

A CONSCIÊNCIA DA LIBERDADE COMO DIGNIDADE HUMANA E A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL

Marco Antonio de Oliveira¹

Letícia Cristina de Oliveira²

Resumo

Traçou-se uma síntese do caminho percorrido para reconhecimento da liberdade como valor essencial à dignidade humana. A história do homem é de luta em nome e em busca da liberdade, aventura ainda em curso para se atingir a consciência da capacidade de determinar-se, afastando as tentativas de planificação dos comportamentos. Refutaram-se as simplistas soluções de legislações geradas pela exploração midiática da sensação de pânico. Discutiu-se o caminho da efetividade do princípio da proporcionalidade na fixação da sanção penal, e, que tanto o excesso quanto à insuficiência da pena não é solução. A sociedade já paga altos custos com a insegurança que o encarceramento massivo não resolve. Concluindo-se que o sistema penal continua somente com caráter estigmatizante e excludente, socializando a insegurança e não ressocializando o delinquente, urge a difusão da consciência constitucional da humanização das penas.

Palavras-chave: Liberdade. Dignidade. Proporcionalidade. Consciência constitucional.

Summary

Drew up a synthesis of the way for recognition of freedom as essential to human dignity. The man's story of struggle on behalf of and in search of freedom, adventure still ongoing to achieve consciousness of the ability to determine-whether away from attempts at planning behaviors. Disproved the simplistic legislation solutions generated by the media exploitation of the sense of panic. Discussed the way the effectiveness of the principle of proportionality in setting the criminal sanction, and that both the excess as to the inadequacy of the penalty is not a solution. The company already paid high costs with the insecurity that the massive incarceration does not solve. Concluding that the penal system continues only with stigmatizing and excluding character, socializing and insecurity do not ressocializando the delinquent, urge the spread of constitutional consciousness of humanization of feathers.

Keywords: Freedom. Dignity. Proportionality. Constitutional consciousness.

¹ Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP – FUNDINOPI Jacarezinho/PR, Professor da Faculdade Eduvale de Avaré nas cadeiras de Direito Penal; Direito Processual Penal; Direito Material e Processual Ambiental. Delegado de Polícia do Estado de São Paulo. E-mail: marcobobr@yahoo.com.br.

² Advogada em Cerqueira César/SP. Graduada em Direito pela Faculdade Eduvale de Avaré. E-mail: leticia_lco@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa, a partir da análise de aspectos históricos do caminho percorrido pela humanidade para o reconhecimento da liberdade como valor intrínseco ao Homem e, portanto, integrante e essência da estrutura da dignidade da pessoa humana, traçar as ponderações e os caminhos necessários para que esse direito fundamental encontre o efetivo respaldo no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

Destaca-se que a história do Homem é a história da sua luta em nome e em busca da liberdade, e, essa consciência humana que culmina com a racional reflexão sobre a existência, e com a possibilidade de determinar-se conforme o próprio entendimento, transformou-se no objetivo principal dos indivíduos e dos povos, é a afirmação do princípio da autodeterminação perante as constantes tentativas de automação de condutas e planificação de comportamentos, destacada por Marx como reificação, que transmuda o humano em objeto de dominação e em mero meio para que terceiros atinjam os seus objetivos, mesmo que maquiados com o argumento de se prestarem ao interesse de todos.

É nítido que, para exercitar essa escolha de seu destino, o homem necessita preservar a própria existência, o que se viabiliza através do estabelecimento de uma ordem (Contrato) que, com normas coercitivas, limita as condutas para propiciar o convívio e assim o pleno gozo da liberdade. Assim, tem-se a ligação da formação do Estado com a garantia de uma ordem pública que assegure os direitos fundamentais, mesmo que através da limitação de liberdades individuais, destacando-se assim os paradoxos entre os valores indispensáveis à existência humana e social.

A vista das mazelas sociais que o mundo globalizado enfrenta, segurança, altos níveis de violência, garantia do emprego, nada poderia autorizar a exacerbação do uso cada vez mais abusivo do Direito Penal, que vem transformando este instrumento em *prima ratio* como panaceia para a harmonização de todo o sistema, ou meramente legitimação da situação de dominação, é sempre necessário atentarmos para os sérios riscos da escravização da humanidade, “que poderá representar a confirmação das assertivas hobbesianas sobre a natureza humana, que, sobrepujando a inteligência e a potencialidade que faz do Homem sujeito de direitos lhe subtrairia a consciência da própria dignidade como pessoa”. (REALE, 1996, p.251).

