

A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA

THE CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS AS AN INSTRUMENT OF THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO PUBLIC SECURITY

Gustavo Almeida Paolinelli de Castro¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Porque estudar a segurança pública com enfoque no sistema prisional?; 2. Direito à segurança pública e o Judiciário; 3. Hermenêutica Constitucional: contribuições para uma aplicação adequada dos direitos fundamentais; 4. Desconstruindo as decisões relativas ao sistema prisional; Considerações Finais; Referências

RESUMO - Este artigo tem o propósito de analisar os desafios na concretização do direito à segurança pública no Estado democrático de Direito brasileiro, mediante a perquirição crítico-reflexiva de decisões judiciais envolvendo a aplicação de direitos fundamentais. Tomamos como referencial os julgados no sistema prisional por se tratar de um campo fértil, no qual os juízes e Tribunais se vêem obrigados a desenvolver o raciocínio jurídico a partir da aplicação de princípios constitucionais. A premissa fundamental do estudo é que as decisões nessa seara não consideram os avanços da reviravolta lingüístico-pragmática, promovendo a instalação de um quadro de irracionalidade e desintegração social. Utilizamos a teoria procedimentalista de J.Habermas para avaliar o raciocínio utilizado, propondo uma reflexão sobre a aplicação procedimentalmente adequada da Constituição no paradigma jurídico do Estado democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança; Hermenêutica; Prisão; Procedimentalismo.

ABSTRACT - This article has the intention to analyze the challenges in the concretion of the right to the public security in the democratic brazilian rule of law, through of the critical-reflexive analysis of sentences involving the application of basic rights. We used as based of this work the sentences in the prisional system for understanding it as an useful field, in which the judges and Courts must to develop the legal reasoning from the constitutional application of principles. The basic premise of the study is that the decisions in this area do not consider the advances of the linguistic-pragmatic overturn, promoting the installation of an irrationality situation

and social disintegration. We use the proceduralism theory of J.Habermas to analyze the reasoning used, considering a reflection on the application procedural adjusted of the Constitution in the legal paradigm of the rule of law.

Key Words: Security; Hermeneutics; Arrest; Procedimentalism.

Introdução

Este artigo tem o propósito de analisar, sob o ponto de vista da hermenêutica jurídica, os obstáculos e desafios na concretização do direito à segurança pública à luz do paradigma do Estado democrático de Direito brasileiro. Antes, contudo, alguns esclarecimentos metodológicos se fazem precisos.

O primeiro deles diz respeito ao objeto de análise. Dado se tratar de questões voltadas para o tratamento do Judiciário à questão da segurança pública, e haja vista a necessidade de analisar os métodos e as pré-compreensões que os Juízes têm ao aplicar a Constituição, a descrição e a desconstrução da jurisprudência sobre o tema é imprescindível. É, pois, a principal matéria-prima deste estudo.

O cotejo entre diversos julgados, inclusive do Supremo Tribunal Federal, permitirá a identificação de incongruências argumentativas, por vezes consideradas incompatíveis para o próprio Direito, ao tempo que permite a livre circulação das idéias e o próprio amadurecimento dos fundamentos. Um exemplo é quando uma decisão utiliza a expressão “Estado democrático de Direito” e defende, ao mesmo tempo, a segurança como valor máximo de um Estado: uma incompatibilidade explícita. Eis a razão, pois, de se falar em “obstáculos e desafios” anteriormente.

Outro aspecto que precisa ser considerado antes de adentrarmos ao núcleo da pesquisa é em relação à base teórica, baseada no paradigma jurídico do Estado democrático de Direito. Isso é fundamental para compreender a premissa procedimentalista-discursiva habermasiana de que partimos.

Por paradigma jurídico deve-se compreender:

visões exemplares de uma comunidade jurídica que considera como o mesmo sistema de direitos e princípios constitucionais podem ser realizados no contexto percebido de uma dada sociedade. Um paradigma de Direito delineia um modelo de sociedade

contemporânea para explicar como direitos e princípios constitucionais devem ser concebidos e implementados para que cumpram naquele dado contexto as funções normativamente atribuídas a eles.” (OLIVEIRA 2002, 54)

Esse recorte metodológico já insinua que analisaremos a aplicação do Direito à luz de uma doutrina especialmente voltada para a aplicação de princípios, dotados de força normativa. Não no sentido de equipará-los a valores, como na teoria alexyninana, senão a partir de uma análise deontológica e dialógica.

Não se trata, todavia, de um julgamento realizado por um observador que se coloca acima desta ou daquela argumentação/decisão. Cuida o trabalho da elaboração de uma proposta de se compreender a aplicação da Constituição, segundo marcos teóricos calcados no agir comunicativo e na importância da linguagem para a construção de decisões legítimas.

É preciso esclarecer ainda, para que cumpramos com a verificação da premissa fundamental que dá vida a essa pesquisa, que refutaremos na análise dos julgados a adoção de métodos hierarquizados de interpretação e desenvolvimento pré-alçados à condição de ciência racional. Isso já descarta qualquer retomada aos métodos da hermenêutica clássica como critério de aferição de legitimidade das decisões analisadas.

Dito isso, podemos pontuar que a premissa fundamental é de que as decisões nessa seara não consideram os avanços da reviravolta lingüístico-pragmática, promovendo a instalação de um quadro de irracionalidade e desintegração social, resultado primevo e direto dessa inadequada aplicação da Constituição.

