bertrand Brasil/RJ. In: *Coleção Os Pensadores: Montesquieu*. São Paulo: Nova Cultural.
- MÜLLER, Friedrich (2000). *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad.
- ____ (1995). *Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
- NEVES, Marcelo (1994). *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica.
- NINO, Carlos Santiago (1989). *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- NORONHA, E. Magalhães (1991). *Direito penal*, vol. I. São Paulo: Saraiva.

- ORTIZ, Fernando (1998). *A filosofia penal dos espíritas: estudo de filosofia jurídica*, 2. ed. Trad. Carlos Imbassahy. São Paulo: Livraria Allan Kardec.
- PERELMAN, Chaïm (1998). *Lógica jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes.
- REALE, Miguel (1999a). “Experiência Jurídica Pré-Categorial e Objetivação Científica”. In: *O Direito como experiência*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, p. 25-50.
- ____ (1996). *Filosofia do Direito*, 17. ed. São Paulo: Saraiva.
- ____ (1963). *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva.
- RECASÉNS-SICHES, Luis (1998). *Filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa.
- ROUSSEAU, Jean Jacques (1999). *O contrato social*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes.
- SARLET, Ingo Wolfgang (2001). *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- SARMENTO, Daniel (2000). *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- SCHMITT, Carl (1992). *Teoría de la constitución*. Versión Española de Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial.
- TEMER, Michel (1996). *Elementos de direito constitucional*, 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores.
- VILANOVA, Lorival (1997). *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad.
- ____ (1976). *Lógica jurídica*. São Paulo: Bushatsky.

OBRAS ESPECÍFICAS

Livros:

- ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de (1998). *Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica.
- BOBBIO, Norberto (1992). “O Debate Atual Sobre Pena de Morte”. In: *A era dos direitos*. Trad. Calos Néson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, p. 179-202.

- CHRISTIE, Nils (1998). *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental*. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense.
- DANTAS, Ivo (1995). *Princípios constitucionais e interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel (1999). *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- HUSMANN, Louk e CELIS, Jackeline Bernat de (1997). *Penas perdidas: o sistema penal em questão*, 2. ed. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam.
- OLIVEIRA, Luciano (2000). *A vergonha do carrasco: uma reflexão sobre a pena de morte*. Recife: Mestrado em Ciência Política (UFPE).
- PEIXINHO, Manoel Messias (2000). *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- REALE, Miguel (1999b). “Pena de Morte e Mistério”. In: *O Direito como experiência*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 277-287.
- Relatório da II Caravana Nacional de Direitos Humanos (2000). *Sistema prisional brasileiro*. Brasília: Comissão de Direitos Humanos. Câmara dos Deputados.
- Relatório Americas Watch (1993). *Violência policial urbana no Brasil: mortes e tortura pela polícia em São Paulo e no Rio de Janeiro nos últimos cinco anos, 1987-1992*. Núcleo de Estudos da Violência, São Paulo: USP.
- SILVA, Jorge da (1999). *Controle da criminalidade e segurança pública na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Forense.
- STRECK, Lenio Luiz (1999). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- THOMPSON, Augusto (2000). *A questão penitenciária: de acordo com a constituição de 1988*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense.

Artigos (Revistas Especializadas):

- AMORIM, Manoel Carpena (1998). “Os direitos humanos, a vida e a liberdade e suas garantias constitucionais no Brasil”. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, vol. 4, n. 4, p. 93-111;