Prossegue-se o estudo explicitando a proteção da liberdade que deve encontrar ressonância mesmo diante de casos concretos de cometimento de delitos, haja vista que o

autor de um crime não perde o seu caráter de sujeito de direitos, e, para ele também devem ser garantidos instrumentos que assegurem a efetividade dos paradigmas constitucionais na aplicação das sanções penais, balizando que mesmo nesta seara caberá ao julgador o raciocínio dos critérios de culpabilidade previstos no estatuto repressivo, que apesar de determinar em casos concretos a exclusão do seio social do delinquente, deixa margem para o sopesamento da proporcionalidade e razoabilidade nos limites da proibição do excesso e na proibição da insuficiência da reprimenda penal, mais do que isto, o que procuramos demonstrar é que o sancionador possui mecanismos que o autorizam a racionar balizado por uma consciência constitucional, para reconhecer o que nossa Constituição Federal já reconheceu, que o autor de um crime, mesmo recluso permanece humano, essa proporcionalidade tende a minimizar os altos custos que a sociedade tem suportado pelo encarceramento massivo premido por uma legislação de pânico.

2 A história da busca da liberdade

A capacidade de refletir sobre si mesmo possibilitou ao homem delinear os temas que lhe são mais intrínsecos, desde então o pensamento humano tem se digladiado sobre o sentido e o alcance do tema liberdade. Aliás, a própria história dos povos ganhou interpretações e nuances da busca e defesa da liberdade, narrando as conquistas de novas liberdades e surgimento de novas opressões, encontramos a história da evolução dos povos. Conforme leciona Bobbio:

Porém, ao contrário do que se poderia supor, esta história não é linear e progressiva, antes se constituindo em uma intrincada batalha onde novas liberdades confrontam-se com novas formas de opressão, velhas opressões são derrubadas e novas liberdades reencontradas, novas opressões impostas e velhas liberdades perdidas. (Bobbio, 1997, p.76)

Ainda nos ensaios do mesmo pensador italiano as teorias surgidas do Iluminismo que se estenderam sobre o século XIX tem sido a base para os filósofos pensarem a história, propagando como tema fundamental a história da liberdade, mas ultrapassando as concepções teológicas de salvação individual e libertação do pecado vindo à luz um novo sentido, surgido do desenvolvimento da ciência, derivou-se então para o entendimento de que liberdade pressupunha não só a busca da salvação mais também a limitação da opressão, isto é, a limitação do estabelecimento de impedimentos e de constrangimentos ao indivíduo.

O homem nunca foi totalmente livre, salientou Rousseau que “o homem nasce livre e por toda parte ele está a grilhões”(ROUSSEAU, 2001, p.9), é razoável supor que não se pode alcançar uma liberdade total, tampouco se esperar que as perdas e conquistas libertárias

perdurem eternamente, mas o que se deflui é que a história humana pode ser interpretada pela persistente busca dos indivíduos e dos grupos sociais do pleno exercício do princípio de autodeterminação, este o “desafio sempre renovado chegar à liberdade”(BOBBIO, 1996, p. 76).

A valorização da dignidade da pessoa humana ganhou espaço como fundamento dos Estados de Direito, como resultados derivados das conclusões sobre a Segunda Grande Guerra, trazendo perspectivas novas, nesse contexto, ressaltando a validade dos direitos do homem como ser inalienável e inviolável, surge daí o alicerce que é a “validade absoluta da eminente dignidade da pessoa humana e da liberdade, enquanto valores supremos ou valores-guia” (MIRANDA, 1998, p. 45).

Ao se compreender a liberdade como princípio, há que se delineá-la como valor intrínseco, que prescinde de questionamento sobre sua utilidade, aceitando-se a liberdade com argumento principiológico, não se pode conceber estudá-la sobre prisma de conveniência, jamais impor-lhe balizamento da conjuntura temporal.

Numa primeira concepção, o valor da liberdade pode ser reconhecido como condição indispensável ao progresso e desenvolvimento da humanidade. Esta concepção é a base do pensamento liberal, e, apesar de críticas socialistas ao liberalismo, não se pode negar que a opressão sufoca a inovação e criação, “empurrando os comportamentos para uma padronização sistemática. Ao contrário o paternalismo estatal tende a dificultar senão impedir a autonomia da pessoa” (HUMBOLDT, 2000, p.26-27)

Não se pretende nesta breve análise, defender a liberdade irresponsável, quando se ressalta a força dos fundamentos do liberalismo, não se está alinhando a este movimento em suas últimas consequências, já que a história demonstra que sua aplicação na economia não pode prescindir da intervenção do Estado sob pena de causar o aumento das desigualdades sociais. Mas o que se procura demonstrar é que liberdade e responsabilidade são duas faces de uma mesma moeda, indissociável, portanto, deve ser o estabelecimento de consequências às ações, erige-se também isto como valor da dignidade e essência da condição de ser humano.