Não basta, pois, forte na divisão de J. Habermas e K. Günther, que os processos de justificação normativa cumpram com os ideais democráticos se, no momento de concretização da Constituição, todos os avanços no âmbito da hermenêutica passam a ser desconsiderados e substituídos por questões inadvertidamente subjetivas/valorativas. Em outras palavras, os esforços em se efetivar a segurança pela elaboração de políticas públicas democráticas sucumbem frente à ausência de racionalidade dessas decisões.

Se assim o é, qual a saída para tal impasse? Acredita-se que a resposta esteja na integridade do *medium* lingüístico, desde que desvinculada da filosofia da

consciência. Nesse sentido, a linguagem, proceduralmente entendida, mesmo sob as im procedentes críticas de relativismo e insensibilidade às questões sociais, parece ser ainda a resposta mais adequada para a concretização do direito à segurança pública no âmbito da aplicação normativa.

Para cumprir essa proposta será preciso, pois, contextualizar a segurança pública dentro da realidade brasileira. Afinal, qual a importância em estudá-la?

Superada essa questão, portanto, examinaremos os argumentos levantados pelos juízes e Tribunais ao lidar com o direito à segurança pública. A fim de delimitar o objeto de análise, adotaremos como ponto de partida as decisões que carregam em seu bojo a aplicação de direitos fundamentais no âmbito do sistema prisional, uma vez que, são elas que expõem com maior nitidez a argumentação envolvendo princípios constitucionais. E é justamente com elas que conseguiremos identificar retrocessos e avanços em relação à hermenêutica constitucional sob o viés da *linguistic turn*..

1 Porque estudar a segurança pública com enfoque no sistema prisional?

A criminalidade é hoje um dos principais problemas do mundo contemporâneo, notadamente na América Latina, segundo atestam as pesquisas.² E não foi por outra razão que a Organização Mundial de Saúde declarou, por meio da Resolução 49.25 de 1996, que a sua prevenção é medida prioritária no âmbito da saúde pública mundial.

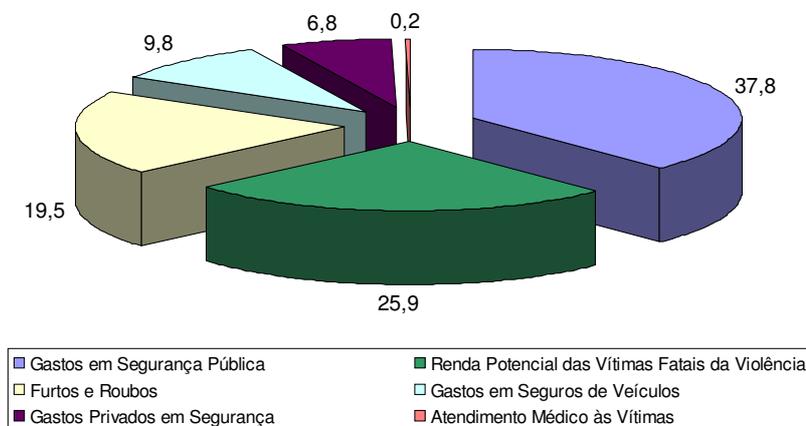
Löic Wacquant (2001), em prefácio escrito especialmente para a edição brasileira da sua obra “Prisões da Miséria”, já apontava a criminalidade como um dos fatores mais nocivos ao Estado brasileiro.³

Mesmo com o aumento de 2% da receita em quase todos os Estados brasileiros, segundo aponta pesquisa de João Trajano Sento-Sé e Eduardo Ribeiro (BOTTOM, 2007) nos anos de 1995 a 2005,⁴ os déficits na sua efetivação continuam a inviabilizar o gozo de outros direitos fundamentais, à medida que, onde não há segurança, não há o gozo das liberdades individuais, do lazer, da saúde, etc.

Além disto, a falta de concretização ocasiona um efeito direto no orçamento público, uma vez que os impactos dela resultantes consomem parte significativa dos cofres estatais,⁵ deixando comprometido o já debilitado investimento em outras áreas deficitárias.

Em Belo Horizonte, segundo o gráfico, os custos econômicos da violência comprometem cada vez mais as potencialidades econômicas do município com as perdas decorrentes da violência.

Custos Econômicos da Violência em Belo Horizonte (1999)



Fonte: CRISP/UFMG

Os dois maiores componentes do custo da criminalidade em Belo Horizonte foram os gastos em segurança pública e a perda de renda potencial das vítimas fatais da violência

No contexto brasileiro, portanto, a ausência ou a insuficiência da concretização do direito à segurança pública assume tanto um caráter inviabilizador de desenvolvimento econômico e humano, como igualmente obsta a realização de outros direitos fundamentais, razão pela qual o seu exame se faz imprescindível para o cumprimento do ideal democrático.

Ocorre que essa análise não pode ser feita de forma generalizada e ilimitada. Mesmo o mais ingênuo pesquisador não se aventuraria nessa empreitada, considerando a vastidão do sentido e de abordagens do direito à segurança pública.

Sendo assim, é papel do investigador delimitar a perspectiva da sua pesquisa a fim de não recair em incoerências teóricas que vão desde a generalização até a ausência de vinculação do trabalho com a realidade.

Nesse sentido, considerando a vulnerabilidade do sistema carcerário, optou-se em analisar as decisões judiciais que envolvam o sistema prisional e trabalhem diretamente com direitos fundamentais.