- BRITTO, Carlos Ayres (1991). “Inconstitucionalidade do plebiscito sobre a pena de morte”. In: *Revista de Direito Público*, vol. 25, n. 100, p. 70-75, out/dez.
- CANO, Ignácio e FRAGOSO, José Carlos (1999). “Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro: A atuação da Justiça Militar”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, vol. 8, n. 30, p. 207-233, abr/jun;
- CARVALHO, Pedro Armando Egydio de (1998). “O sistema penal e a dignidade humana”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, vol. 6, n. 24, p. 167-177, out/dez;
- DA SILVA, José Afonso (1994). “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da sociedade democrática”. In: *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*. Foz do Iguaçu, set, 546-550;
- GARCIA, Aílton Stropa (1993). “A falência da execução penal e a instituição da pena de morte no Brasil”. In: *Revista dos Tribunais*. vol. 694, ano 92, ago, p. 287-299;
- GOMES, Luiz Flávio (1993). “Pena de morte e prisão perpétua: solução ou ilusão?” In: *Ciência Jurídica*. Belo Horizonte, Ano VII, vol. 53, p. 33-43, set/out;
- GOMES DE SÁ, Patrício (1971). “A pena para recuperar, não para castigar”. In: *Revista do Conselho Penitenciário Federal*. Brasília, n. 26, p. 47-51, jan/mar;
- HABIB, Sérgio (2002). “O Poder Paralelo”. In: *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, Ano VI, n. 134, 15 ago, p. 12-15;
- KOSOVSKI, Ester (1997). “Comunicação visual e criminalidade violenta”. In: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília, Ano XXVII, n. 65, p. 55-64, jul/dez;
- NETTO LÔBO, Paulo Luiz (2001). “Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus”. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 21 nov. 2002.
- LOKTE, Eric (1998). “A dignidade humana e o sistema de justiça criminal nos EUA”. Trad. Ana Sofia Schmidt. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, vol. 6, n. 24, p. 39-50, out/dez;
- MACEDO, Sérgio do Rego (1993). “Da impossibilidade e da inconveniência da pena de morte no Brasil”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 1, n. 1, p. 320-343;

- MÜLLER, Friedrich (1994). “Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem”. Trad. Peter Naumann. In: *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*. Foz do Iguaçu, set, 535-545;
- PIEDADE JÚNIOR, Heitor (1994). “A vitimização pelo sistema carcerário e a realidade do Rio de Janeiro”. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, vol. 1, n.3, p. 81-100, jan/jun;
- PILATTI, Adriano (1991). “Parecer: Admissibilidade da adoção da pena de morte, da antecipação da revisão constitucional, da supressão ou antecipação do plebiscito sobre forma e sistema de governo”. In: *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, n. 1, 2 ed., jul/dez, p. 1-12;
- REALE JÚNIOR, Miguel (2002). “Democracia e cidadania no Brasil”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37, ano 10, p. 137-151;
- ROSE, Marco Túlio de (1991). “Considerações a respeito da pena de morte e do plebiscito para reintroduzi-la no direito brasileiro”. In: *Advogado*, vol. 6, n. 16, p. 42-46, jul/dez;
- TALAMINI, Eduardo (1995). “Dignidade humana, soberania popular e pena de morte”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 11, p. 178-195;
- TORON, Alberto Zacharias (1993). “Prevenção, retribuição, e criminalidade violenta (O ‘Tao’ do direito penal)”. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 694, ano 92, ago, p. 275-281.

Artigos (Periódicos):

- CALLIGARIS, Contardo (1998). “Fraqueza do perdão”. In: *Folha de S. Paulo*, 24 de maio, col. 4-6, p. 13;
- COMPARATO, Fábio Konder (1991). “A popularização da pena de morte”. In: *Folha de S. Paulo*, 21 de março, col. 1-3, p. 3;

OBRAS AFINS

- CAPRA, Fritjof (1983). *O tao da física: um paralelo entre a física moderna e o misticismo oriental*. Trad. José Fernandes Dias. São Paulo: Cultrix;
- FUSTEL de COULANGES, Numa Denis (1975). *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus;
- FREIRE, Paulo (1999). *Educação como prática da liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra;
- KARDEC, Allan (1996). *O Evangelho segundo o espiritismo*, 13. ed. Trad. J. Herculano pires. São Paulo: Edições Federação Espírita do Estado de São Paulo;
- _____ (1999). *O livro dos espíritos*. Trad. J. Herculano Pires. São Paulo: Livraria Allan Kardec;
- RIBEIRO, Darcy (1995). *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*, 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras;
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2000). *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez;
- SARTRE, Jean-Paul (2001) *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. 10. ed. Trad. Paulo Perdigão. Petrópolis: Vozes
- VENTURA, Zuenir (1999). *Cidade partida*. São Paulo: Companhia das Letras.