3 A consciência humana de sua dignidade

O homem traz em si a consciência da própria dignidade, esta concepção estrutura as doutrinas espiritualistas, sugerindo a ideia de que o direito é inspiração, racional ou não, enraizada no coração humano e que lhe aponta o caminho a trilhar. Esta doutrina se vê

expressa desde Platão e Aristóteles, continuando na interpretação de Cícero aos romanos, o qual no discurso em Da República, conforme citado por Lévy-Bruhl, afirmava:

Há uma lei verdadeira, reta razão, conforme à natureza, difusa em nós, constante, eterna, que conclama ao que devemos fazer, ordenando-o, que desvia do mal e o proíbe; que, todavia, se não ordena nem proíbe em vão os bons, não muda nem por suas ordens nem por suas proibições os maus. É de instituição divina que não pode propor ab-rogar essa lei e que não é permitido derogá-la...(LEVY-BRUHL, 2000, p.7)

Essa dignidade inerente à pessoa foi acolhida por Kant, na exposição do princípio de sua filosofia quando afirmou “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente com o meio”(KANT, 1995, p.66), concepção esta que forneceu a base filosófica para a valorização do indivíduo no liberalismo e pensamento que se expressa indissociável do fundamento dos modernos Estados de Direito.

Percebe-se que esta retomada de valor do jusnaturalismo acentuou-se após a experiência dos horrores do Nazismo, que forçou a necessidade de fundamentar a incolumidade física e moral da pessoa erigindo a um princípio jurídico supralegal, com o exemplo de que o Estado implantado na Alemanha representava um Estado de Direito, abrigado que estava na Constituição de Wiemar.

A partir então da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em Paris em dezembro de 1948, alçou-se a dignidade da pessoa humana a valor jurídico supremo sobre o qual repousam os valores da liberdade, da justiça e da paz no mundo (PIOVEZAN, 2000, p.21). Posição reforçada por importantes Declarações de Direitos, esse reconhecimento de dignidade intrínseca a todo ser humano consiste em um postulado axiológico do jurídico, e, apesar de estar expresso teorias constitucionais de países de todos os quadrantes do planeta, suas etapas de implementação efetiva são bem díspares.

É certo que o conceito de dignidade da pessoa humana pode comportar interpretações das mais variadas, e que as formulações gerais encontradas em Declarações e em Cartas Constitucionais não se mostram suficientes, a própria doutrina assim reconhece, e observa com cautela o uso da dignidade da pessoa para defesa de soluções contrárias sobre questões fundamentais, como nas discussões sobre aborto e eutanásia.

Surge daí a necessidade de precisar o conteúdo da dignidade da pessoa humana que deve derivar daquilo que distingue o Homem dos demais seres, ou seja, na sua capacidade de raciocinar e determinar-se de acordo com o seu entendimento, com sua livre vontade.

Importa assim, reconhecer que a dignidade não reside no simples existir, mas no domínio da própria vida, esta a raiz da dignidade.

Em suma, a dignidade da pessoa humana consubstancia-se na autonomia física e moral, intrínseca ao homem, essência do que o humano possui de melhor, a dignidade assim se apresenta como caminho para o alcance da realização plena. Assenta-se que dignidade e autonomia são inseparáveis e integram o substrato humano, este ser que para se tornar indivíduo, precisa ser antes de tudo, livre (BOBBIO, 1997, p.7). Para a essência do homem, a liberdade erige-se assim “a única e inefável razão que o torna superior e a que chamamos de dignidade da pessoa humana” (KANT, 1995, p.73).

4 Liberdade e Estado

Para compreender a liberdade do homem cumpre abordar-se a distinção das concepções organicistas e individualistas, que permeiam o pensamento político. Para Jellinek há dois pontos candentes sobre os quais gira toda a vida do gênero humano: o indivíduo e a coletividade, citado por Paulo Bonavides que ainda complementa que a compreensão da relação entre ambos é “...unir harmoniosamente essas duas grandes potências que determinam o curso da história pertence aos maiores e mais árduos problemas com que a ciência e a vida se defrontam” (BONAVIDES, 2001, p.5).