Isto porque, nenhum segmento da segurança pública consegue chamar mais a atenção do que a precariedade e a decadência daquele. O inchaço e a falta de compromisso estatal com tal segmento, cuja vulnerabilidade dos atores envolvidos e a incapacidade do Poder Público em resolver a questão são por todos conhecida, acumula retrocessos na construção de um Estado democrático de Direito⁶ e põe em evidência graves problemas, como por exemplo, a falta de efetivação dos direitos sociais.

De acordo com Macaulay (2006), entre 1995 e 2005 a população prisional brasileira cresceu vertiginosamente de 148.760 para 361.402, ou seja, o número de detentos passou de 95,5 para 190 por 100 mil habitantes.

Esse acréscimo, somado à incapacidade do Estado em fornecer condições condignas de ressocialização, resultou em prisões insalubres, inabitáveis e superlotadas. (AMNESTY INTERNATIONAL, 2005a; 2005b) Junto com o aumento da população carcerária veio também o crescimento do número de *habeas corpus*, apelações, revisões, denúncias, etc.⁷ Com isto, o Judiciário teve seu papel relevado na aplicação dos direitos fundamentais.

2 Direito à segurança pública e o Judiciário

Um caso paradigmático sobre o papel do Judiciário na efetivação do direito à segurança aconteceu no município de Contagem em Minas Gerais. Em novembro de 2005, o juiz titular da Vara de Execuções Criminais e Corregedoria de Presídios daquela cidade, Livingsthon José Machado, interditou duas carceragens policiais com mais de 200% da sua capacidade máxima,⁸ expedindo alvarás de soltura a aproximadamente 60 presos condenados.

As condições das celas em que cumpriam pena ou mesmo aguardavam julgamento, afirma o juiz afastado do cargo pela Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, eram totalmente desumanas e precárias:

Lá 35 pessoas dividem uma cela mínima para dormir, comer, fazer as necessidades fisiológicas. Quer desrespeito maior que este? Não há como dormir, os presos têm que fazer rodízio ou mesmo chegar a extremos como eliminar seus companheiros de cela e fazer rebeliões como vemos em diversos presídios. (LÚCIO, 2006)

Dessa forma e, em concorrência com a ação civil pública proposta pelo Ministério Público para correção dos vários desvios na execução de penas criminais em Contagem, o magistrado concedeu a segurança com o propósito de interditar as carceragens policiais, ao argumento de que as condições degradantes das prisões “[...] afrontavam “direitos individuais e fundamentais da pessoa humana aniquilando visivelmente sua condição de dignidade, tornando o cumprimento da pena aplicada cruel e manifestamente ilegal, abusiva” (DIAS NETO, 2006).

Naturalmente, a decisão do magistrado não passou despercebida e gerou disseminada polêmica. Basicamente, a questão envolvia as seguintes indagações: qual o papel do Judiciário frente à omissão dos Poderes Executivo e Legislativo na elaboração e implementação de políticas de segurança pública? O que estaria em jogo afinal, quando da expedição dos alvarás de soltura: o direito à dignidade dos presos ou a segurança da população? Em suma, liberdade ou segurança pública?

Respondendo a essas indagações, por via de decisão em liminar de mandado de segurança impetrado pelo governo estadual, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por meio do desembargador-relator Paulo Cezar Dias, manifestou-se no sentido de que “as decisões do juiz de Contagem trazem grave risco à segurança pública e a interdição somente pode ser decretada quando as irregularidades não podem [puderem] ser revertidas pelo Poder Público, o que, na sua opinião, não está comprovado”. (DIAS NETO, 2006)

O acórdão, aplaudido pela Corte do Tribunal, ancorado no argumento de que as irregularidades das carceragens poderiam ser resolvidas pelo Poder Executivo, baseou-se na “indecifrável” prevalência do direito à segurança da coletividade face a integridade dos internos.

No Supremo Tribunal Federal a questão não recebeu tratamento muito distinto, senão vejamos:

HABEAS-CORPUS. INADEQUADAS INSTALAÇÕES DOS ESTABELECIMENTOS PENAIIS: INVIABILIDADE DE, EM SEDE DE

HABEAS CORPUS, RESOLVER INCIDENTE DE EXECUÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO POR PROMOTOR DE JUSTIÇA PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ILEGITIMIDADE. A precariedade das condições dos estabelecimentos penais não legitima a liberação dos que neles se encontram presos, nem o não recebimento dos que vierem a ser condenados ou recolhidos provisoriamente.⁹

Esse entendimento, que também deu primazia ao direito à segurança pública em face da integridade dos presos, foi de que não caberia à Corte conhecer do mérito de políticas públicas quando estas extrapolarem ou violarem direitos.

Diante desse verdadeiro caos, sem perspectiva de solução, o que pode fazer o Judiciário? Determinar a soltura dos presos recolhidos a estabelecimentos que não oferecem condições físicas condignas ao ser humano, seja pela precariedade das suas instalações, seja pelo excesso de lotação? Determinar a remoção dos excedentes? Para onde? Até as delegacias de polícia estão lotadas, aguardando a transferência de presos. Neste particular, o Poder Judiciário é absolutamente impotente para equacionar soluções, não só em face do ordenamento jurídico, como também da própria conjuntura sócio econômica, com graves reflexos nos orçamentos públicos.¹⁰

Mas as coincidências entre os julgados terminam por aí, isto é, enquanto o Supremo Tribunal Federal argumentava que incumbia ao juiz da execução fiscalizar as condições da carceragem, inclusive procedendo a sua interdição quando não dotada de condições adequadas,¹¹ o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) cassava a decisão do juiz de Contagem pela incompetência do magistrado em fazê-lo.¹²

No Superior Tribunal de Justiça a ministra Laurita Vaz, no julgamento do HC 34.316/RJ reforçou a manutenção do encarceramento, sob um aspecto eminentemente formalista:

a superlotação e as precárias condições dos estabelecimentos prisionais não permite a concessão da liberdade aos sentenciados ou presos provisórios, visto que foram recolhidos por decisões judiciais que observaram o devido processo legal.