ANEXO 1

sucedem, aplicadas as regras do Art. 77 no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores;

* Inciso II com redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 04.16.1997.

III - posse do Prefeito e do Vice-Prefeito no dia 1º de janeiro do ano subsequente ao da eleição.

TÍTULO IV DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

CAPÍTULO I DO PODER LEGISLATIVO

Seção VIII Do Processo Legislativo

Subseção II Da Emenda à Constituição

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

CAPÍTULO II DO PODER EXECUTIVO

Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente.

* Artigo, "caput", com redação dada pela Emenda Constitucional nº 16.

Seção I Do Presidente e do Vice-Presidente da República

Art. 82. O mandato do Presidente da República é de quatro anos e terá início em primeiro de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição.

* Artigo com redação dada pela Emenda Constitucional nº 16.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 113, DE 1999 (Do Sr. Luciano Bivar e outros)

Dispõe sobre a consulta popular, mediante o referendo de que trata o art. 14, II, da Constituição Federal, para a adoção temporária da pena de morte, prevista na alínea "a" do inciso XLVII do art. 5º.

— (À COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO)

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Artigo único. Fica incluído o art. 75 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a seguinte redação:

"Art. 75. Continua em vigor a garantia instituída na alínea a do inciso XLVII do art. 5º da Constituição Federal, salvo no caso de crime hediondo de extorsão mediante seqüestro seguido de morte, pelo prazo não inferior a vinte anos e por meio de referendo previsto no art. 14, inciso II, nos termos definidos em pela Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998."/>

JUSTIFICAÇÃO

O jornal "O Globo", do último dia 15 de março, publicou a seguinte matéria:

"PEDAÇO DE ORELHA PODE SER DE IRMÃO DE CANTORES

O pedaço de orelha encontrado na manhã de anteontem em Goiânia, pode ser do comerciante Wellington Camargo, irmão da dupla sertaneja Zezé Di Camargo e Luciano." (pág. 8).

A revista "Veja", em sua edição de 24 de março passado, descreve alguns casos impressionantes de seqüestro de pessoas, havidos nos últimos anos no Brasil, sendo oportuno destacar os seguintes pontos da matéria:

• "o número de seqüestros no Brasil evoluiu de 2, em 1982, para 12, em 1987, atingindo 28, em 1993, 45 em 1998, e mais de 20 até julho deste ano";

• "os donos de fortunas consolidadas, como o empresário Abílio Diniz, da rede de supermercados Pão de Açúcar, os publicitários Luiz Salles e Roberto Medina, o banqueiro Antônio Beltrán Martínez, vítimas do cativo em meados dos anos 80, hoje andam cercados por um séquito de seguranças especializados";

• "na terça-feira 9, o Passat importado do empresário Jorge Paulo Lemann, foi perseguido numa rua de São Paulo. Dentro do carro estavam os três filhos de Lemann. Dois homens dispararam quinze vezes contra o veículo";

• "nessa escalada, o perfil do seqüestro está mudando. (...) Percebendo a reação de seus alvos tradicionais, os bandidos, bandidos, muitas vezes, optam agora pelo ataque aos desprotegidos. (...) Nesse caso, a vítima não é rica nem famosa — aliás, esses crimes nem saem nos jornais. (...) Não há uma só pessoa no Brasil que esteja livre de sofrer a agressão do banditismo."

Na última citação, inscreve-se a repetida ação do crime barato — o crime contra pessoas pobres e carentes, que em inúmeras vezes têm as vidas ceifadas até por cinquenta reais. Acrescente-se que registros de fatos semelhantes se encontram estampados na imprensa nacional e podiam ser indefinidamente citados, ilustrando os argumentos sustentados pelo Autor da Emenda.