Enquanto para a concepção organicista o Estado é um grande corpo composto por partes, cada qual com destinação própria e em eterna relação de interdependência, não atribuindo, portanto, nenhuma autonomia aos indivíduos, o adepto do individualismo sugere que o Estado equivale a um conjunto de indivíduos, sendo resultado da atividade destes e as relações que entre si estabelecem. Saliente-se a expressão organicista mais remota que encontramos em Aristóteles, quando das páginas iniciais da Política afirma: “O todo precede necessariamente à parte, com o que, quebrado o todo, não haverá mais nem pés nem mãos” sentenciando “a cidade é, por natureza, anterior ao indivíduo” (BOBBIO, 2000, p.45).

Mas (BOBBIO, 2000), reconhece que mesmo na Antiguidade a liberdade individual também era conhecida, apesar de não contar com todo o aparato jurídico de garantia contra o poder despótico, mecanismo base do estado constitucional moderno, já se vislumbrava resquício da chamada liberdade negativa, mas não é certo que a liberdade positiva caracterizava aquelas sociedades. Este pensador italiano, explicitando faz um paralelismo entre a liberdade negativa com a liberdade de agir, no sentido de uma ação materialmente não impedida, em oposição à liberdade positiva, que consistiria na liberdade de querer uma ação

autodeterminada por uma vontade livre, outro comparativo traça a liberdade negativa como liberdade do indivíduo e a liberdade positiva representando a liberdade da coletividade (BOBBIO, 1997, p.58).

Essa dicotomia individualista e coletivista nos diferentes olhares de liberais e socialistas, acabava convergindo num entendimento de que a humanidade seria liberta do poder do Estado, que iria debilitar-se e até mesmo desaparecer. Vaticínio que não se confirmou, ao contrário o desenvolvimento fez expandir os braços estatais para sua defesa, chegando até a assumir forma ditatorial, dando azo ao surgimento de totalitarismo, sistema político e social de nefastos efeitos e consequências tanto conhecidos como vivenciados.

Doutrinas totalitárias forjaram os horrores contra a humanidade, situação que conduziu os Estados do pós-guerra a tentar conciliar a liberdade individual com qualidade de vida, ainda a diminuição das desigualdades sociais, com crescente intervenção estatal visando à satisfação das necessidades coletivas, compatibilizando liberalismo e democracia, nascendo a ideia de Estado de bem-estar.

As tentativas de alcançar esse Estado de bem-estar, ou com a desculpa de almejá-lo, acabou-se por gerar o efeito colateral do intervencionismo público sobre a sociedade, o agigantamento da Administração Pública que de tanto engendrar poder e força aos seus instrumentos e formas burocratizantes, transformou o Parlamento em função anêmica, secundária. O indivíduo então perante esta administração fica desamparado, submetendo-se de maneira crescente a esta nova forma de autoridade soberana, terminando com a autonomia, o direito de determinar-se, observa-se a planificação dos comportamentos, a automação das condutas que irrefletidas vão sendo reproduzidas.

Inspirado na doutrina do Estado de Hegel, nota-se aflorar o positivismo jurídico com a formulação de Hans Kelsen, com a concepção normativista do Direito, que não admitia qualquer ordem axiológica precedente ao Estado, permitindo assim que o Direito seja identificado somente no seu aspecto positivo, ou seja, classificando o justo como o legal, confundindo-se o Direito naquilo que fosse a vontade do Estado, ensejando o surgimento do totalitarismo camuflado como Estado de Direito, dando azo a toda espécie de horror cujo maior exemplo encontramos na Alemanha nazista de Hitler.

Descrevendo estes estados totalitários e seus efeitos, ficamos com a observação sempre destacada de Hannah Arendt:

O terror finda por implantar a transição do medo para a indiferença diante da compreensão da inevitabilidade dos desígnios individuais. Provam isso relatos em que se destacam a completa apatia e passividade resultantes do terror exercido na Rússia sobre inocentes, mencionando a diferença entre a resistência inicial, quando um homem, ‘inimigo do regime’, mobilizava dois milicianos no seu aprisionamento, e os posteriores aprisionamentos maciços, quando um só miliciano podia conduzir grandes grupos que marchavam tranquilamente, sem que ninguém sequer tentasse fugir. (ARENDT, 1989, p.347).