No mesmo sentido é o voto do ministro José Arnaldo da Fonseca, no HC 7233/DF:

"Habeas corpus". Impetração pelo Ministério Público. Legitimidade. Remoção de presos condenados definitivamente. Cadeias públicas. Superlotação. Estabelecimento penitenciário adequado.

- "a lei outorga aos pacientes o direito de cumprir pena na penitenciária, mas é certo que nesta inexitem vagas para eles. Inexistindo vagas na penitenciária, caso não permanecessem os pacientes nas delegacias, deveriam ser postos em liberdade, o que afronta a exigência legal de que cumpram as penas que lhes foram impostas no devido processo legal. Legítima, pois, a constrição." ¹³

Embora com algumas distinções pontuais entre os argumentos colacionados nesses julgados, o que se percebe é que todos eles versam sobre a aplicação de direitos fundamentais. Por exemplo, se de um lado há presos vivendo em condições insalubres e subumanas, de outro se avista uma sociedade insegura (direito à integridade do preso ou a segurança pública?). Seria adequado permitir que aqueles condenados não tivessem o direito à vida, à integridade física e mental, quando submetidos a cirandas da morte, chacinas entre grupos rivais e doenças infecciosas? Como fica de outra face, a população do outro lado da grade? Qual o papel do Judiciário nesse processo? Condenar o preso ao cumprimento de duas penas (uma judicial-oficial e outra informal pelas péssimas condições carcerárias) ou libertá-lo até que tenha o Estado concretizado o texto constitucional assumindo o risco da impunidade?

A questão como visto, não é recente tampouco singela. Ela traz consigo um aspecto contemporâneo para o aplicador do Direito, pois coloca em xeque o caminho e o próprio conteúdo argumentativo percorrido pelo julgador.

Nesse sentido, compete-nos perguntar: como a hermenêutica constitucional pode colaborar para a formação de uma decisão racionalmente adequada, sem reduzir o Direito a questões políticas ou econômicas? Diante desse quadro, pois, quais critérios seriam utilizados para resolver essas questões sem comprometer a finalidade integradora e a essência do Direito?

3 Hermenêutica Constitucional: contribuições para uma aplicação adequada dos direitos fundamentais

A origem da palavra hermenêutica, segundo Pereira:

deriva do verbo *hermeneuein* e do substantivo *hermeneia*, traduzidos, em geral por *interpretação*, mas que, segundo Emerich Coreth, significava, em toda sua extensão semântica, declarar, anunciar, interpretar (ou esclarecer) e traduzir. Ou seja, no fundo, essa diversidade de acepções tinha o sentido de que algo era *tornado compreensível, conduzido à compreensão*. (2007, p. 8-9)

Segundo Cruz “a origem mais conhecida da palavra hermenêutica dá-se pela conexão semântica com o deus da mitologia grega Hermes, responsável pela publicidade/tradução das mensagens divinas aos mortais” (2004, p. 29).

Segundo adverte Grondin (2006), a palavra *hermenêutica* só surgiu no século XVII possuindo intenção de natureza normativa e técnica.

Ela se restringia à tarefa de fornecer às ciências declaradamente interpretativas algumas indicações metodológicas, a fim de prevenir, do melhor modo possível, a arbitrariedade no campo da interpretação. (GRONDIN, 2006, p. 23)

Embora, portanto, não se possa falar em “hermenêutica” até o século XVII, é possível registrar historicamente que o surgimento do conceito:

foi empregado na Teologia como disciplina autônoma e auxiliar, com a função de descrever as regras para a correta interpretação da Sagrada Escritura, representando um conceito-chave no grandioso debate empreendido pelo Protestantismo contra o monopólio interpretativo da Bíblia postulado e exercido pela Igreja Católica. (PEREIRA, 2007, p. 10)

O que se nota, portanto, é que durante largo período a hermenêutica permaneceu com a mesma feição e objetivos clássicos, “quais sejam, disciplina auxiliar para instrumentalizar metodologicamente a interpretação em tais ramos regionais de conhecimento.” (2007, p. 12).

Foi apenas com Schleiermacher que a hermenêutica pôde “transcender os ramos estreitos que a atavam às ciências particulares, para alcançar um novo

sentido.” (PEREIRA, 2007, p. 12) Sua investigação procurava fundamentar o procedimento a partir de um conceito geral de compreensão sem abandonar a circularidade entre o todo e o particular, ou a mútua dependência constitutiva entre a parte e a totalidade, nas palavras de Braida (SCHLEIERMACHER, 2006).

Definitivamente, lembra Grondin (2006), a idéia de círculo hermenêutico se vê lançada no projeto de interpretação. Daí em diante essas idéias foram aperfeiçoadas por Dilthey, Heidegger e Gadamer, até chegar ao nível da linguagem. Explico: antes de ser compreendida como linguagem, a hermenêutica se ocupava em descobrir a intenção do autor do texto ¹⁴ ou o “espírito” deste através de um esforço monológico entre intérprete/objeto.