A hipocrisia de grande parte da sociedade, a insuficiência e o despreparo do aparelho de segurança, além da inoperância das leis, só têm servido para alimentar o crime. No transcorrer desta década, é patente a fragilização dos instrumentos de que dispõem a União e os Estados para enfrentar a indústria do seqüestro. Por outro lado, um sem-número de alterações foi introduzido no Código Penal, sem resultados práticos que deem confiança para que o cidadão exerça o direito sagrado de ir e vir, sem correr risco de vida, sem ser molestado na sua individualidade.

Diante disso, a Nação tem o dever de dar uma resposta dura a essas quadrilhas de assassinos, cada vez mais audaciosos nas investidas contra o cidadão. E essa resposta terá de vir do Congresso Nacional, a quem compete legislar rapidamente sobre tão grave problema, dando ao Poder Executivo condições para combater firme e vigorosamente esse novo tipo de terrorismo.

É bem verdade que Emenda semelhante, de autoria do falecido Deputado Amaral Neto, teve sua inadmissibilidade considerada pela Comissão de Constituição de Justiça e de Redação desta Casa (1997). Todavia, hoje, superada a preliminar de inconstitucionalidade, como adiante se demonstrará, a medida proposta, no mérito, se justifica plenamente, ante a dramática deterioração do quadro social e político brasileiro, como registram os números da "Veja", antes mencionados.

O flagelo do sequestro não será estancado com apelos hipócritas aos direitos humanos.

Com efeito, a proposta anterior sobre o tema (PEC nº 1, de 1988), que pretendia instituir a pena de morte no país foi considerada inconstitucional por violar cláusula pétrea prevista nos arts. 5º, caput, e art. 60, §4º, IV da Constituição Federal.

No caso proposto, *a uma*, ressalte-se desde logo que não se prevê a abolição de norma pétrea, mas a adoção temporária da pena de morte, através da consulta popular mediante referendo (art. 14, II, da CF e Lei nº 9.709, de 1998), a fim de estender ao crime hediondo de sequestro seguido de sequestro com morte, a pena capital, já existente em 35 dispositivos do Código Penal Militar Brasileiro.

Ademais, *a duas*, porque as vítimas de crime hediondo de extorsão mediante sequestro (art. 5º, XLIII da CF) devem ter direito à vida, à segurança, à liberdade e à propriedade, todas cláusulas pétreas conforme previsto no caput do art. 5º.

Dessa forma, cumpre reiterar que a PEC não tende, de nenhuma forma, a *abolir* qualquer cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal. A expressão "*tendente a abolir*", cf. diz Ives Gandra da Silva Martins, "*Comentários à Constituição do Brasil*", 4º volume, p. 353/355, 1995, Saraiva, pode significar o seguinte:

"Muitos vêm na referida expressão, apenas um limite máximo (abolição) e não um limite médio (manutenção das cláusulas pétreas ou alteração). Para estes uma alteração conceitual de cláusula pétrea sem aboli-la estaria vedada pela Constituição. Acrescentam, tais intérpretes, a inteligência de que o nível de generalidade a que se referem os quatro incisos do §4º, se interpretados de forma inelástica, tornaria toda a Constituição imodificável, o que seria um contra-senso".

Ainda dentro dessa estrita perspectiva, cabe reconhecer na oportuna lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Significação e Alcance das Cláusulas Pétreas", R. Dir. Adm., out./dez 1995, p. 16, que:

"É certo que o texto proíbe *abolir*, ou seja, extinguir, eliminar, revogar, e assim não veda alterar, modificar ou regulamentar como pretende uma corrente interpretativa".

E mais adiante:

"Por outro lado, a intocabilidade das cláusulas pétreas não é um dogma. Ao contrário, a lógica da história e o ensinamento de ilustres juristas a rejeitam".

Aceitando-se, a última apreciação do eminente jurista, poder-se-ia, por via de consequência, também concordar com Kelsen, segundo o qual nem a Lei das Doze Tábuas resiste à Teoria Científica do Direito, quando a vida humana estiver efetivamente ameaçada. Kelsen admite todas as violações ao Direito Objetivo, até mesmo o homicídio se permite, desde que em legítima defesa.