O totalitarismo como nova concepção de despotismo, caracteriza-se pela máxima concentração dos poderes ideológico, político e econômico, onde a sociedade civil é incorporada ao Estado, o próprio entendimento de segurança do indivíduo se consubstancia na ideia de que o Estado, apesar de defender a universalidade, se coloca acima dos demais interesses, sejam individuais ou sociais. Com essas características teóricas, a prática do totalitarismo levou ao desvalor da pessoa humana, que reificada foi exterminada aos milhões, numa escala de horrores que a história registra e que deve ficar indelével nas lembranças desta e das próximas gerações, para indicar os perigos da submissão do homem a tantos controles que culminam com a extinção do traço que distingue e dignifica o Homem, a liberdade.

A evolução histórica da liberdade é descrita por Luis Roberto Barroso como “uma aventura em curso”, apesar do constitucionalismo moderno assentado nos ideais das grandes Revoluções da Idade Média (Inglesa, Americana e Francesa) que, seguem como mera inspiração, referenciais remotos, ainda em muitas partes do mundo, e assim sintetiza:

Um lance de olhos pela história dos últimos dez séculos revela que a liberdade nasce em berço aristocrático, cresce burguesa e, na virada do milênio, não chegou ainda à maturidade democrática. Quando há dez anos, o pensamento conservador celebrou o fim da história, proclamando a vitória do modelo liberal, precisou fechar portas e janelas e trancar-se dentro do mundo acadêmico. Do contrário teria escutado gritos pré-históricos vindos da África. Ou contemplado a prolongada agonia latino-americana. Lugares onde a história apenas começou. (BARROSO, 2002, p.77)

Como já destacado, a luta pela liberdade ainda está em curso, liberdade esta que se apresenta dinâmica, tende a reconstruir-se continuamente a partir de novos desafios surgidos de novas formas de opressão, assim, alcançadas algumas formas de liberdade, outras pressões surgirão, nem sempre de forma clara. Veja-se a sujeição do indivíduo a uma dominação legitimada pelo conhecimento técnico dirigido a possibilitar o domínio da natureza e alcance de uma vida com comodidade. Neste contexto, a falta de liberdade aparece de forma insidiosa, impessoal que rejeita a crítica da planificação ou automatismo, pois o aumento de produtividade e do conforto, não só legitima a dominação como cria uma base para uma “sociedade totalitária”, no dizer de Bobbio, onde “as pessoas não sentirão falta da liberdade, antes a encontrando com a satisfação de suas necessidades, ou sentindo a necessidade de não ser livre ou o medo da liberdade” (BOBBIO, 1997, p.92).

Nesse modelo de sociedade totalitária, que funde Estado e sociedade, a aceitação, ou não resistência ao poder opressor, funda-se na imagem de desenvolvimento técnico e científico, que assim se populariza, gera aceitação (comodismo), pois o destaque midiático induz a importância dos benefícios materiais que produz, e sua legitimação se trabalha de forma escancarada nos meios de comunicação social. De outro lado, a expansão técnica e científica não está acompanhada da necessária consciência ética, saltam questões de bioética, clonagem humana, utilizações de embriões. Revisitando Bobbio que sintetiza:

“O que caracteriza esta nova sociedade não é o homem escravo, o homem servo ou o homem súdito, mas o não-homem, o homem reduzido a autômato, a uma engrenagem de uma grande máquina da qual não se conhece nem o funcionamento nem a finalidade.”(BOBBIO, 1997, p.87).

A isto se somam fatores que geram o estado de mal-estar, que de forma mais aguda, até então, comprimia os tecidos sociais dos países periféricos, mas que como uma onda de efeito globalizante, hoje reflete nas nações que se entendiam já prontas e desenvolvidas, veja-se a insegurança do emprego que assola a Europa, a insegurança da moradia e das finanças que abala os cidadãos e as instituições estadunidenses, sem esquecer a crescente violência que ainda permeia a América Latina. Essas alterações da ordem econômica, tecnológica, cultural, nos possibilitam uma ótica da sociedade deste novo século, que tenta explicar a busca desesperada por segurança do Estado, da sociedade, do indivíduo, que para alcançá-la chega a aceitar passivamente a progressiva compressão da liberdade.

É a partir deste quadro que pretendemos analisar neste estudo a proliferação da vigilância total e irrestrita, que vem reconhecendo a analogia agora viva do “Grande Irmão” de George Orwell e o plano da teoria do panoptismo de Jeremy Bentham, esmiuçado por Michel Foucault que segue nos espreitando em todas as instituições sociais, com seus vigias ocultos, que na justificativa de proporcionar segurança, acaba sendo utilizado como se fosse panaceia para os mais diversos males, alegando busca da segurança pública, avilta-se o indivíduo, o que se assegura é exclusão social e planificação dos comportamentos, perpetuando e legitimando a aludida situação de dominação seja cultural, econômica ou científica.