Foi principalmente com Gadamer que o giro hermenêutico se encontra jogado na lingüisticidade, exigindo que os interlocutores que interpretam a norma se vejam obrigados, como própria condição de entendimento, a falarem a mesma língua. (COELHO, 2007)

Ao invés da relação sujeito/objeto de Schleiermacher, impôs-se à ciência a relação sujeito/sujeito de Heidegger (1998) e Gadamer (1997). A era da certeza no progresso indefinido da humanidade é paulatinamente substituída pela angústia do existencialismo, base para uma nova concepção do racionalismo filosófico: a reviravolta lingüístico-pragmática. (CRUZ, 2004, p. 142)

Esse novo movimento colaborou para as bases de uma hermenêutica constitucional renovada, sem apego a métodos pré-concebidos e hierarquizados como o gramatical, lógico, histórico, sistemático, etc. Toda interpretação, assim, seria produto de uma fusão entre o passado e o presente, ou na melhor expressão gadameriana, de uma fusão de horizontes.

Com esses avanços, os direitos fundamentais ganharam nova roupagem, deixando de serem aplicados e compreendidos como valores previamente fixados numa tábua de valores.

4 Desconstruindo as decisões relativas ao sistema prisional

Recapitulando o caminho traçado até agora, procurou-se demonstrar que os juízes e tribunais brasileiros invocam cotidianamente os direitos fundamentais como base das suas decisões, sejam elas no sentido da manutenção da prisão ou não.

Defendem, em síntese, o valor da dignidade humana, o devido processo legal e a segurança pública como vetores argumentativos nas suas decisões.

A questão é: será que a maneira de aplicá-los não encerraria um modelo de decisão contrário aos avanços da reviravolta lingüístico-pragmático, pois permaneceria vinculada à noção sujeito/objeto? E mais, mesmo superando a relação sujeito/objeto não haveria uma desnaturação do próprio Direito em questões econômicas ou políticas?

Caso 1 - O Juiz de Contagem

O primeiro caso analisado trata da decisão do juiz do município de Contagem que optou por expedir alvarás de soltura baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, inciso III, CR/88), e nos incisos III, XLI e LXV, todos do artigo 5º da CR/88.¹⁵

Qual a contribuição da hermenêutica constitucional nessa decisão?

O primeiro auxílio, que conta com a cooperação da filosofia constitucional, é de afastar o sentido da dignidade humana como vetor interpretativo máximo, ou em outras palavras, como metaprincípio, cuja importância delimitaria a aplicação dos demais direitos.

Isto porque, a idéia de absolutização da dignidade da pessoa humana como fonte ética ou base material atribuída a este direito um lugar diferenciado e absoluto dentro de uma hierarquia de valores, de forma que o mesmo não pudesse ser ponderado com outros valores.

Esse fenômeno, presente na Alemanha do pós-guerra, encontrou guarida num movimento hermenêutico alcunhado de “jurisprudência de valores” da Corte

constitucional daquele país, como meio de corrigir os abusos cometidos pelos nazistas na Segunda Guerra Mundial. (CRUZ, 2004)

Atribuindo ao princípio da dignidade humana o “valor máximo” da ordem constitucional, o Tribunal Constitucional alemão buscou traçar um rol axiológico de direitos ¹⁶ que fossem universalmente tutelados. Assim, as garantias que mais se aproximassem da noção material desse princípio teriam maior *prestígio* quando da aplicação da norma.

Essa postura, como lembra Cruz, levaria a uma série de atentados à Constituição dentre os quais merecem destaque:

- a) desnaturação do princípio da separação dos poderes; b) limitação da supremacia constitucional, pela transformação dos Tribunais Constitucionais em Assembléias Constituintes; c) desnaturação dos direitos fundamentais e da unidade normativa da Constituição; d) politização do Judiciário, por meio de decisões utilitárias de custo benefício sociais; e) a decisão tornara-se campo para arbítrio puro, de preferências pessoais dos juízes; f) irracionalidade metodológica. (CRUZ, 2004, p. 195)

Não foi por outra razão que Robert Alexy se apropriou de alguns critérios hermenêuticos da Corte alemã para criar seu modelo de interpretação dos direitos fundamentais. Foi a partir da revisão daquele, pois, que o professor de Kiel reviu a sistematização até então utilizada, para dizer que os princípios não poderiam pretender ter uma precedência básica entre si.

Tentando superar o equívoco da interpretação dada pela Corte alemã, o referido autor passou a sustentar a inexistência de princípios absolutos. Embora tenha reconhecido que efetivamente o princípio da dignidade da pessoa humana provoque uma idéia de sentido absoluto (a exemplo do que poderia sugerir o inciso III, artigo primeiro da Constituição de 1988), essa noção não passaria apenas de uma alta probabilidade de precedência daquele em relação aos demais direitos.

A razão dessa impressão residiria no fato de “que para o princípio da dignidade da pessoa existe um amplo grupo de condições de precedência nas quais existe um alto grau de segurança acerca de que sobre elas o princípio da dignidade da pessoa precede aos princípios opostos.” (ALEXY, 2002, p. 106, tradução nossa).

Corrigindo, portanto, as deficiências do modelo interpretativo da “jurisprudência de valores,” Alexy apropria-se da crítica de Kloefer ao dizer que “uma dignidade da pessoa que se imponha em todas as circunstâncias frente a todos os demais princípios constitucionais’ reduziria ‘em última instância a garantia da dignidade da pessoa [...] à defesa contra a depreciações apocalípticas” (KLOEPFER *apud* ALEXY, 2002, p. 108, tradução nossa).