Saliente-se, por oportuno, que as modificações propostas serão submetidas ao referendo popular, a que se refere o art. 14, II, da Constituição da República, regulamentado pela Lei nº 9.709, de 1998. Trata-se, inequivocamente, de uma das manifestações do pleno exercício da

democracia direta. A presente matéria, pela sua característica de alto conteúdo político-social, impõe a ausculta da vontade do povo, a quem caberá, soberanamente, aprovar ou rejeitar essa tormentosa questão a ser submetida à sua apreciação.

Por outro lado, para a adoção temporária da pena de morte, considerou-se, prudentemente, o direito que, como ciência humana, é passível de alterações permanentes. A pena capital, como instituição jurídica, vem sofrendo modificações no tempo e no espaço, inclusive no Brasil, sendo aplicada atualmente em mais de 170 países, cf. Augusto Dutra Barreto, "Pena de Morte", p.19, 1998, Livraria e Editora Universitária de Direito.

Vê-se, portanto, em resumo, consoante acentua o magistério da doutrina, inteiramente aplicável à espécie (Celsio Ribeiro Bastos, "Dicionário de Direito Constitucional, p. 135/136, 1994, Saraiva), que a pergunta que se põe, objetivamente, é a seguinte:

"O atual texto constitucional poderia ser emendado para contemplar a pena de morte? Há duas correntes: os que acham que não, porque, sendo um direito individual, o direito à vida, ele é insuscetível de ser modificado, e, por exatamente ter essa natureza, não pode ser emendado, conforme o disposto no art. 60, §4º, IV, da CF. Por outro lado, alega-se também que o Brasil é signatário de uma convenção internacional onde se compromete a não admitir tal sorte de penalidade.

Ambos os argumentos anteriores encontram razões contrárias, consistentes basicamente no seguinte: quanto à assinatura do convênio, trata-se de ato que vincula internacionalmente o Brasil, mas não compete propriamente a impedir que o Congresso Nacional legisfere e, em consequência disso, o Brasil possa renunciar à convenção. Não há inconstitucionalidade nisto. Já quanto ao fato de tratar-se de direito individual, é preciso reconhecer que aqueles que propugnam pelo direito de aplicação da pena de morte nunca o fazem como uma tentativa de restringir o direito individual, mas, pelo contrário, no anseio de dar maior proteção a outro direito individual, também importante, que é o da segurança.

O que está em jogo é a vida de um criminoso contra a vida de um inocente, e qualquer escolha que se faça não seria, segundo os favoráveis a essa pena, na verdade, uma diminuição de direito individual, mas, tão-somente, uma redefinição, uma recomodação de direitos de igual natureza, direitos, portanto, fundamentais."

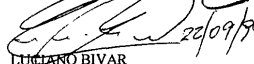
Assim sendo, tendo em vista os motivos amplamente expostos, e considerando, sobretudo, que as vítimas de crime hediondo de extorsão mediante sequestro (art. 5º, inciso XLIII, da CF) devem ter assegurado o direito à vida, à segurança, à liberdade e à propriedade, cláusulas pétreas previstas no caput do art. 5º, da Constituição Federal, entendo que a constitucionalidade da proposta é manifesta e, no mérito, o Brasil terá de rever, com urgência, seu posicionamento para inibir e liquidar esse tipo

de crime hediondo, como já o fazem os Estados Unidos, a Europa, Oriente Médio e alguns países da América Latina e da África.

A fraqueza do perdão contribui para estimular e manter o crime.

Isto posto, solicito aos nobres Pares o apoio a esta Proposta de Emenda à Constituição, que exprime e traduz a vontade, o desejo e as expectativas da maioria da população brasileira.

Sala das Sessões, 2 de setembro de 1999


LUCIANO BIVAR
Deputado Federal

ANEXO 2



CÂMARA DOS DEPUTADOS
PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO
Nº 231, DE 2000
(Do Sr. Coronel Garcia e outros)

Altera o art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

(À COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO.)