5 Do princípio da proporcionalidade à consciência constitucional - realidade brasileira

O Brasil não ficou imune a essa onda de exacerbação do uso do Direito Penal, sobretudo com os espetáculos midiáticos que contaminam os cenários legislativos culminando com edições de diplomas com fonte no pânico, cada vez mais repressivos, querendo seguir a onda do encarceramento massivo em voga nos Estados Unidos desde meados da década de

1980, que só fez expandir a população carcerária não só daquela nação, mas como em quase todos os aspectos culturais, ditou o modismo ao resto do mundo.

Analisa-se então, diante de nossa Carta Política, como tornar efetiva a garantia constitucional do direito à liberdade individual, se para o controle do homem os freios da proporcionalidade e constitucionalidade muitas vezes são marginalizados, em nome do bem coletivo. Atente-se que uma nova ordem democrática constitucional nasce quando a ordem anterior encontra-se insustentável e, então, o povo através da instalação de uma Assembleia Nacional Constituinte, ou através de uma Revolução, rompe com a ordem anterior e instala uma nova ordem democrática, preservando, e melhorando bons direitos que foram conquistados nas ordens anteriores, e fazendo constar novos direitos, que a ordem anterior não reconhecia ou, a ela, eram contrários.

O maior problema da instalação de uma nova ordem democrática não é tanto a recepção da legislação infraconstitucional anterior, O maior problema sim é a interpretação da legislação infraconstitucional, já recepcionada, à luz da ordem constitucional moderna. Mas qual a primeira premissa para se interpretar constitucionalmente uma lei infraconstitucional? Temos que a resposta deva girar no aspecto da consciência constitucional.

A afirmação de Fernand Lassale de que uma Constituição seria uma “folha de papel”, é ferozmente rebatida por Konrad Hesse, que assevera que:

O Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe 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 a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser (HESSE, 1991, p.11).

A noção de consciência constitucional de uma ordem democrática, voltada para o povo, é resgatada na Alemanha pós-Segunda Guerra Mundial, quando Konrad Hesse, trabalhando a ideia da força normativa de uma norma constitucional, diz que a mesma deve conter elementos da realidade, mas o próprio Hesse acrescenta que não é apenas isso que se deve levar em conta para uma norma constitucional ganhar força, mas também o espírito constitucional a ser incutido em um determinado povo, segundo suas palavras:

A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplando o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas. (HESSE, 1991, p. 14-15).

O resgate do princípio da proporcionalidade na Alemanha, aplicando-o no Direito Administrativo no ano de 1971 no Tribunal Constitucional Alemão (BARROS, 1996, p. 44), foi um marco para o Direito Constitucional, dado que o princípio da proporcionalidade houvera nascido no *Bill of Rights* de 1215 (artigos 20 e 39) e posteriormente Cesare Beccaria o houvera adaptado para o Direito Penal como forma de limitação do poder estatal para fixação de pena.

A consciência constitucional dos alemães na adaptação do princípio da proporcionalidade ao Direito Administrativo foi de suma importância para o desenvolvimento desse princípio, haja vista que a partir do desenvolvimento alemão, ganhou tríplice dimensão, qual seja: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Assim sendo, proporcional no sentido adequado quer significar que a aplicação de uma norma deva encontrar a teleologia desejada pelo legislador, “a fim de se saber a qual finalidade busca a norma, que se acaso for desnaturada da vontade do legislador terá como sanção a declaração de sua inconstitucionalidade.” (BARROS, 1996, p.75)

A necessidade ou exigibilidade tem como principal função, determinar ao Poder Público que a aplicação de uma norma seja feita de modo que interfira o menos possível nos direitos de um ser humano em caso concreto. Completa-se a tríplice dimensão quando a proporcionalidade é analisada em sentido estrito, aqui funcionando como mandado de ponderação, a fim de “o ônus imposto pela norma deva ser inferior ao benefício por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade” (SARMENTO, 2003, p.89).

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito em apertada síntese, apresenta no Direito Penal, ao menos dois significados, sendo eles, a proibição do excesso *versus* a proibição da insuficiência da reprimenda quando verificada a ocorrência de um delito, ou nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet “existe uma congruência, observada pela proibição do excesso e da insuficiência, entendida como o mínimo exigível”(SARLET, 2003, p. 110).