Nesse contexto, Alexy pretendia demonstrar que eventual “choque” entre garantias constitucionais (direito à segurança pública e direito à intimidade, p.ex.) deveria ser resolvido pela “lei da ponderação” e de acordo com o “princípio da proporcionalidade.” (ALEXY, 2004).

A “lei da ponderação,” segundo o jurista alemão, poderia ser formulada da seguinte maneira: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del outro. [...] La ley de la ponderación dice [...] que el peso de los principios no es determinable em si mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan solo de pesos relativos.” (ALEXY, 2002, p. 161).

O sentido de proporcionalidade, por sua vez, propugna que os princípios são mandatos de otimização, quer dizer, devem ser empregados da melhor forma possível. Por “melhor forma possível” (otimização) Alexy argumenta ser imprescindível a utilização de três critérios contidos no princípio da proporcionalidade, quais sejam, idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (ALEXY, 2004)

A idoneidade e necessidade “expresan la pretensión, contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades fácticas.” (2004, p. 39).

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito exige para si uma maior realização possível com as possibilidades jurídicas, ou, em outras palavras, “expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario. Este principio es idéntico a la ley de ponderación, que establece lo siguiente: Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.” (ALEXY, 2004, p.48).

Todo esse esforço de Alexy em relativizar a definição dada pela corte alemã aos direitos fundamentais, entretanto, não escapou da crítica de que estes eram equivocadamente equiparados a valores,¹⁷ ou seja, destituídos do caráter deontológico do Direito.

Segundo Habermas, na leitura do próprio Alexy, “os direitos fundamentais primeiro se debilitam ao se transformar em mandatos de otimização e logo ameaçam desaparecer no redemoinho da ponderação irracional.” (ALEXY, 2004, p. 12, tradução nossa). Assim, inevitavelmente, essas deturpações levaram a conclusões distorcidas da sistemática básica dos direitos fundamentais.

O equívoco e a inconstitucionalidade em se adotar uma postura de hierarquização parece evidente, pois, como bem argumentam os teóricos da teoria discursiva, inicialmente normas não se equiparam a valores, de forma que não podem preterir umas as outras em justificativas pautadas em preferências excessivamente concretas, sob pena de se inviabilizar um projeto crítico-reflexivo do Direito. Segundo Habermas

As normas reconhecidas obrigam seus destinatários por igual e sem exceção, enquanto os valores exprimem até que ponto determinados bens,¹⁸ que em determinadas coletividades são vistos como almejavéis, merecem preferência. [...] Enquanto as normas são obedecidas, no sentido de cumprir com expectativas generalizadas de comportamento, os valores e os bens só podem ser realizados ou adquiridos mediante uma ação direcionada. [...] A validação de dever das normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: aquilo que se deve também reclama para si ser bom para todos (quer dizer, todos os destinatários). A atratividade dos valores tem o sentido relativo de uma avaliação de bens, elaborada ou adotada nas culturas e formas de vida. (2004, p. 72)

Além disso, ao se reconhecer que o direito à dignidade da pessoa humana é um superprincípio porque “axiologicamente superior,” estar-se-ia a concordar com o argumento de que um princípio pode ser determinado como mais importante ou melhor do que outro, em franco desvirtuamento do paradigma jurídico do Estado democrático de Direito.

Basta ver que nem mesmo Alexy (2002; 2004) admite as hipóteses de hierarquização entre princípios feitas aprioristicamente. Isto corresponderia à petrificação total da Constituição em uma ordem escalonada de valores.

A partir dessas observações, parece claro que o problema não está substancialmente no momento da aplicação do princípio da segurança em si, mas sim na sua correta compreensão.

Caso 2 - O Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Como já apresentado o Tribunal de Justiça de Minas Gerais cassou a decisão do magistrado de Contagem, baseado em suma que: não compete ao Judiciário conhecer de questões que versem sobre “conveniência e oportunidade”;¹⁹ a incompetência do juiz para expedir aqueles alvarás; que a dignidade humana tem natureza política e não jurídica;²⁰ que o direito à segurança pública (direito coletivo) deve prevalecer em face do direito individual (integridade do preso),²¹ dentre outros.

Visto sob o ângulo da hermenêutica constitucional o presente acórdão desconsidera pontos importantes, como o papel da dialética na construção do melhor do argumento.

Antes devemos recordar que quando da prolação do acórdão pelo TJMG já havia uma decisão do Supremo Tribunal Federal atribuindo ao juiz da vara de execuções penais o poder-dever de fiscalizar o estabelecimento prisional e, quando preciso, de decretar a sua interdição. Pois bem, por qual razão o Tribunal não se manifestou em relação a tal fundamento?

Como lembra Coelho “quem resolve desprezar um precedente assume o ônus da argumentação, pois não parece sensato abandonar, sem melhores razões em contrário, um entendimento até então prevalecente.” (2007, p. 47).

Além disto, baseado em que fundamento poderia o Tribunal afirmar que o direito à coletividade é hierarquicamente superior às garantias individuais? Essas, aliás, são normalmente justificativas de Estados totalitários para fundamentar decisões em nome das razões do Estado.

O que se observa, nesse caso, é uma retomada do ponto zero do direito à liberdade a partir da sublimação da segurança e da ordem total, como fator de negação contemporâneo do Estado de Direito democrático.

Quando o dever estatal de proteção do cidadão é alçado à condição de ‘garantia supraconstitucional’, que está acima dos princípios e garantias constitucionais, constitui-se o Estado de segurança, que é a negação do Estado de Direito. (KRAUß, *apud* DIAS NETO, 2005, p. 93).