**As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal,
nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte
Emenda ao texto constitucional:**

Artigo Único. O inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“ Art. 60.....

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I-

II-

III-

IV - os direitos e garantias individuais, excetuado o disposto nos incisos XLVI, XLVII, XLVIII, LVI e LXIV do art. 5º desta Constituição.(NR)”

JUSTIFICAÇÃO

O momento de bárbara violência que o país atravessa é a prova incontestável da superação da idéia de se ter o sistema prisional como de reeducação do preso. É utópica a tese, mostrado como está que o delinqüente, uma vez posto de volta às ruas torna a delinquir, salvo uma minoria inexpressiva. O pior é que essa reincidência tem se mostrado mais violenta do que o ato primevo.

Cremos que o sistema punitivo não pode escapar, hoje, de duas metas: reprimir a delinquência pelo temor pelo criminoso da pena rigorosa e sem atenuação; e remover do meio social aquele que lhe faz mal.

Ocorre que a Constituição Federal não permite hoje sequer que se discuta a questão da segurança da maneira firme e sem cores edulcorantes. Propomos que se possa, ao menos aventar a idéia de penas mais duras, como de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e mesmo a pena capital.

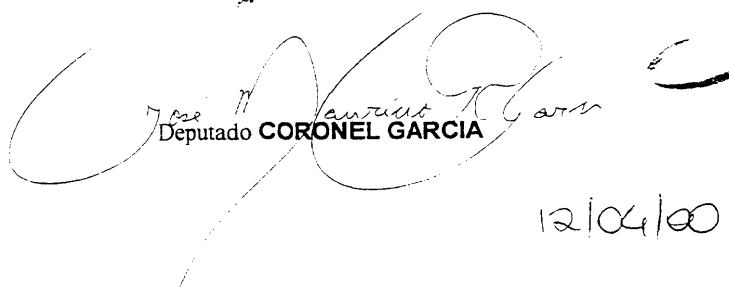
Propomos que se possa levar a discussão a questão da licitude da obtenção de provas contra meliantes cujos crimes são de todos conhecidos mas que, em virtude do inciso LVI do art. 5º não têm como ser eficazmente apurados.

Propomos, mais, que se possa questionar a correção de se identificar o responsável pela prisão de um criminoso, que geralmente age em bando, largando aquele que age em benefício da sociedade à sanha vingativa de facinoras.

Repetimos que nossa intenção não é propor tais mudanças, mas permitir que a nação, através de seus representantes as discuta, e, em se convencendo de sua necessidade ou utilidade, as faça, de acordo com a norma constitucional.

Diante do que foi exposto é que esperamos contar com o apoio dos nobres Colegas para ver aprovada a presente Proposta de Emenda à Constituição.

Sala das Sessões, em 11 de 03 de 2000


Deputado **CORONEL GARCIA**
12/04/00

ANEXO 3

PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO Nº 1896, DE 2002

(Do Sr. Cunha Bueno)

Dispõe sobre a realização de plebiscito, concomitantemente às eleições para prefeito de 2004, a propósito da instituição das penas de prisão perpétua para crimes considerados hediondos, quando não seguidos de morte, e pena de morte para os casos de crimes hediondos, quando seguidos de morte, para os reincidentes.

Art. 1º Concomitantemente às eleições para prefeito, a serem realizadas em todo o País no ano 2004, far-se-á plebiscito sobre a instituição do regime de pena de morte, para os casos de reincidência no cometimento de crimes considerados hediondos, quando seguidos de morte, e de prisão perpétua nos casos de reincidência de crimes considerados hediondos, sem o resultado morte.

Parágrafo único. Todos os eleitores aptos a votarem nas eleições de 2004 poderão participar do plebiscito de que trata este artigo.

Art. 2º O voto no plebiscito é obrigatório.