Ora, sabendo que a aplicação da pena-base funciona a partir de fundamentos eminentemente discricionários por parte do aplicador, que deverá analisar todos os critérios da culpabilidade, descritos no artigo 59 do Código Penal, para sua devida fixação, o que se espera do aplicador é consciência constitucional para que seja fixada uma pena-base, a fim de que não haja um excesso, nem tampouco uma insuficiência na reprimenda.

Ademais o Código Penal (que teve sua parte geral reformada em 1984, e foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988) em seu artigo 59, parte final, diz que para a

fixação da pena-base, além da análise dos elementos da culpabilidade, a mesma deve ser feita “conforme seja necessário e suficiente, para reprovação e prevenção do crime”, estando aí embutido o princípio da proporcionalidade em nível infraconstitucional, mas que em nível constitucional o princípio se expressa na individualização da pena, contido no artigo 5º, inciso XLVI.

Mas ainda existe um sério problema no sistema penal brasileiro de se saber na pena-base, “quanto punir”, tendo em vista que muitos critérios componentes da culpabilidade, como personalidade do agente e conduta social, são totalmente abstratos a um magistrado, técnico do Direito, que não possui conhecimentos de psicologia ou psiquiatria forense. Faltando ao juiz aplicador da pena-base um esteio empírico sério para se verificar tais critérios no momento de quantificar a pena-base, ou nas palavras de Salo de Carvalho,

[...]o critério da proporcionalidade, presente no corpo do artigo 59 do Código Penal, não obstante ser, dada a sua natureza, controverso, não apresenta, desde modelo acusatório, possibilidade de verificabilidade processual pelo magistrado e pelas partes. (...) Todavia, se ao juiz é difícil (diríamos impossível) concretizar a tarefa imposta pela lei, uma breve revisão bibliográfica transdisciplinar revelará verdadeira impossibilidade de técnica do jurista proceder tal averiguação e, conseqüentemente, dela retirar efeitos legais. (CARVALHO, 2004, p.54).

O princípio da proporcionalidade é elemento imprescindível à própria ideia de justiça, adquirindo no campo do Direito Penal o seguinte significado: uma reação (a pena), para ser legítima, deve ser proporcional à ação (ofensiva). Esta regra, adotada explicitamente na previsão legal da legítima defesa, “é característica fundamental ou limite interno teleológico de qualquer teoria nacional sobre a função da pena (retribuição, prevenção geral, prevenção especial)” (ANGIONI, 1983, p.164). Por tal razão, segue o autor sinalizando que “qualquer que seja a função atribuída à pena pela Constituição, valerá sempre o princípio da proporcionalidade que se encontra mediatamente constitucionalizado por implicação lógica”. (ANGIONI, 1983, p.165).

O princípio da proporcionalidade ostenta, em nosso sistema, hierarquia constitucional, ainda que implícita. Nas precisas palavras de Suzane de Toledo Barros, seu fundamento encontra-se na tutela dos direitos fundamentais (artigo 5º, c.c. 60, § 4º, IV da CF), citando Hesse aduz que a proporcionalidade “se dá à título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida.” (Hesse: In BARROS, 1996, p.89).

Em matéria penal, o princípio demanda a existência de uma relação de proporcionalidade entre a gravidade da sanção (pena), a importância (constitucional) do bem

jurídico-penal tutelado e a gravidade do ataque desferido contra tal bem, conforme farta indicação bibliográfica e jurisprudencial (AGUARDO CORREA, 1999, p.282). Ou seja, repercute tanto uma exigência de relação de proporcionalidade entre o bem jurídico tutelado e a quantidade de pena, como “na exigência da construção de um sistema de aplicação das sanções penais que possibilite ao juiz estabelecer, dentro dos limites legais, a proporcionalidade entre o delito singularmente cometido e a sanção penal correspondente”. (LOPES, 2000, p.421).

Assim, o princípio da proporcionalidade, que é corolário do garantismo penal, e que este é corolário do princípio da individualização da pena, contido no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, deve ser utilizado no momento da aplicação da pena-base como meio interpretativo moderador de fixação da mesma, a fim de que a pena-base seja fixada de maneira que não haja um excesso, e tampouco insuficiência para a repressão e prevenção do crime, isto como forma de concretizar o princípio da proporcionalidade em seu sentido estrito, alcançando-se, assim, consciência constitucional no momento de sua fixação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Até o início do século XIX predominava no mundo a fase do “Direito Penal do terror”. Era o tempo da aplicação das denominadas “penas cruéis”. Quem eventualmente cometesse crime, seja de pequeno ou grande potencial ofensivo, não importava, invariavelmente sofreria castigo corporal, ora por açoites, ora com a perda da vida. Esse período terrível da humanidade, por isso, significava que a pena era sinônimo de castigo. O ódio, a descrença, o rancor e a desumanidade, imperavam com as fases da vingança divina e vingança privada, chegando mesmo a representar um avanço o Talião que com o “olho por olho, dente por dente”, se mostrou como a semente da proporcionalidade entre o fato cometido e a resposta social, ainda assim observadas medidas draconianas como se a natureza humana não fosse frágil e criminógena.