Além dessa grave constatação, muitas outras poderiam ser igualmente levantadas. Entretanto, dada a escassez espacial, tal pretensão ficará para outro momento.

Considerações Finais

Diante do que foi exposto, acredita-se na possibilidade de traçar algumas conclusões sobre o papel da hermenêutica constitucional na concretização do direito à segurança pública, notadamente no que diz respeito ao sistema prisional.

A primeira conclusão está na racionalidade do caminho percorrido pelo julgador, que não deverá desconsiderar os avanços alcançados na reviravolta lingüístico pragmática. Isto é, o momento decisório não é um processo que se limita ao exercício entre o intérprete e o objeto, mas um fenômeno que precisa ser exaustivamente submetido à linguagem. Dito de outra forma, os direitos fundamentais não devem ser estabelecidos como valores previamente deduzidos pelo julgador como sendo os melhores ou os mais importantes.

Com o advento da linguagem como meio de existência do próprio sujeito, tal construção jurídica precisa necessariamente superar as limitações materializantes e estanques da própria Constituição. Para isso, será necessário adotar uma postura procedimentalmente adequada de compreendê-la, com vista a afastar argumentos absolutos ou “hierarquizantes.”.

Ultrapassar a noção de que direitos coletivos são “mais importantes” que direitos individuais, que a dignidade humana possui natureza política ou carrega consigo a noção de metaprincípio exige que esses argumentos sejam combatidos pela única via: a linguagem. Fugir dela ou desconsiderá-la com fundamento na

violência, insegurança ou questões de “conveniência e oportunidade” pode ser até mais perigoso do que enfrentá-la de maneira aberta.

Enfim, o propósito aqui, se cumprido ou não, tem ao menos a pretensão de levantar a questão para o debate, o que certamente já representa um pequeno, mas importante passo.

Referências

ALEXY, Robert. La estructura de las normas de derecho fundamental. In: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002. p. 81-172.

BOTTOM, Shelley de. **Diagnóstico da Segurança no Brasil**. Rio de Janeiro. 25 set. 2007. Disponível em: <<http://www.comunidadessegura.org/?q=pt/node/36376>>. Acesso em: 25 set. 2007.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso em *Habeas Corpus* nº 7233 / DF. Ministro José Arnaldo Fonseca. Brasília. 11 maio 1998. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 15 set. 2007.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. *Habeas Corpus* nº 34316. relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília. 25 out. 2004. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 15 set. 2007.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 73913-0. relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília. 20 set. 96. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 set. 2007.

BRAZIL: nine years of missed opportunities for human rights. **Amnesty International Press Release. London**. 25. oct. 2005a. Disponível em: <<http://web.amnesty.org/library/Index/ENGAMR190212005>>. Acesso em: 25 out. 2005.

BRIEFING on Brasil’s Second Periodic Report on the Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights. **Amnesty International Press Release. London**. 25 oct. 2005b. Disponível em: <<http://web.amnesty.org/library/Index/ENGAMR190212005?open&of=ENG-BRA>>. Acesso em: 25 out. 2005.

COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CENTRO DE ESTUDOS DA CRIMINALIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA. Belo Horizonte. **Os Custos da Criminalidade em Belo Horizonte**. 1999. Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/informa.htm>. Acesso em: 20 dez. 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica E(m) Debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007.

DIAS NETO, Theodomiro. **Políticas públicas e poder judicial**. Diálogos Debates, São Paulo, v. 6, n. 3, p. 16-19, 2006.

DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança Urbana: o modelo da nova prevenção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger] São Leopoldo. Ed. Unisinos. 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

LÚCIO, Mário. **A marcha da arbitrariedade**. A Nova Democracia. 29 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.anovademocracia.com.br/29/11.htm>>. Acesso em: 12 out. 2007.

MACAULAY, Fiona. Prisões e Política Carcerária. In LIMA, Renato Sérgio de. PAULA, Lian de. (organizadores). **Segurança Pública e Violência: o Estado está cumprindo seu papel**. São Paulo: Contexto, 2006. p. 15 – 29.

MACHADO, Livingstthon José. **Um abismo chama outro abismo**. Uol Notícias. São Paulo. Acesso em: 12 dez. 2005. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=22582>. Acesso em: 9 jul. 2007.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Mandado de Segurança nº 1.0000.05.429879-9/000. Relator: Desembargador Paulo César Dias. Belo Horizonte. 07 mar. 2006. Disponível em: <www.tjmg.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RONDON, Vinícius Velasco. ANDRADE; Mônica Viegas. **Economia**. Niterói. Niterói (RJ), v.4, n. 2, p.223-259, jul./dez. 2003. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/revista/vol4/v4n2p223_259.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. [tradução: Celso Reni Braida]. 5. ed. Bragança Paulista/SP.: Ed. Universitária São Francisco, 2006.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