Parágrafo único. Ao eleitor em trânsito ou residente no exterior fica assegurado o direito de votar, obedecidas normas específicas baixadas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Art. 3º Durante os sessenta dias que antecederem a véspera da realização do plebiscito, as emissoras de rádio reservarão, diariamente, dez minutos de sua programação, de sete às sete e trinta horas, e outros dez minutos, de dezoito às dezoito e trinta horas; e as emissoras de televisão reservarão, diariamente, dez minutos de sua programação, entre as treze e treze e trinta horas, e outros dez minutos, entre as vinte e trinta e vinte e uma horas, para divulgar, em rede nacional, a propaganda informativa e esclarecedora relativa ao plebiscito.

§ 1º As transmissões e a geração de imagem e som serão feitas, gratuitamente, pela Radiobrás.

§ 2º As emissoras de rádio e televisão podem abater de sua renda bruta, para efeitos do Imposto de Renda, como despesa, o valor correspondente ao espaço utilizado na campanha do plebiscito, nos termos desta lei.

Art. 4º Os partidos políticos com representação na Câmara dos Deputados se encarregarão de produzir a propaganda a ser veiculada nos horários previstos no artigo 3º.

§ 1º A propaganda deverá contar com o depoimento de representantes de instituições e de pessoas de notável saber e conhecimento sobre o tema do plebiscito indicadas pelos partidos políticos com representação na Câmara dos Deputados, sem que haja qualquer tipo de discriminação por opção política, raça, credo, sexo ou religião.

§ 2º No decorrer da propaganda deverão ser apresentadas, de forma proporcional e equitativa, todas as posições favoráveis e desfavoráveis ao assunto objeto do plebiscito, em linguagem clara e de fácil compreensão, de modo a facilitar ao máximo o entendimento por parte da população como um todo.

§ 3º Para custeio da propaganda deverão ser utilizados, exclusivamente, recursos provenientes do Orçamento da União.

Art. 5º As perguntas que deverão ser apresentadas aos eleitores na ocasião do plebiscito serão elaboradas por entidade idônea e especializada.

Art. 6º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Os atuais índices de violência registrados no Brasil nos tem colocado no rol das nações mais violentas do mundo.

Diariamente são brutalmente assassinadas e violentadas centenas de pessoas em todo o País, matando-se mais gente do que nas guerras em curso em diversos lugares do planeta.

De fato temos vivido uma verdadeira guerra civil não declarada, onde as organizações criminosas atuam dentro e fora das cadeias, num verdadeiro desafio aberto às autoridades da área de segurança.

O sistema penitenciário e a justiça criminal não tem sido suficientes para sequer conter o avanço da violência no País, deixando a população à mercê dos mais ferozes tipos de criminosos.

Esse quadro tem resultado na banalização da violência e na submissão do Estado ao poder dos bandidos, organizados e melhor armados.

Assim e uma vez que as políticas dos últimos anos não tem, de fato, resolvido a questão da violência no País, entendo que chegou a hora de consultarmos diretamente o povo brasileiro sobre o que ele pensa a respeito da conveniência ou não de se instituir no Código Penal Brasileiro as penas de prisão perpétua e de morte, para os casos de comprovada reincidência no cometimento de crimes hediondos (seqüestros, estupros, latrocínios, etc.).

A voz do povo é a voz de Deus. Então, vamos perguntar ao povo, principal vítima desse quadro de inversão de poderes, onde os bandidos são os que mandam, se é ou não chegada a hora de se implantar no Brasil um regime de penas mais forte, de modo a tentar, ao menos, conter essa avassaladora onda de crimes que nos ameaçam a cada dia.

O momento adequado para essa consulta, a meu ver, seria por ocasião das próximas eleições para prefeitos, a serem realizadas em 2004, quando então seria feito um plebiscito, na forma do Projeto de Lei que ora submeto à consideração dos meus Pares.

A presente proposta, esclareço, encontra amparo no art. 14, inciso I, da Constituição Federal e na Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998.

Sala das Sessões, em 29 de maio de 2002

Deputado CUNHA BUENO