Com a Revolução Francesa, no final do século XVIII, iniciou-se a fase da “humanização das penas”, movimento social que pregou o fim da pena capital, ao argumento de que o crime é intrínseco ao homem e todos têm direito à vida, cabendo ao Estado punir a todos, indistintamente, de acordo com o tipo de crime praticado.

Assim, o encarceramento que só visava o aguardo da aflição física, acabou assumindo o caráter de execução de pena, em substituição às penas cruéis, dando ensejo à criação de uma nova perspectiva: a pena deve servir como intimidação, também, mas a recuperação do

criminoso é essencial para a paz social. Foi assim, que a pena de morte, aos poucos, foi sendo expelida dos códigos penais modernos, introduzindo-se a privação da liberdade aos criminosos ao invés de tirar-lhes a vida. Embora ainda atualmente a pena capital possa ser fixada nos Estados Unidos, dos 51 Estados, 11 deles admitem, e, nos países islâmicos, a verdade é que ela vem sendo rejeitada a cada dia, ademais restou comprovado que ela não intimida, nem tampouco atenua a criminalidade. Esta aí o exemplo da Califórnia – o mais populoso Estado americano – onde ainda atualmente o homicídio legal é adotado, sem que a violência seja contida.

No Brasil, a pena de morte restou proibida a partir da Constituição Republicana de 1891, quando, definitivamente, a pena de prisão consolidou-se. Porém, até 1984 presos não eram sujeitos de direito. O detento brasileiro, fosse ele provisório ou já condenado, era sujeito de obrigações tão somente. Com o advento da Lei nº 7.210 de 1984, o recluso ganhou o status de ser considerado “ser humano”, quando o legislador reconheceu um conjunto de direitos em seu favor (educação, saúde, lazer, assistência social, dentre outros), que ainda atualmente permanecem inertes porque diuturnamente desrespeitados por quem deveria implementá-los, o Estado.

O custo da desproporcionalidade dos castigos legais impostos aos autores de delitos em nosso país já estão sendo apresentados, veja-se que o desrespeito a Lei de Execução Penal e o castigo físico e moral impostos aos reclusos brasileiros, sem dúvida, fizeram surgir dentro das prisões a partir de 1985, movimentos internos com a finalidade de incitar a luta por obediência aos direitos assegurados pela lei aos encarcerados. O Brasil arca com um alto custo pela forma desumana com que trata seus criminosos, em detrimento da perspectiva de reintegrá-los à sociedade, em perfeita harmonia com as regras de convivência humana.

É imperioso não esquecer, que nossos legisladores tiveram uma participação ativa na consolidação do atual quadro de pavor carcerário, inicialmente com a aprovação da Lei dos Crimes Hediondos (1990) que recrudesceu as penas e proibiu a progressão de regime, aumentando consideravelmente a população dos ergástulos que saltou dos 94 mil em 1990, para os 498 mil, provocando distorções e repúdio. O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), criado em São Paulo em 2001 e transformado em lei federal em 2003, que autoriza o isolamento do preso por tempo indeterminado, fez surgir a facção criminosa PCC – Primeiro Comando da Capital, de trágicas consequências sociais.

Nelson Mandela, ícone sul africano, que durante 28 anos conheceu o amargor da prisão, assegurou: “Costuma-se dizer que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até

que tenha estado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pelo modo como trata seus cidadãos mais elevados, mas sim como trata seus cidadãos mais baixos”.

REFERÊNCIAS

AGUARDO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad em derecho penal*. Madri: Edersa, 1999.

ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano: Giuffrè, 1983.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. 3ª reimp. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Tomo I.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 7ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HUMBOLDT, W. Von. Citado por Norberto BOBBIO. *Liberalismo e democracia*. 7 ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Porto: Porto, 1995.

LEVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do direito*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*. Tradução Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan ICC, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra, 1998, Tomo IV.

PIOVEZAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista de Estudos Criminais nº 12, ano 3, Ed. Nota Dez, 2003.

_____, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*, trad. De André Telles, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2001.