Notas

- ¹ Doutorando e Mestre em Direito Público - PUC Minas. Membro pesquisador- Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP). Especialista em Direito Constitucional - Universidade Castilla La-Mancha (Espanha-2006) e em Direito Constitucional (CUMIH) Graduado em Direito - Universidade FUMEC (2003). Professor do Centro Universitário Uni-BH e do Centro Universitário UNA. Advogado. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Tributário, Constitucional, Administrativo e Municipal. – E-Mail: gustavopaolinelli@gmail.com
- ² De acordo com uma pesquisa realizada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) em seis países do continente americano, os custos com a violência são cada vez mais vultosos, comprometendo cada vez mais o investimento estatal em outras áreas igualmente deficitárias do Estado. Na cidade do México os gastos no setor corresponderam a 1,1% do PIB daquele País (dados de 1997), enquanto na Colômbia esse gasto atingiu a marca de 5% do PIB nesse mesmo período, computando-se na hipótese, gastos com saúde, lesões e crimes contra a propriedade (RONDON; ANDRADE, 2003). Em *El Salvador* esses gastos chegaram a 13% do Produto Interno Bruto. (RONDON; ANDRADE, 2003)
- ³ Existem autores, a exemplo de Cláudio Beato que contestam essa ligação entre criminalidade e pobreza.
- ⁴ Ressaltando que nos casos do Acre, Amapá, Amazônia, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Roraima, o crescimento foi bem maior do que a média nacional. (BOTTON, 2007)
- ⁵ Segundo Peres (2006), analisando pesquisa de autoria de lunes para o ano de 1994, o impacto das causas externas da violência direta no Brasil dão conta de que, dos 72.766 casos analisados, estima-se um total de 378.963 dias de internação, num total de 23.923.861,94 reais para o tratamento das vítimas. Esse valor, segundo Peres (2006), corresponderia a um valor subestimado de 0,07 do PIB nacional. No município do Rio de Janeiro em 1995 estimou-se um gasto de 5% do PIB municipal com a violência, sendo que 96,1% dos gastos do setor de saúde foram utilizados em indenizações para os casos de anos potenciais de vida perdidos por morte ou incapacidade. (PERES, 2006) Em São Paulo, esse gasto foi de 3% na capital, segundo dados coletados no ano de 1997. (RONDON; ANDRADE, 2003)
- ⁶ O último episódio foi o encarceramento de uma menina de 15 anos com mais de vinte detentos numa delegacia de polícia em Abaetetuba no Pará, conforme noticiado pelo Jornal Folha de S. Paulo, em 25 de novembro de 2007.
- ⁷ Segundo o Supremo Tribunal Federal o número de processos autuados na área de Direito penal vem subindo anualmente. De 2002 até 2008, por exemplo, os números foram 1.102(2002), 2.155 (2003), 2.952 (2004) 4.770 (2005), 5.574 (2006), 5.655 (2007), e 895 (2008) processos respectivamente, sendo esse último contado até fevereiro do corrente ano. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireito>. Acesso em: 19 mar. 2008.

- ⁸ Isto quer dizer, a título explicativo, que somente no pavilhão um daquela unidade prisional chegou-se a registrar a presença de 300 detentos, enquanto a capacidade tolerada era de apenas 90 condenados. (MACHADO, 2005)
- ⁹ *Habeas Corpus* nº 73913-0, STF.
- ¹⁰ *Habeas Corpus* nº 73913-0, STF.
- ¹¹ “Portanto, não há ilegalidade no cerceamento da liberdade de locomoção dos pacientes, desde que exercitado no cumprimento da lei, apesar das péssimas condições em que vivem os pacientes, sendo certo que compete ao Juiz da execução “inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade” e “interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta lei” (art. 66, VII e VIII da Lei nº 7.210/84), competindo ainda ao Conselho da Comunidade “diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento” (art. 81, VI da Lei nº 7210/84).” *Habeas Corpus* nº 73913-0, STF.
- ¹² O controle da legalidade da atividade administrativa a cargo do Poder Judiciário deve se ater ao exame da legalidade e legitimidade, ou seja, o Poder Judiciário não pode dizer sobre o mérito administrativo (oportunidade ou conveniência), antes devendo examinar somente o seu cabimento e a regularidade formal do ato. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2006).
- ¹³ RHC 7233 / DF, STF.
- ¹⁴ Psicologismo de Schleiermacher.
- ¹⁵ Inciso III – ninguém será submetido à tortura ou tratamento desumano ou degradante; Inciso XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.
- ¹⁶ Aqui equivocadamente equiparados a valores.
- ¹⁷ Na teoria do professor de Kiel, adotando os conceitos práticos de Von Wright, seria possível fazer a seguinte diferenciação: conceitos deontológicos (que podem ser referidos a um conceito deontico fundamental, ou seja, de dever-ser), em conceitos axiológicos (caracterizado pelo fato de ser bom) ou antropológicos (são os atos de vontade, decisão e ação). (ALEXY, 2002)
- ¹⁸ Bens, para Habermas, “são aquilo que é por nós almejado, aquilo que é bom prá nós.” (2002, p. 71).
- ¹⁹ “O controle da legalidade da atividade administrativa a cargo do Poder Judiciário deve se ater ao exame da legalidade e legitimidade, ou seja, o Poder Judiciário não pode dizer sobre o mérito administrativo (oportunidade ou conveniência), antes devendo examinar somente o seu cabimento e a regularidade formal do ato.” Acórdão nº 1.0000.05.429879-9/000 – TJMG, Des. Paulo Cezar Dias.
- ²⁰ “Há, em verdade, um conflito entre um direito legislado, o direito á execução da pena cumprida de acordo com a LEP, direito decorrente da sentença, com um direito politicamente reconhecido na Constituição que é o direito à Dignidade.” Acórdão nº 1.0000.05.429879-9/000 – TJMG.

²¹ “Conflitam, entretanto, ainda, tais direitos da órbita individual, com um direito social coletivo, o da segurança pública, da tranqüilidade do homem de bem que, em face do Contrato Social, há que prevalecer, em casos como tais.” Acórdão nº 1.0000.05.429879-9/000 – TJMG.

Recebido em: 10/2008

Avaliado em: 12/2009

Aprovado para publicação em: 02/2009